

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

NICOLAS ROBERTO SOUZA EHLERS

**A IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE**

Montenegro/RS

2023

NICOLAS ROBERTO SOUZA EHLERS

**A IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como condição para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II.

Orientadora: Prof. Me. Letícia Sinatora das Neves.

Montenegro/RS

2023

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha profunda gratidão a algumas pessoas especiais que foram fundamentais na minha jornada acadêmica.

À minha mãe, Maria, dedico uma parcela significativa da minha formação, uma vez que sem o seu apoio e compreensão não teria sido possível concluir essa etapa tão importante da minha vida.

Ao meu irmão, Eric, agradeço por estar ao meu lado em todos os momentos e nunca ter me deixado desistir, mesmo quando eu mesmo acreditava que não seria possível.

Gostaria de expressar minha gratidão também às minhas orientadoras, Ana Paula Krug, no Projeto de Pesquisa, e Letícia Sinatora das Neves, na Pesquisa Acadêmica, cuja influência e orientação desempenharam um papel determinante na minha escolha profissional. A paixão e o comprometimento de vocês com a advocacia criminal foram fontes de inspiração para minha própria jornada, tanto acadêmica quanto profissional. Cada conselho, sugestão e encorajamento desenvolvido para a formação de uma base sólida, foram fundamentais para minha decisão de seguir esse caminho profissional e me impulsionaram na direção dessa área que é tão julgada, desafiadora e fascinante.

Aos meus colegas de graduação, os quais a amizade, união e a colaboração contribuíram para que essa jornada acadêmica se tornasse ainda mais significativa, agradeço por compartilharmos não apenas desafios quase que diários, mas também momentos de crescimento pessoal. Agradeço pelo aprendizado e apoio mútuo durante esses cinco anos de graduação.

Não posso deixar de mencionar meus colegas da Defensoria Pública, que apenas não compartilharam experiências únicas, mas também me ensinaram a importância da empatia no exercício do direito e moldaram a minha compreensão da prática jurídica. A convivência com vocês foi enriquecedora e as lições aprendidas serão levadas por toda a minha vida.

A todos que de alguma forma contribuíram na minha jornada acadêmica, meus agradecimentos mais profundos. Este momento não seria possível sem o apoio de cada um de vocês.

RESUMO

A presente pesquisa monográfica propõe o estudo sobre o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável, conforme previsto no artigo 217-A do Código Penal, para o crime de importação sexual, previsto no artigo 215-A do mesmo código, quando o ato não for revestido de maior gravidade.

Neste sentido, a questão central compreende-se por tal entendimento que pode ser considerado afronta aos princípios da proporcionalidade da pena. Assim, a análise das condutas enquadradas na tipificação de crime de estupro contra vulnerável em razão de justificar o surgimento da inserção do artigo 215-A no Código Penal através Lei 13.718/2018, a qual tipificou como crime de modo intermediário crimes contra a dignidade sexual, de forma a considerar a criação de debates sobre a possibilidade de desclassificação de crimes envolvendo atos libidinosos distintos da conjunção carnal com menores de 14 anos, ante a menor gravidade em relação ao crime de estupro de vulnerável e a pena correspondente.

Desse modo, a presente pesquisa propõe como objetivo específico, examinar os fundamentos utilizados pelos Tribunais de forma majoritária acerca da impossibilidade de desclassificação, sendo assim, pacificada pela jurisprudência, especialmente no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade da pena.

A partir do problema identificado na questão de em diversos casos o bem jurídico a ser tutelado diverge em sua maioria, tanto na doutrina quanto na jurisprudência surge da presunção da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, que, segundo alguns argumentos, impediria a desclassificação mesmo em casos de menor potencial ofensivo. O método de pesquisa adotado é dedutivo, envolvendo análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. O estudo se justifica pela relevância jurídica do tema, que envolve princípios constitucionais e garantias penais. A pesquisa visa contribuir para o debate e esclarecimento dessa questão controversa, impactando diretamente a interpretação e aplicação do direito penal relacionado a crimes sexuais contra os vulneráveis.

Palavras Chave: Crimes. Sexuais. Estupro. Vulnerável. Jurisprudência.

ABSTRAC

This monographic research proposes the study of the predominant understanding of the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF) in relation to the impossibility of declassifying the crime of rape of a vulnerable person, as provided for in article 217-A of the Penal Code, for the crime of sexual importation, provided for in article 215-A of the same code, when the act is not more serious.

In this sense, the central is understood by such a understanding that can be considered an affront to the principles of proportionality of the sentence. Thus, the analysis of the conduct included in the crime of rape against a vulnerable person justified the emergence of the insertion of article 215-A in the Penal Code through Law 13.718/2018 which classified crimes against sexual dignity as an intermediate crime, in order to consider the creation of debates on the possibility of declassifying crimes involving libidinous acts other than carnal intercourse with children under 14 years of age, given the lesser severity in relation to the crime of rape of a vulnerable person and the corresponding penalty.

Therefore, the present research proposes as a specific objective, to examine the grounds used by the Courts in a majority manner regarding the impossibility of declassification thus pacified by jurisprudence, especially with regard to the proportionality of the penalty.

Based on the problem identified in the question that in several cases the legal interest to be protected differs for the most part, both in doctrine and in jurisprudence, it arises from the presumption of the vulnerability of the victim under 14 years of age, which, according to some arguments, would prevent disqualification even in cases of less offensive potential. The research method adopted is deductive, involving bibliographic, legislative and jurisprudential analysis. The study is justified by the legal relevance of the topic, which involves constitutional principles and criminal guarantees. The research aims to contribute to the debate and clarification as this controversial is directly impacting the interpretation and application of criminal law related to sexual crimes against vulnerable people.

Keywords: Crimes. Sexual. Rape. Vulnerable. Jurisprudence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 ANÁLISE HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SEU CONTEXTO NORMATIVO.....	9
2.1 O crime de estupro de vulnerável e a evolução da tipificação no Código Penal Brasileiro.....	12
2.2 Vulnerabilidade absoluta ou relativa.....	14
2.3 O valor probatório da palavra da vítima e o perigo das falsas memórias.....	16
2.4 Exceção de Romeu e Julieta e sua aplicabilidade no caso concreto.....	20
3 O ENTENDIMENTO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	25
3.1 O atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – Tema Repetitivo 1121	30
3.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da controvérsia.....	32
3.3 A aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.....	35
3.4 O crime de Importunação Sexual como alternativa à tipificação do artigo 217-A do Código Penal.....	39
4. A IMPRECISÃO DA EXPRESSÃO “ATO LIBIDINOSO”	43
4.1 Análise de julgados dos tribunais estaduais acerca da configuração do crime de estupro de vulnerável a partir do ato libidinoso.....	45
4.2 Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça referente ao tema.....	48
REFERÊNCIAS.....	53

“A defesa é de direito para todos os acusados, não havendo crime, por mais hediondo, cujo julgamento não deva ser assistido pela palavra acalmadora ou retificadora, ou consoladora, ou atenuadora, do advogado.”

Rui Barbosa

1 INTRODUÇÃO

No cenário jurídico contemporâneo, a discussão sobre a desclassificação do crime de estupro de vulnerável emerge como um tema complexo e extremamente sensível, suscitando debates entre juristas, acadêmicos e a própria sociedade.

O presente trabalho de conclusão de curso desenvolve uma análise acerca do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável, o qual possui previsão no ordenamento jurídico-penal brasileiro no artigo 217-A, e caracteriza-se pelo ato sexual praticado com pessoa menor de 14 anos de idade ou com alguém que, em razão de enfermidade ou deficiência mental não dispõe do necessário discernimento para o consentimento da prática do ato, ou, ainda, que por razão diversa não pode oferecer resistência.

Essa análise vem para verificar se o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, para o crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A, do Código Penal, quando o ato não se reveste de maior gravidade, poderá ser considerado como afronta ao princípio da proporcionalidade da pena, uma vez que em meio as discussões acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade sustentada nesses casos pela Corte Superior, com a fixação do tema repetitivo 1121, surge entre os juristas e principalmente entre os advogados criminalistas o debate acerca da possibilidade, diante das situações específicas de cada caso *sub judice*, de desclassificar o crime de estupro de vulnerável para delito de nível intermediário, como por exemplo, o crime de Importunação Sexual.

Para além da análise acima mencionada, a pesquisa visa a relação entre a desclassificação do crime de estupro de vulnerável e o princípio constitucional da proporcionalidade da pena, sob o viés do acusado, buscando se fazer uma análise respeitosa do tema, que se acredita ser essencial para compreensão dos desafios e perspectivas enfrentados pelos operadores do direito ao garantir os direitos fundamentais inerentes ao acusado, estudando se a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça é coerente com a igualdade de direitos ou apenas visa atender o

clamor social.

Desse modo, no segundo capítulo é realizada uma apresentação da análise histórica do crime de estupro de vulnerável e o seu contexto normativo, aborda as mudanças nas leis brasileiras relacionadas a crimes sexuais, destacando a revogação de dispositivos que permitem a extensão da punibilidade em casos de casamento entre vítima e agressor, bem como também discute a definição de ato libidinoso e destaca a gravidade do estupro de vulnerável como crime hediondo, com pena mais rigorosa, enfatizando a importância da análise proporcional dos casos, no intuito de evitar punições excessivas.

No terceiro capítulo, se discute acerca da impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável com base na presunção de vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos, uma vez que, após uma mudança legislativa, o estupro de vulnerável passou a ser um crime independente no Código Penal, considerando absolutamente vulneráveis os menores de 14 anos, os enfermeiros, deficientes mentais ou quem por qualquer outra causa não pode oferecer resistência. O entendimento atual dos tribunais, conforme a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, é de que a presunção de vulnerabilidade é absoluta nesses casos, independentemente do consentimento da vítima.

No quarto capítulo, é feita uma análise acerca da abrangência da expressão “atos libidinosos”, considerando que não há a existência de um rol taxativo com previsão acerca de como ocorre a sua prática, bem como análise de julgados que destacam acerca da impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável, bem como os fundamentos utilizados nos respectivos julgados.

2 ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SEU CONTEXTO NORMATIVO

Inicialmente, é necessário vislumbrar que quanto à previsão normativa do delito de estupro, havia como redação no artigo 213 do Código Penal dispunha sobre constranger mulher, conquanto, não havia como um tipo autônomo a proteção aos vulneráveis, havia apenas a presunção de inocência no art. 283 do Código Penal. Destaca-se que até a revogação dos incisos VII e VIII, do artigo 107 do Código Penal, através da promulgação da Lei 11.106, em 28 de março de 2005, o Código Penal previa, como causa de extinção da punibilidade, o casamento da vítima agredida sexualmente, com o agente agressor, considerando que eram apenas observados á tutela da moralidade sexual e do pudor público, acima da proteção da integridade física, psíquica da mulher e da liberdade sexual, ficando cristalina tal afirmação, em razão da previsão de que o casamento da vítima com o seu agressor era capaz de reparar o dano causado (MIRABETE, 2016, p.2005).

A lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, modificou de forma profunda o Código Penal, considerando que alterou o título VI da Parte Especial do Código Penal, com o intuito de adaptar as normas penais em face da transformação da sociedade, principalmente em matéria sexual. Assim, abandonou-se a visão tradicional que versava sobre os costumes como objeto central da tutela penal, uma vez que era enraizado de preconceito e moralismo, trazendo, com a inovação, tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais, bem como se intensificou a proteção dos menores de idade, contra os efeitos danosos que os crimes sexuais ocasionam sobre a personalidade que ainda se encontra em plena formação (MIRABETE, 2016, p.404).

Deste modo, também cabe ressaltar que já existia o tipo penal sobre atendado violento ao pudor, haja vista que em 2009, o crime de estupro de vulnerável foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 12.15/2009, a qual inseriu o artigo 217-A ao Código Penal, visando a proteção dos indivíduos que, em virtude de sua idade e/ou condição mental, não dispõem de capacidade para consentir de maneira plena e livre a prática de atos sexuais.

Mirabete (2016, p.427), destaca que uma das maiores preocupações do

legislador ao elaborar a referida Lei, foi a de conferir aos menores de idade proteção especial contra abusos sexuais e proliferação da prostituição infantil, considerando que essa repressão foi objeto de tratados e convenções internacionais nas quais o Brasil é signatário, bem como, ao tratar do assunto de forma repressora, o legislador tornou efetivo o mandamento constitucional do artigo 227, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que prevê; “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

O estupro de vulnerável, de acordo com o dispositivo legal, ocorre quando alguém pratica ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, com deficiência mental, ou que, por qualquer outra razão, não pode oferecer resistência.

A idade mínima de 14 anos é a referência para determinar a capacidade de consentimento da vítima, posto que menores de 14 anos são presumivelmente incapazes de consentir com o ato sexual. O conceito de vulnerabilidade foi abrangido a aqueles que, por qualquer motivo, não podem oferecer resistência, seja por deficiência mental ou por embriaguez, sendo que nesses casos o consentimento da vítima é irrelevante, uma vez que a vulnerabilidade a torna incapaz de manifestar sua vontade de forma livre e consciente.

Considerado hediondo no Brasil, conforme disposição inserida na Lei 8.072/1990, artigo 1º, inciso VI, a prática do crime de estupro de vulnerável implica uma pena mais severa que a do estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, sendo que a pena pode ser aumentada em casos de agravantes, como o uso de violência ou ameaça.

O legislador ao criar os tipos penais relacionados aos crimes sexuais, não delimitou o conceito típico de ato libidinoso capaz de caracterizar o crime de estupro, deixando-o a mercê da interpretação do operador do direito, que também não é pacífica pela doutrina: “A conjunção carnal é de simples constatação, todavia, o ato libidinoso abrange grande variedade de condutas que, nem sempre, na prática, são fáceis de identificar” (Tanferri; Cachapuz, 2015, p. 6).

Para Capez (2021, p. 76):

Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras,

os escritos com conteúdos eróticos pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta.

Marcão (2014, p. 98), salienta que a intervenção do direito penal somente se justifica aos atos libidinosos praticados de forma invasiva e ofensiva, uma vez que o direito penal deve ser utilizado como *última ratio*, não se valendo para ações ínfimas que não possam sofrer os efeitos da lei penal.

Ainda, para Capez (2019, p. 76), a conjunção carnal também é denominada como ato libidinoso, uma vez que é a penetração do membro viril na vagina.

Mirabete e Fabbrini (2012, p.293) complementam que:

Conjunção carnal, no sentido da lei, é a cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher. A expressão se refere ao coito normal, que é penetração do membro viril no órgão sexual da mulher, com ou sem o intuito de procriação. (...) Não configura, pois, a conjunção carnal a cópula vestibular ou vulvar. Não depende o estupro, todavia, do rompimento do hímen (...) Não se exige também que tenha ocorrido a ejaculação.

Outra espécie de ato libidinoso caracterizada pela doutrina, é compreendido quando o agente, mediante emprego de violência ou grave ameaça, beija vítima no intuito de satisfazer lascívia própria, ou até mesmo à apalpa, ainda que por cima das roupas, conforme leciona Fernando Capez (2021, p.78).

Para Nucci (2014, p. 643) o ato libidinoso é a ação que dá ao autor prazer e satisfação sexual. Trata-se de expressão de máxima abrangência, envolvendo desde a conjunção carnal, passando-se pela relação sexual até atingir qualquer tipo de ato tendente a satisfazer a volúpia do agente. Ex.: carícias corporais, beijos sensuais, entre outros. Vê-se que o tipo penal envolveu toda forma de ato sexual possível de transmitir doenças.

O autor ainda menciona exemplos: “Sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros, excluindo dessa relação beijos breves dados no rosto ou nos lábios.” (NUCCI, 2014, p. 918).

Bitencourt (2008) entende que o beijo lascivo, apalpadas e demais atos libidinosos de caráter menos ofensivo, como os acima demonstrados, devem integrar os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, uma vez que lhes faltam

danosidade, como a encontrada nos crimes praticados mediante conjunção carnal, como sexo oral ou sexo anal, por exemplo. Posto que, o autor leciona que a diferença entre o sexo anal e os atos libidinosos demonstrados acima, são incomensuráveis, não sendo razoável que tenham o enquadramento legal como crime hediondo, com pena mínima de seis anos de reclusão, posto que, se nos crimes danosos, realizados mediante conjunção carnal a pena é proporcional e adequada, o mesmo não acontece com os demais, pois se confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram a insignificância.

Ainda, Capez (2013, p.28) assevera:

Um beijo lascivo é crime hediondo? Quem interpreta a lei penal de forma literal diz (absurdamente) sim e admite então para esse fato a pena mínima de seis anos de reclusão, que é igual à do homicídio; quem busca a solução justa para cada caso concreto jamais dirá sim (esse beijo poderia no máximo constituir uma contravenção penal – art.61 LCP: importunação ofensiva ao pudor).

De outro modo, cabe mencionar o antigo entendimento do Tribunal de Justiça Gaúcho, o qual, atentando-se a proporcionalidade acima mencionada, entendeu por desclassificar o crime de atentado violento ao pudor em um caso de prática de ato libidinoso, conforme destacou Capez (2021, p.80):

Apalpada dos seios da menor. Atentado violento ao pudor, Proporcionalidade. Desclassificação. Ato obsceno. O ato de apalpar os seios da vítima, criança de 12 anos de idade, merece reprimenda, mas na proporcionalidade com a gravidade do fato que, diferentemente de outros, não atinge as características de violência e repúdio do atentado violento ao pudor. A resposta jurisprudencial pretendida daria ao fato a mesma sanção de um homicídio simples, o que evidencia a desproporção entre a ação e sanção alvitrada no recuso da acusação. A presunção de violência não pode atingir o injusto. Reprimenda necessária que se faz com a desclassificação do delito, tal como promovida na sentença. O crime é de ato obsceno tipificado no artigo 233 do CP (TJRS, AC 700.007.652-30).

Assim, observa-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça Gaúcho reflete a importância da análise criteriosa dos casos sob a ótica da proporcionalidade, considerando que ao desclassificar o crime de atentado violento ao pudor para ato obsceno, o tribunal considerou a gravidade do ato cometido, levando em conta a idade da vítima e a ausência de elementos que caracterizassem a violência e repúdio típicos do atentado violento ao pudor.

Essa abordagem ponderada reflete a necessidade de aplicar a lei de forma justa e equitativa, evitando punições excessivas e garantindo que a reprimenda esteja em consonância com a natureza do delito.

2.1 O crime de estupro de vulnerável e a evolução da tipificação no Código Penal Brasileiro.

A evolução da tipificação do estupro de vulnerável no Código Penal Brasileiro reflete à preocupação da sociedade em proteger os mais vulneráveis contra abusos sexuais, considerando que antes das mudanças na legislação, o Código Penal de 1940 não abordava de maneira específica o estupro de vulnerável, o que passou a ser objeto de preocupação acerca da importância em proteger crianças e pessoas com deficiência mental contra abusos sexuais.

A Lei nº 12.015/2009 promoveu uma reforma significativa no Código Penal Brasileiro, modernizando a tipificação dos crimes sexuais, incluindo o de estupro de vulnerável, como bem como estabelecendo penas mais severas para quem praticar atos sexuais com vítimas menores de 14 anos ou com deficiência mental que não pudessem compreender o significado do ato ou resistir a ele.

Além disso, a referida Lei também ampliou a noção de consentimento, tornando claro que a ausência de resistência por parte da vítima não significa que houve anuência com a prática do crime sexual, definindo às vítimas mencionadas no texto do artigo 217-A como vulneráveis de forma presumida, não havendo espaço para discussão acerca da existência de consentimento por parte da vítima.

Essas mudanças legais representam um avanço na proteção das vítimas mais vulneráveis de abuso sexual e refletem a preocupação do legislador em garantir a integridade e dignidade de todos os cidadãos, independentemente de sua idade ou condição mental.

Importante destacar, que anteriormente à promulgação da Lei n.º 12.015/09, existia a denominação “Dos crimes contra os costumes”, que se encontrava no Título IV do Código Penal, abrangendo os artigos 213 e 214, os quais tratavam do estupro e do delito de atentado violento ao pudor, o qual regulava a moral e a liberdade sexual em relação ao comportamento considerado indevido pela sociedade. O

estupro, nessa época, era previsto de forma restrita possuindo às mulheres como vítimas e homens como ofensores e se caracterizava pela coação da mulher a praticar a conjunção carnal mediante grave ameaça ou violência, excluindo qualquer consideração de consentimento por parte da vítima (Reinaldo, 2014).

A liberdade sexual da mulher não era considerada como um atributo intrínseco à dignidade do ser humano, mas como um bem jurídico pertencente à sociedade. Entende-se que o legislador visou priorizar o aspecto social, sem dar a devida importância à preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, Greco (2009, p.467), apresenta uma definição do que seria o bem juridicamente protegido:

[...] A liberdade sexual da mulher é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de estupro e, em um sentido mais amplo, os costumes. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que a mulher tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade da mulher, que se vê humilhada com o ato sexual.

Dessa forma, nota-se que o principal foco da questão não era ato sexual em si, bem como que apenas as mulheres eram consideradas vítimas do crime, uma vez que, para que houvesse a consumação do crime, era necessário a penetração do pênis do homem na vagina da mulher, caso contrário, caracterizava-se apenas como tentativa de estupro ou atentado violento ao pudor, previsto no antigo artigo 214 do Código Penal.

No entanto, em 7 de agosto de 2009, houve uma alteração legislativa significativa através da Lei 12.015/09, uma inovação crucial que trouxe várias mudanças significativas à legislação e a proteção dos vulneráveis, constando-se, entre as mais importantes como sendo a inclusão do homem como sujeito passivo, permitindo que tanto mulheres quanto homens pudessem ser vítimas e também ampliando a possibilidade de ambos os sexos serem considerados agressores.

2.2 Vulnerabilidade absoluta ou relativa

O artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, dispõe que, o indivíduo que praticar conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos, comete o crime de estupro

de vulnerável, o qual, possui previsão de pena reclusiva de 8 a 15 anos. Assim, verifica-se que o legislador optou por uma abordagem restritiva ao definir a idade como elemento indispensável ao tipo penal incriminador, posto que, tal definição, não abre margem à discussão acerca de cada caso no momento do juiz decidir se a conduta realizada pelo agente encontra-se em conformidade com o tipo penal.

Desse modo, cria-se uma divergência entre os juristas, considerando que há quem sustente que não há espaço para a ocorrência de flexibilização da norma penal, sob o fundamento de que a disposição legal não permite a aplicação de discricionariedade pelo julgador.

Mirabete e Fabrinne (2014, p.425), sustentam que a idade definida pelo legislador não permite o olhar subjetivo do julgador acerca do tema, “à lei não concedeu ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos dispositivos legais.”.

Greco (2014, p.540), de outro lado, partilha da visão de que a idade prevista no dispositivo legal evidencia um critério objetivo. Assim, percebe-se que esse entendimento recria o anterior texto do Código Penal, no qual o tema era amplamente discutido e contemplava o termo “presunção de violência”, “de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais”.

Dessa forma, as modificações advindas pela Lei n.12.015/2009, tiveram o condão de por fim às divergências no que toca a presunção de violência, o que vem corroborado pela justificação do Projeto de Lei do Senado n. 253, de 2004, que resultou na promulgação da mencionada lei, restando, conseqüentemente, incluso, o artigo 217-A, ao Código Penal:

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra as adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não

pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Assim, ao verificar os aspectos temáticos advindos da relativização da presunção de vulnerabilidade como um critério essencial para a eficácia da aplicação da lei ao caso concreto, torna-se indispensável abordar esse tema, não apenas sob a ótica jurídica, mas também social.

É indiscutível que o Direito transforma-se em paralelo às transformações na sociedade, tanto para se adequar às melhorias, quanto para enfrentar os desafios. Para além disso, à vista dos avanços das informações e a precoce exposição das crianças a diferentes realidades, é imprescindível que a legislação evolua de maneira a acompanhar essas transformações.

Nucci (2013, p. 116-117), questiona:

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual?

(...)

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais.

Estefam (2009, p.59), de outro turno, sustenta que, a partir do início da vida sexual ativa e consente da vítima de 13 anos, inexistente violação ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual, considerando que, segundo dispõe o autor, “o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos maiores de 12 anos já completados)”.

Desse modo, ante a perspectiva de Estefam (2009, p.59), o debate acerca da violação ao bem jurídico tutelado, representa um caráter relativo quando se verifica a existência de vida sexual ativa e o consentimento da vítima de 13 anos para a prática do ato sexual. O autor sustenta que, apesar do legislador ter definido

a vulnerabilidade de forma absoluta, há possibilidade de admissão de provas em contrário, principalmente quando se trata de adolescentes, indivíduos maiores de 12 anos já completados.

2.3 O valor probatório da palavra da vítima e o perigo das falsas memórias

Inicialmente, é importante consignar que os crimes sexuais ocorrem frequentemente de forma silenciosa e oculta, sem testemunhas presentes e sem que haja a existência de vestígios robustos, o que pode comprometer a comprovação da materialidade e da autoria, que são elementos essenciais para a condenação do agressor através da produção probatória.

Dessa forma, considerando que na ocorrência de crimes sexuais os indícios materiais são poucos, a jurisprudência dominante convencionou afirmar que a palavra da vítima assume relevante papel na instrução probatória.

Nesse sentido, a jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA EM CRIMES SEXUAIS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. As vítimas, de forma clara e segura, detalharam como ocorriam os abusos sexuais praticados pelo réu, afirmando que foram por muitos anos. Inclusive o réu não confessou o delito em relação a M. F. B, sua enteada, mas afirmou que havia o consenso da vítima. Afirmação que foi contrariada pela ofendida. Ao examinar o depoimento para fazer uma avaliação, dando a ele força de prova, deve-se atentar ao sujeito da prova e ao conteúdo da narrativa, observando-se a pessoa da depoente, retirando-se fatores de maior ou menor credibilidade e, obviamente, examinando-se o conteúdo do depoimento como um todo, sua coerência, verossimilhança, inclusão de detalhes e a concordância com outros elementos probatórios. **É importante notar que a palavra da vítima, quando não demonstrada, durante a instrução processual, qualquer animosidade anterior para com o réu, merece especial atenção, visto que não se imagina que pessoa idônea possa vir ao juízo incriminar inocente.** Nesse sentido, tenho que inexistem elementos que retirem a credibilidade dos depoimentos prestados pelas vítimas, as quais demonstram serem dignas de fé, até porque a palavra delas somente poderia ser desconsiderada se houvesse motivo fundado para tanto, o que não ocorre no presente caso. Nesse sentido, posicionamento da Câmara, a palavra da vítima, em crimes sexuais, detém especial relevância: "Em crimes contra a liberdade sexual, geralmente cometidos às escondidas, sem a presença de outras testemunhas, a palavra da ofendida assume especial importância, desde que convincente e coerente – como ocorreu no caso em comento. Não constatada qualquer razão para que a vítima imputasse as gravíssimas condutas ao acusado. Tampouco se verificou qualquer motivo para que seus familiares a incitassem a inventar os fatos em tela. Em suma, da análise da

prova angariada resta inequívoca a ocorrência de estupro de vulnerável perpetrado pelo réu, de forma contínua, importando, assim, a manutenção da bem lançada sentença condenatória." (Apelação Criminal, Nº 50041587220158210019, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Joni Victoria Simões, Julgado em: 24-08-2023) Condenação e Apenamento mantidos. Apelo desprovido. (Apelação Criminal, Nº 50015884320218210039, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thiago Tristao Lima, Julgado em: 13-10-2023).

Assim, nota-se que o Tribunal de Justiça mantém a condenação do réu com base nos depoimentos das vítimas, sob o fundamento de que não foram encontrados motivos para desconsiderar a palavra das vítimas, que, segundo os julgados, não existiam elementos aptos a acreditar-se que as vítimas estariam inventando a existência do crime.

No entanto, é importante destacar que o legislador afasta a vítima do compromisso legal de falar a verdade em juízo, conforme disposição do artigo 208 do Código de Processo Penal, o qual define que "Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206."

Aranha (2004, p.141), argumenta que:

(...) Não se pode encontrar uma vítima despida totalmente de sentimentos, com tal frieza emocional que seja possível falar-se em imparcialidade. Além do mais, não podemos esquecer que não são raros os casos de pseudovítimas, criadas por uma imaginação traumatizada (...).

(...)

As falsas memórias "as imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com „deixas" ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas". (DAMÁSIO, Antônio, Apud, LOPES, Jr. 2014p.486).

De maneira não diversa, importante destacar acerca de uma experiência realizada por um pesquisador com crianças, cujo objetivo era demonstrar a possibilidade de implantar nos menores lembranças falsas, vejamos:

No evento inocente, um zelador chamado Chester limpava algumas bonecas e outros brinquedos em uma sala. No evento do abuso, Chester

tratou as bonecas de maneira rude e de forma levemente abusiva. Algumas crianças foram então questionadas por outro entrevistador que sugeriu que o zelador era inocente. As crianças restantes foram questionadas por um entrevistador, que evitou fazer sugestões. As crianças descreveram aos pais o que o zelador havia feito imediatamente após a entrevista e duas semanas mais tarde. As memórias de testemunho ocular das crianças foram, em geral, precisas quando questionadas pelo entrevistador neutro. Entretanto, as descrições das crianças, em geral, se conformaram às sugestões do entrevistador, quando este acusava ou defendia. Em outras palavras, as crianças disseram que o zelador havia sido abusivo quando o entrevistador o acusava, mas o seu comportamento foi considerado inocente quando o entrevistador o defendia. Quando então foram feitas perguntas neutras às crianças pelos seus pais, suas descrições do evento foram, em geral, consistentes com o que haviam dito ao entrevistador. (PADILHA. Monique Isis Moehlecke. A implantação de falsas memórias em crianças supostamente vítimas de abuso sexual e técnicas de minimização da sugestibilidade. *Jornal de Produção on-line. UNIRITTER LAW JOURNAL*, < <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/uniritterlawjournal/article/view/1219>).

Assim, demonstra-se que os resultados da pesquisa conduzida por Padilha (2015), sugerem que a forma como as crianças descrevem eventos pode ser influenciada significativamente pela abordagem do entrevistador, uma vez que, quando foram questionadas por um entrevistador neutro, as memórias das crianças foram, em geral, precisas. No entanto, quando o entrevistador introduziu sugestões ou tomou uma posição acusatória ou defensiva, as descrições das crianças tenderam a conformar-se a essas sugestões. Esse fenômeno destaca a sensibilidade das memórias infantis à influência externa durante o processo de entrevista, ressaltando a importância de abordagens imparciais ao coletar depoimentos de crianças em casos sensíveis.

Tourinho Filho leciona (2014, p.309-310):

(...) a mentalidade pueril está sujeita às mais diversas invenções, de forma que esta pode fantasiar até mesmo para se tornar o centro das atenções. Deste modo compreende-se que não há garantias de que a criança-testemunha irá ou não envolver sua ilimitada imaginação na mensagem a ser transmitida em juízo. Outrossim, ainda há a possibilidade de que aquela seja muitas vezes passível de manipulação por possíveis interessados – juridicamente ou não – em determinado processo penal.

O tema acerca das falsas memórias é muito debatido entre psicólogos e neurocientistas da América do Norte e da Europa. No Brasil, os estudos referentes as falsas memórias vem ganhando espaço principalmente no âmbito forense (Reis,

M.A.B.M.N, 2014), uma vez que se refere a teses defensivas arguidas em casos traumáticos e sensíveis, envolvendo a violação da dignidade sexual.

Os estudiosos do tema, destacam que as falsas memórias surgem quando há provocação de terceiros, com relação a determinado fato, existindo uma espécie de recriação do acontecimento pela vítima. Os mecanismos de aquisição, retenção ou recuperação da memória erram, induzindo o sujeito ao erro (Squire, Larry R.; Kandel, Eric R, 2003).

Os estudos apontam que as crianças e as pessoas que viveram experiências traumáticas são mais suscetíveis às falsificações das memórias, já que nelas existe uma tendência infantil de corresponder às expectativas do adulto entrevistador (Gauer, 2007).

Desse modo, demonstra-se que às falsas memórias correspondem de fato a uma criação do sistema psicológico do indivíduo que passou por uma situação que lhe gerou um trauma, mas que, em hipótese alguma, pode ser confundida com a mentira, conforme explica Stein (2010):

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.

Logo, é evidente que as falsas memórias se apresentam como um aspecto intrínseco ao funcionamento normal da memória humana, envolvendo atribuição de registros a eventos específicos, como se estes acontecimentos de fato tivessem ocorridos, mesmo quando, na realidade, não ocorreram.

Lopes Jr. (2014), aponta que:

A memória não funciona como uma filmadora, que grava a imagem e pode ser revistas várias vezes. Cada vez que recordamos, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados. Daí por que, na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão. As falsas memórias podem ser espontâneas ou autossugeridas, ou ainda, resultado de sugestão externa (acidental ou deliberada). Sempre recordando que a distorção consciente conduz à mentira. As falsas memórias não são dominadas pelo agente e podem decorrer até mesmo de uma interpretação errada de um acontecimento.

De modo não diverso, importante consignar que o Processo Penal mantém, de maneira constante a interação com as recordações das vítimas, uma vez que seu propósito é encontrar evidências capazes de determinar a prática de um delito, sendo imperativo compreender acerca das falsas memórias para, só então, estar preparado para lidar com essa possibilidade em contextos judiciais, visando garantir a busca pela verdade e garantindo um julgamento justo.

No entanto, a vítima, que é vulnerável, não consegue separar o verdadeiro do falso, ou até mesmo é induzida a reformar os fatos em sua memória, mesmo que sem sua percepção, pois as crianças tendem a corresponder às expectativas (Stein, 2010).

Desse modo, importante destacar que a implementação da Lei nº 13.341, de 04 de abril de 2017, a qual entrou em vigor em abril de 2018, delineando caminhos importantes no tema, como a implementação da escuta especializada e do depoimento especial, antecipando seu depoimento frente a casos de violência sexual foi um marco importante na proteção da criança vítima de violência sexual e, também, garantindo a integridade do sistema judicial.

2.4 Exceção de Romeu e Julieta e sua aplicabilidade no caso concreto

Inicialmente, importante destacar, que foi nos Estados Unidos que surgiu a chamada Teoria da Exceção de Romeu e Julieta, a qual busca abordar acerca da questão das relações sexuais em que as vítimas ou agressores são menores de idade. Esta teoria propõe uma exceção em casos específicos, baseando-se na ideia de que, quando se trata de menores com idades próximas e consentimento mútuo, o crime poderia ser excluído.

A Teoria Romeu e Julieta recebe esse nome em referência à história dramática de amor escrita por William Shakespeare, no ano de 1593/4, na qual dois jovens, Julieta com 13 anos e Romeu com 17 anos, se apaixonam. Essa narrativa ilustra a crença de que o amor pode acontecer independentemente da idade. A exceção que essa teoria traz à legislação é que, se dois menores se encontram no mesmo estágio de descobertas sexuais, com uma diferença de idade não superior a

5 anos e estão envolvidos em uma relação consensual, em análise ao caso posto em julgamento, pode encaixar-se como uma exceção ao crime de estupro. Isso ocorre porque se considera uma relação entre menores que vivem o relacionamento de acordo com a sua própria vontade.

Conforme Saraiva (2010), em seu texto “O depoimento sem dano” e a *Romeo and Juliet Law*, poderia ser dado o seguinte conceito a este tema:

Poderíamos traduzir, com vista à utilização de seus conceitos por aqui, como “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime.

Com base no conceito apresentado pelo autor, conclui-se que a “Exceção de Romeu e Julieta” oferece uma perspectiva inovadora no tratamento de casos envolvendo diferença de idade entre os envolvidos em relações sexuais, uma vez que essa abordagem busca não presumir violência quando a diferença de idade entre os protagonistas é igual ou menor a 05 anos, reconhecendo-se que ambos estão em um momento de descobertas da sexualidade e, portanto, em relações consensuais, não há crime.

No ano de 2007, *Romeo and Juliet Laws* foram inicialmente implantadas nos estados norte-americanos de Connecticut, Flórida, Indiana e Texas (Saraiva, 2010, p. 250). Sob a ótica atual, se a história de “Romeu e Julieta” ocorresse na sociedade contemporânea, sob a legislação americana, tanto Romeu quanto Julieta poderia ser condenados por envolvimento em um caso de “estupro de vulnerável bilateral”. Isso ocorreria devido à variação da idade de consentimento em diferentes estados dos EUA, com a maioria considerando 16 anos como a idade em que uma pessoa é incapaz de anuir com a relação. Por outro lado, sob a legislação brasileira, Romeu poderia enfrentar representação pelo Ministério Público por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Com pesquisa acerca da teoria, chega-se a dúvida se poderia ser aplicada no sistema jurídico brasileiro, a qual, sem maiores delongas, se aparenta

incompatível em razão da disposição penal do próprio artigo 217-A do Código Penal e da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, *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 existência de relacionamento amoroso com o agente (https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf).

Ocorre que, na análise concreta de determinados casos, a Corte vem fazendo um *distinguishing* em relação ao teor da súmula, com o fim de reconhecer a atipicidade material do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

No julgamento do AgRg no REsp 1.919.722/SP, o qual trata-se de um caso envolvendo o relacionamento entre dois jovens, o qual ele possuía 18 anos de idade e ela apenas 12 anos de idade, demonstra-se que o relacionamento foi devidamente aprovado pelos pais da menor, ocorre que, em razão de atos sexuais, a adolescente engravidou, resultando no nascimento de um filho do casal. Com o advento da prole, os jovens passaram a morar sozinhos com a criança, no entanto, houve denúncia por parte do Ministério Público, postulando a condenação do jovem como incurso do artigo 217-A do Código Penal, mas, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a atipicidade material e desconstituiu a sentença penal condenatória proferida no primeiro grau jurisdicional, conforme demonstra-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO

NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)

Um dos aspectos de extrema importância a qual merece destaque no julgado acima mencionado, é a atenção concedida à absoluta proteção da criança e do adolescente.

Na situação concreta, o julgador atentou-se à proteção da infante recém-nascida, conforme pode ser observado na decisão abaixo transcrita:

Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da união estável, ocasionando na vítima e em seu filho, traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material. (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).

Assim, observa-se que a Corte Superior preocupa-se com as potenciais consequências adversas da submissão da conduta do acusado à censura penal, argumentando que tal medida pode resultar no esfacelamento da união estável.

Os desembargadores ressaltam que essa ruptura teria impactos mais significativos na vítima e em seu filho do que aqueles que seriam presumivelmente causados pela conduta atribuída ao réu. Em uma abordagem de pesos e contrapesos jurídicos, sugerem que, dadas as circunstâncias, a opção mais apropriada, no caso telado, é a absolvição, fundamentada na perspectiva da atipicidade material da conduta. Essa visão destaca a importância de considerar não apenas a natureza da ação, mas também suas implicações nas relações humanas e na estabilidade emocional das partes envolvidas.

À mero título expositivo acerca da aplicação da teoria de exceção de Romeu e Julieta na justiça penal Brasileira, cita-se a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe, o qual, ante as especificidades do caso, entendeu pela atipicidade material da conduta, absolvendo o acusado das imputações feitas pelo Ministério Público.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A C/C ART.71 DO CP) E AMEAÇA. ATIPICIDADE DECLARADA NO CRIME SEXUAL. CONDENAÇÃO LIMITADA AO DELITO PREVISTO NO ART. 147 DO CP. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E CONHECIMENTO DO FATO PELOS GENITORES. VÍTIMA E RÉU QUE CONTIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM, NA CASA DA MÃE DO ACUSADO E COM O INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. EXCEÇÃO ROMEO E JULIETA (TOMEIO AND JULIET LAW). PEQUENA DIFERENÇA ENTRE IDADE DA VÍTIMA (12 ANOS) E DO RÉU (17 ANOS) NA DATA DO FATO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA OFENSIVIDADE. IRRELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO. PECULIARIDADES QUE DENOTAM CONSENTIMENTO VÁLIDO. INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, DIANTE DA AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO PELA NORMA. CRITÉRIOS DA SÚMULA 593 DO STJ QUE DEVEM SER RELATIVIZADOS DIANTE DAS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. SENTENÇA MANTIDA IN TOTUM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. UNANIMIDADE. (Apelação Criminal N° 202200315990 N° único XXXXX-59.2019.8.25.0007 – CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Elvira Maria de Almeida Silva – Julgado em 23/08/2022).

Observa-se que a decisão da apelação criminal foi favorável ao réu, resultando na confirmação da absolvição, considerando que o Tribunal reconheceu a inexistência de tipicidade material da conduta, decidindo que o consentimento da vítima, a relação próxima entre as partes e a pequena diferença de idade, indicaram a ausência de ofensa ao bem juridicamente tutelado pela norma.

Além disso, a aplicação dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, junto a exceção Romeu e Julieta, foram fundamentais para manter a decisão absolutória do r. juízo a quo, oportunidade em que restou conhecido o recurso da acusação, mas desprovido, por unanimidade.

3 O ENTENDIMENTO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Para Capez (2019), o crime de estupro de vulnerável passou a configurar crime autônomo no Capítulo II do Código Penal após a alteração proposta pelo projeto de Lei 4.850/2005, o qual recebeu o título de “crimes sexuais contra vulneráveis” e passou a ser parte do Código Penal através do artigo 217-A,

colocando a vítima menor de quatorze anos como absolutamente vulnerável através de sua redação.

O referido diploma legal, após estabelecer a presunção de vulnerabilidade a todos os menores de 14 anos, discorre que incide na mesma pena quem praticar tais ações 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, trazendo uma distinção aos crimes sexuais praticados com violência real, uma vez que o agente que pratica os atos referidos no caput do artigo 217-A, automaticamente o está cometendo contra pessoa presumidamente vulnerável, não se tratando de incapacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas a de pessoas que necessitam de proteção do Estado, neste caso, os menores de 14 anos, enfermos, deficientes ou qualquer pessoa que por qualquer outro motivo não possua discernimento para consentir com a prática do ato sexual. Ainda, com a inovação do artigo 217-A, o crime de estupro de vulnerável passou a ser hediondo, com previsão expressa, diferentemente do que ocorria antes de tal modificação, onde o entendimento pela hediondez dos crimes sexuais em que as vítimas eram menores, tratava-se apenas de entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (Capez,).

Por meio do enunciado nº 593 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foi adotado o seguinte entendimento sobre a temática:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (BRASIL, 2018d).

A cerca da definição de vulnerabilidade, discorre Luiz Reis Prado em obra escrita em coautoria com as professoras Carvalho et al (2013, p. 1047):

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer que o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual de modo a lesioná-la. É de se notar, que ao contrário do delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, o dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência a cópula

carnal ou ao ato libidinoso. Que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça. Aqui basta para o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos (Curso de Direito Penal Brasileiro).

O sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável, de acordo com o caput do artigo 215-A, do Código Penal, refere-se ao menor de 14 anos de idade, sendo que o consentimento da vítima é irrelevante, tendo em vista que o elemento do tipo penal prevê o menor como presumidamente vulnerável, sendo que a ação sexual com o menor, por si só, configura a violência presumida. No entanto, antes da inovação trazida pelo projeto de Lei 4.850/2005, tal violência era relativa, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, afastando-se sua presunção a depender do caso e de suas especificidades, como, por exemplo cita Capez (2017): “Vítima que parentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despuddorada, devassa.”.

Assim, a depender do caso analisado, entendia o Tribunal Superior de Justiça que a presunção de vulnerabilidade não podia ser absoluta, sob pena de indevida responsabilidade objetiva do acusado (Eresp-1.021.634/SP):

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ARTIGO 244, A, DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A violência presumida prevista no revogado artigo 244, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, as situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado.

2. Embargos de divergência acolhidos. “(ERESP-1.021.634/SP), Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOUTA, 3ª SEÇÃO, julgado em 23/11/2011.

Assim, mesmo que a vítima ainda fosse menor de quatorze anos, mas conseguisse através de sua evolução física precoce ou maturidade, induzir o agente a erro, não haveria motivo para impedir a relativização da presunção de vulnerabilidade, desde que se comprovasse que a vítima possuía o discernimento necessário para consentir com o ato.

Ocorre que, atualmente, os Tribunais Superiores adotaram

entendimento contrário, no sentido de que a presunção de violência é absoluta quando o crime for praticado contra vítima menor de quatorze anos de idade, uma vez que a evolução biológica ou até mesmo experiências sexuais anteriores ao caso sob análise, independe da vontade da vítima, aplicando-se a presunção de violência e vulnerabilidade para a caracterização do crime de estupro de vulnerável (STJ, AgRg no AREsp 1.625.636/DF, DJU 28-9-2020).

Ainda, âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi editada a súmula 593, a qual dispõe que:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou a 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.

Em razão da publicação da súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, fica claro que, embora o agente tenha uma relação amorosa com a vítima e comprove-se o concubinato, não pode ser afastada a presunção de violência, mesmo com a incidência da excludente de ilicitude prevista no artigo 20 do Código Penal – Erro de tipo, não importando a relativização, seja da vulnerabilidade, seja da violência, caracterizando-se de todo o modo, o estupro de vulnerável.

Bitencourt (2019), discorda do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, uma vez que afirma que a violência deve ser analisada caso a caso, diferente do critério rígido e objetivo adotado pelo legislador, que presume de modo absoluto a vulnerabilidade da vítima em razão da idade.

O critério objetivo adotado, merece críticas e abre espaço para o debate, uma vez que, conforme argumenta Nucci (2014), a presunção de vulnerabilidade absoluta da vítima fere os princípios Constitucionais da ofensividade, da presunção de inocência e da intervenção mínima do direito penal, devendo a vulnerabilidade ser empregada de forma restritiva e analítica em conformidade com as especificidades e particularidades do caso levado a julgamento, sob a ótica da (in)capacidade física, psicológica e mental da vítima, sua fragilidade de acordo com sua vulnerabilidade e capacidade para consentir

com a prática do ato sexual. Sendo que Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer, discorre a respeito das definições caracterizadoras dos elementos que integram o tipo descrito no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal:

Enfermidade é qualquer doença mental ou física com efeitos mentais que prive a vítima do discernimento necessário, como são, em princípio, a esquizofrenia, as psicoses em geral, a epilepsia e a demência senil, por exemplo. Deficiência mental corresponde à oligofrenia (cretinismo, mongolismo, microcefalia, macrocefalia e oligofrenia difenilpiruvínica). O índice de deficiência é normalmente calculado pelo quociente de inteligência (QI) e pela idade mental. Discernimento é a faculdade de discernir, de apreciar, de escolher. É a opção seguindo algum critério. Quem se relaciona sexualmente com qualquer pessoa não tem critério de escolha, e, portanto não tem discernimento. Ao empregar a expressão normativa necessário discernimento evidentemente não quis o legislador deixar o tipo à mercê de preceitos morais ou sociais ou de visões pessoais do julgador acerca da sexualidade. Por isto, é de se concluir que a elementar se refere a alguma escolha da vítima, de acordo com critério diverso do puramente instintivo. A histórica proteção legal do vulnerável, contida tanto no antigo como no novo texto, indicam que o necessário discernimento se liga também ao conhecimento das consequências sociais, morais e físicas que envolvem o relacionamento sexual. Assim, além da escolha com critério, deve o optante ter noção da possibilidade de gravidez, de contrair doenças sexualmente transmissíveis e da provável reprovação social envolvida. A existência, ou não, do necessário discernimento é questão pericial. A incapacidade de oferecer resistência por qualquer outra causa se refere aos casos em que o paciente está por qualquer outra razão efetivamente tolhido na sua capacidade de entender e de se portar, como ocorre, por exemplo, na intoxicação por álcool ou outras drogas, no estado de coma, no hipnotismo, durante o sono e nas demais situações de fragilidade física ou mental, por doença ou por idade. Apura-se por perícia a capacidade de resistência (FUHLER, 2009, p.178).

Já no que concerne a intervenção mínima do Direito Penal, Busato e Huapaya (2007) afirmam que “o Direito Penal não é uma solução para todos os males. A intervenção penal deve ficar reservada para as hipóteses em que falharam outros mecanismos de defesa social. Ao Direito Penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social”.

Quanto a presunção, Estafem (2018, p.663 b), defende que é necessária sua relativização:

Ocorre, todavia, que a exegese das normas penais não pode se dar, jamais, alijada de uma visão constitucional e, notadamente, da correta delimitação do valor protegido (objetividade jurídica) pela disposição. É por essa razão que entendemos, a despeito da peremptoriedade do Texto Legal, que nem todo o contato sexual com menor de 14 anos ingressará na tipicidade (material) da norma. É a *mens legis* que se sobrepõe à *mens legislatoris*.

Conforme pensamento de Estafem, não há violação ao bem jurídico tutelado, que neste caso se refere a dignidade sexual, mesmo que a vítima possua mais de doze e menos de quatorze anos de idade e pratique ato libidinoso com o livre consentimento, ao contrário da interpretação literal do dispositivo legal, que prevê que o agente cometerá crime hediondo, revestido de rigidez exacerbada (ESTAFEM, 2018, p.662 b).

De outro modo, merece atenção que à depender do caso *sub judice*, poderá se enquadrar em erro de tipo, o que, por óbvio, afastaria o elemento subjetivo do tipo a tornar a conduta atípica, conforme leciona Nucci:

o autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.

Para melhor elucidação da lição, exemplifica-se o caso do agente que em uma festa conhece uma pessoa que aparenta ter idade superior a que de fato possui, ou até mesmo, por conduta determinada pela própria, apresentando um documento de identidade com informações inverídicas, fazendo com que o agente caia em erro inescusável e invencível, sendo que Noronha, ensina que “se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de 14 anos, não ocorre a presunção” (Noronha, 1995, p. 225-226).

Nas palavras de Zaffaroni (2013. p. 442) quanto eu erro de tipo:

O erro de tipo é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo. O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo” (art. 20, caput, do CP). Assim, quem crê que está disparando sobre um urso e de fato não se trata disto, e sim de seu companheiro de caçada; [...] desaparece a finalidade típica, ou seja, a vontade de realizar o tipo objetivo. Não havendo o querer da realização do tipo objetivo, não há dolo e, portanto, a conduta é atípica.

São casos em que há tipicidade objetiva, mas não há tipicidade subjetiva, porque falta o dolo. Dolo é querer a realização do tipo objetivo; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não pode existir e, portanto, não há dolo: este é o erro de tipo.

De maneira não diferente, ensina Jesus (2012, p. 157):

Ausente o elemento qualificador do tipo (ofensa à dignidade sexual), penso que inexistente crime. Não há lesão ao bem jurídico quando uma adolescente de 13 anos de idade, voluntariamente, passa a morar com o autor e mantém com ele relações sexuais. Vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial, estacionada ou progressiva, configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa, determinando um processo de desvantagem social ou de marginalização, segundo lei italiana de 5 de fevereiro de 1992.

Em razão de tais pensamentos, os autores chegam a conclusão de que o numerário etário disposto no artigo 207-A, do Código Penal, é insuficiente para a configuração do delito de estupro de vulnerável, não devendo tal critério, previsto no texto legal, ser absoluto e aplicado com tamanho rigidez, pois deve-se levar em consideração os fatos apresentados, para que a aplicabilidade do direito esteja de acordo com a realidade do caso (Estafem, 2018, p. 662 b).

O que se busca com tal discussão, não é uma mera descriminalização ou liberdade para a prática de tais crimes, que continuam sendo repugnantes e abjetos, mas um meio de solução a possibilidade de relativização do termo vulnerabilidade quando o caso versar sobre adolescente de doze a quatorze anos de idade, mantendo-se o caráter absoluto aos menores de doze anos, argumenta (Nucci, 2014).

3.1 O atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – Tema Repetitivo 1121

O Superior Tribunal de Justiça firmou o Tema num. 1.121, sob o rito dos recursos repetitivos, de que havendo a conduta dolosa de satisfazer lascívia própria ou de terceiro, em ato praticado contra menores de 14 anos de idade, configura-se o crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal (Estupro de Vulnerável), não havendo se falar em desclassificação da conduta para delito de menor penalidade, mesmo que a conduta do agente não resulte em maiores consequências, mesmo

que seja pautada no consentimento da vítima, tornando inviável a desclassificação para o crime de Importunação Sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal.

Nesse sentido vem sendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUTAS LIBIDINOSAS DIVERSAS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941). INADEQUAÇÃO. CONFORMAÇÃO DAS CONDUTAS PRATICADAS AO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Casa firmou-se na compreensão de que o crime de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso diverso, ofensivo à integridade sexual da vítima e que revele a intenção lasciva do agente. 2. Os atos libidinosos imputados ao agravante e considerados incontroversos pela Corte estadual, consistentes em dar tapinhas e apertar o pênis da vítima menor de 14 anos à época dos fatos, amoldam-se inequivocadamente ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do Código Penal), sendo inadequada a desclassificação de tais condutas para contração penal. Precedentes. 3. Outrossim, vejo que as condutas praticadas pelo agravante não se almodam ao art. 215-A do Código Penal, pois o texto do normativo em referência (“Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”) evidencia que a conduta criminosa deve ser praticada sem violência ou grave ameaça. Todavia, é sedimentada nesta Corte “a presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos” (REsp n. 1.320.924/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe de 29/8/2016, grifei). 4. A questão, inclusive, já foi objeto de análise por esta Corte Superior de Justiça, que decidiu pela impossibilidade de aplicação do mencionado artigo na hipótese de estupro de vulnerável, porquanto “a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima” (AgRg no AREsp n. 1361865/MG, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/2/2019, DJe 1º/3/2019). 5. Ademais, também já foi assentado neste Superior Tribunal que é “[...] inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade”(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1225717/RS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019, grifei). 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1168566/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)4.

Assim, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça não permite relativização do tema quando se trata de delitos envolvendo menores de 14 anos de idade, mesmo que a ação causada pelo agente seja revestida de menor gravidade, sem violência,

grave ameaça ou superficialidade, porquanto que a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, configura o crime de Estupro de Vulnerável, pois amolda-se ao artigo 217-A, do Código Penal.

No entanto, ao analisar os votos proferidos pelos ministros, nota-se que o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Superior Corte, põe início ao seu voto demonstrando seu ponto de vista favorável à desclassificação, considerando que entendimentos contrários podem afrontar de forma direta a proporcionalidade da pena:

Contudo, a meu ver, referido entendimento merece uma melhor reflexão. De fato, no que concerne à possibilidade de desclassificação do crime do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal, registro, de início, que o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Dessa forma, tenho dificuldades em identificar, de pronto, óbice à possibilidade de desclassificação, porquanto é possível que o caso concreto, pela ausência de expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, não demande a gravosa punição trazida no artigo 217-A do Código Penal. De fato, não é recomendável que as condutas de conjunção carnal, sexo oral e sexo anal possuam o mesmo tratamento jurídico-penal que se dá ao beijo lascivo, sob pena de verdadeira afronta à proporcionalidade. (AgRg na PET no RECURSO ESPECIAL Nº 1.684.167 - SC (2017/0174084-4).

Assim, observa-se que, em que pese alguns ministros discordem acerca da impossibilidade de desclassificação do crime de Estupro de Vulnerável em condutas de menor ofensividade, não as acolhem, considerando tratar-se de tema firmado pela Corte.

O ponto-chave a ser destacado é que, se um adolescente demonstra capacidade de compreender a natureza ilícita de certos atos, o que permite a aplicação de medidas socioeducativas em resposta a seu comportamento, presume-se que ele também possui capacidade semelhante para dar consentimento válido em relação a atos sexuais. Essa lógica sugere que o consentimento dele deveria ser considerado válido no contexto da prática de atos sexuais.

3.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da controvérsia

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, houve a impetração do Habeas Corpus de nº 134.591, no qual o paciente buscava a desclassificação do crime de

estupro de vulnerável para a contravenção penal prevista no artigo 65 do decreto-lei nº 3.688/1941, em razão de ter sido condenado no processo de nº 0006147-83.2009.8.26.0242, a uma pena de 8 anos de reclusão.

O habeas Corpus teve sua ordem denegada, com a condenação do paciente mantida, no entanto, os votos proferidos pelos Ministros merecem atenção, conforme se verifica a seguir.

Luis Roberto Barroso, embora proferindo voto no sentido de manter a condenação, argumentou:

Eu gostaria de fazer uma reflexão, porque – e cumprimento o ilustre Advogado, uma sustentação simples, mas empática, comovente –, evidentemente, um beijo lascivo numa criança de cinco anos é uma conduta totalmente inapropriada, que merece algum tipo de sanção da ordem jurídica, mas oito anos por um beijo lascivo num réu primário, de bons antecedentes, também me parece ter alguma desproporcionalidade. Alguma, não, relevante desproporcionalidade. (Brasil, 2019, <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984830>)

Alexandre de Moraes, destacou que:

Eu, particularmente, enquanto estudante do Direito Penal, acho que a Lei não foi bem ao tipificar tudo como estupro, porque há diferença entre os tipos penais. Mas o que é muito importante é que o 213, estupro; 214, atentado violento ao pudor, antes da alteração, tinham a mesma pena, seis a dez anos, ou a possibilidade de aumento pela violência presumida. Essa sim foi aumentada um pouco mais, tanto para estupro como para as demais condutas que não são a introdução pênis-vagina - que é o tradicional estupro -, mas qualquer questão de conotação sexual. A pena-base dos dois tipos era a mesma. (Brasil, 2019, <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984830>)

O Ministro ainda menciona:

Uma segunda questão que eu considero importante é a questão da conotação sexual, por isso todo o embasamento em relação a essa violência presumida e abuso de incapaz. Para determinadas idades, a conotação sexual não é uma questão de sexo, é uma questão de poder, de abuso de poder, de abuso de confiança. Uma criança de 5 anos não entende exatamente a questão sexual. Os reflexos disso só vão ser sentidos muito depois, quando ela chegar na fase de adolescência quando começar a ter contato físico. Os reflexos disso são comprovados cientificamente. Para a pessoa conseguir se relacionar bem e ter confiança em outras pessoas, a dificuldade é muito grande. A vítima, tendo cinco anos, não é uma questão só - e teve aqui - de conotação sexual. Não foi um único beijo, como foi dito da tribuna. Aqui, nas palavras da vítima, por parte da

psicóloga: “quando o Ronaldo a beijou, ele fungou na minha boca”. A vítima mostrou como o averiguado fez e “respirando de forma ofegante, excitada, hum-hum-hum”, diz aqui. Ou seja, a conotação para ele foi essa, abusando da confiança de uma criança de cinco anos de idade. Independentemente de entendermos que a pena-base é alta ou não, o fato típico existe. Não há como, a meu ver, com o devido respeito, desclassificar para molestação - que não tem essa conotação. A Subprocuradora-Geral bem disse, o Brasil é um dos países que tem uma das maiores violências sexuais contra a criança. No começo de janeiro, foi iniciada uma grande campanha contra a violência sexual e o turismo sexual, porque, não raras vezes, as crianças que sofrem violência sexual bem novas acabam, depois, sendo levadas à prostituição infantil. O Brasil está no meio de uma grande campanha em relação a isso. Lamentavelmente, isso ainda é, no Brasil, uma chaga, em vários locais, as pessoas se aproveitam da intimidade, da confiança que têm com crianças, seja do sexo masculino, seja do sexo feminino, para se aproveitarem sexualmente dessas crianças. Não houve conjunção carnal, mas houve, a meu ver, um abuso de confiança para um ato sexual. Conseqüentemente, não há ilegalidade na interpretação do STJ. Então, Senhor Presidente, eu voto pela denegação da ordem.

Marco Aurélio, destacou que:

Na condição de Relator, no voto proferido, implemento a ordem para restabelecer a decisão do Tribunal de Justiça que implicou a desclassificação. Vencido nessa parte, adiro ao implemento da ordem, como preconizado pelo ministro Luís Roberto Barroso, já que a lei penal mais benéfica, excepcionando o princípio segundo o qual as leis são editadas para viger prospectivamente, retroage, visando favorecer o acusado. Então, vencido no voto formalizado, que mantenho, adiro ao implemento da ordem, como preconizado pelo ministro Luís Roberto Barroso. (Brasil, 2019, <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984830>)

Luis Roberto Barroso, volta a argumentar no sentido de que:

Quer dizer, nós tínhamos dois tipos, um penal e outro contravencional; o do 217-A, o mais grave, cuja dicção é a seguinte: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos". Qual era o problema desse tipo penal? É que ele não fazia nenhuma distinção se houve um coito vaginal, se houve um coito anal, se houve sexo oral ou se houve um beijo. E, com todas as vênias de quem pense diferentemente, acho que fazer sexo vaginal, anal ou oral com uma criança é, evidentemente, com todas as vênias, diferente de um beijo lascivo - ruim e altamente reprovável como seja evidentemente um beijo lascivo. No entanto, como o tipo penal não distinguia, o que o juiz desse caso concreto fez, na verdade, o Tribunal? Aplicou a pena mínima, porque não havia alternativa. Esse era um extremo. O outro extremo era o da Lei de Contravenções Penais, que previa molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade por acinte ou por motivo reprovável. Aqui, com todas as vênias dos entendimentos diferentes, acho que é diverso, porque claramente houve um ato de natureza libidinoso. Portanto, não acho que se trate apenas de perturbar a tranquilidade. Aí, vem a nova lei e prevê o tipo: praticar contra alguém, e sem a sua anuência, ato

libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Parece-me perfeitamente enquadrável a conduta que nós estamos aqui tratando.

Assim, nota-se que, embora a ordem do Habeas Corpus tenha sido denega, em razão dos precedentes adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, há divergência entre os ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, considerando que se trata de matéria complexa e sensível.

No entanto, com base nos votos dos Ministros apresentados no contexto do Habeas Corpus, observa-se uma divergência de opiniões em relação à condenação do paciente por um ato libidinoso que tem como vítima uma criança de cinco anos de idade.

Luis Roberto Barroso expressa sua preocupação com a possível desproporcionalidade da pena de oito anos para um réu primário, argumentando que, embora o ato seja inapropriado e reprovável, a pena pode ser considerada excessiva.

Por sua vez, Alexandre de Moraes destaca a falta de distinção nos tipos penais relacionados a condutas libidinosas com menores e questiona a tipificação generalizada do estupro. Ele ressalta a importância de considerar a idade da vítima e a natureza do ato para avaliar a gravidade da conduta.

O Ministro Alexandre de Moraes também destaca a complexidade da conotação sexual em casos envolvendo crianças, enfatizando que, para certas idades, a questão não é apenas de natureza sexual, mas também de poder e abuso de confiança.

3.3 A aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

Os princípios, de acordo com o que nos ensina Ferreira (2010, p. 1710) importam, basicamente, em um conjunto de preceitos morais e éticos que regem ou deveriam reger a conduta e o comportamento do ser humano em relação ao seu semelhante, ou em relação à sociedade, ou em relação ao mundo e aos outros seres da natureza.

Durante o início do período positivista, os princípios começaram a fazer parte dos códigos regentes como fonte normativa subsidiária, quando a lei era omissa ou existia algum tipo de lacuna, Bonavides (2003), ensina que os princípios eram aplicados garantindo uma aplicação mais justa da lei.

Com o advento da Constituição Federal e início da fase pós-positivismo, os princípios deixaram de ser utilizados somente quando houvesse uma omissão ou lacuna no ordenamento jurídico, mas integraram o texto constitucional e começaram a ser aplicados como fonte do direito em qualquer julgamento, sendo tal fenómeno, segundo Ferraz e Souza (2010), chamado de “*a constitucionalização dos princípios*”. Assim, foi inserido na Constituição Federal de 1988 diversos preceitos principiológicos, sendo eles o alicerce que sustenta o sistema jurídico, posto que passou a servir como critério de aplicação da lei, incidindo entre direitos e deveres, definindo ainda a racionalidade do sistema normativo.

Bonavides ensina a respeito dos conceitos dos princípios, uma vez que, segundo o autor, princípio refere-se a toda norma jurídica:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém. (CRISAFULLI apud BONAVIDES, 2003, p.257).

Assim, compreende-se que os princípios norteiam o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que estão inseridos em basicamente todos os textos normativos, colaborando de maneira incessante, inclusive, no Estado Democrático de Direito, uma vez que os princípios constitucionais são indispensáveis, pois agem como reguladores das atividades estatais e controladores dos excessos.

Para melhor ilustração da efetividade aplicabilidade dos princípios no ordenamento pátrio, se faz imprescindível a redação disposta no artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Assim, compreendida importância dos princípios, importante destacar a relevância do princípio da proporcionalidade, que se destacou no final do século XX, consolidando-se como um princípio constitucional (BONAVIDES, 2003, p.398), em que pese não esteja explícito na Constituição Federal, para o autor, o princípio da proporcionalidade pertence à natureza e essência do Estado de Direito, devendo ser considerado um princípio geral de direito constitucional.

A importância de tal princípio, conforme ensina Luiz Regis Prado:

O princípio da proporcionalidade (poena debetur commensurari delicto), em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso (2008, pg.140).

César Roberto Bitencourt (2008, pg. 26) contribui:

O princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.

Nesse aspecto, implica dizer que a proporcionalidade nada mais é do que preponderar o fato antijurídico cometido e a pena a ser aplicada, uma vez que ambos devem andar lado a lado, se uma bola cai no pátio do vizinho e quebra uma janela, por qual motivo culpar o dono da bola como se tivesse também derrubado os muros.

Nucci (2009, p.77), explica a respeito da proporcionalidade:

Significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores

Para Jesus (2011, p. 53) “[...] a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato.” No mesmo sentido Mirabete (2008, p. 41) leciona que deve existir uma proporção entre a reprovabilidade da conduta praticada pelo agente e a sanção a ser a ele a ser imposta, sob pena de ser atribuído o excesso e, conseqüentemente, a desproporcionalidade entre a conduta praticada e a consequência jurídica imposta.

A se ignorar a proporcionalidade, Cristiane Dupret (2008, p. 48), ilustra:

Podemos citar como exemplos de ofensa ao referido princípio: a pena cominada para a lesão culposa na direção de veículo automotor que é mais grave que a pena da lesão leve dolosa do CP: art. 129, *caput*; a igualdade de penas entre o crime de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art.214), pois entre 'atos libidinosos diversos da conjunção carnal' é certo que encontraremos atos dotados de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal, como é o caso do coito anal, mas é certo também que encontraremos atos dotados de gravidade muito menor, cuja pena mínima também será de 6 anos; outro exemplo é a previsão do crime de estupro no CPM com pena menor que a prevista no CP.

Para uma melhor ilustração, dá-se o exemplo do agente que toca o seio da vítima menor de 14 anos, ainda que por cima da roupa, por mais que se trate de um ato que deve ser repudiado através da aplicação de uma sanção penal pelo poder punitivo estatal, entende-se que a proporcionalidade deve ser observada e estar presente na pena a ser aplicada, pois a sanção penal de tal ato é prevista no artigo 217-A, do Código Penal, com pena mínima de 06 anos de reclusão. Ocorre que o agente que agride a vítima, deixando-a com debilidade permanente em um membro, sentido ou função, possui sua pena mínima, em caso de condenação, partindo de 1 a 5 anos de reclusão (artigo 129, §1, inciso II, do Código Penal).

Se o agente tivesse espancado a vítima, deixando-a com uma deformidade permanente, sua pena seria de 2 a 8 anos de reclusão (artigo 129, §2º inciso IV, do Código Penal).

Se o agente viesse a matar a vítima, a sua pena partiria dos 6 anos de reclusão (Artigo 121, *caput*, do Código Penal).

Assim, nota-se que há desproporcionalidade entre a aplicação da lei penal e os fatos praticados, não se discute que todos devem ser penalizados, mas cada qual na medida de suas condutas, sem excessos, uma vez que ao contrário disto, se descumprirá preceitos constitucionais sob o pretexto da aplicação da lei, sendo que é, ou deveria ser, o que distingue o Estado da barbárie: as persecuções penais devem se operar, sempre e sempre, estritamente, dentro das normais constitucionais.

De outro modo, Lenza (2012, p.159/160) destaca a presença cristalina do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, mesmo que não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal. Ele enfatiza a sua incorporação

por meio de dois dispositivos legais fundamentais, confirmando que sua origem se desvela no âmbito do devido processo legal, especialmente em sua acepção substantiva, tal como delineado no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna.

Ao analisar a estrutura normativa, Lenza destaca a intrínseca relação do princípio da proporcionalidade com a garantia constitucional do devido processo legal. Nesse contexto, o artigo 5º, inciso LIV, surge como uma base normativa sólida que respalda a aplicação desse princípio, conferindo-lhe uma fundamentação constitucional inegável, posto que declara que, *in verbis*:

Art. 5º - 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, nos termos seguintes:
LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV).

Dessa forma, o autor destaca não apenas a existência do princípio da proporcionalidade, mas também sua arraigada conexão com um dos pilares fundamentais do sistema jurídico brasileiro: o devido processo legal.

Essa análise sutil e perspicaz do autor, demonstra a importância do princípio da proporcionalidade na interpretação e aplicação das normas, ressaltando sua relevância na busca pela justiça e equidade no contexto jurídico brasileiro.

Em referência aos dispositivos que adotam o princípio da proporcionalidade, Lenza (2012, p.160) destaca o artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 9.784/99, que impõe:

A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Ainda, destaca o artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156 do Código de Processo Penal:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (incluído pela Lei n. 11.690/2008).

Dessa forma, denota-se que embora o princípio da proporcionalidade não esteja de forma explícita no plano constitucional, decorre dos princípios consagrados pela Constituição Federal.

3.4 O crime de Importunação Sexual como alternativa à tipificação do artigo 217-A do Código Penal

A necessidade da criação de um novo tipo penal a ser inserido ao capítulo dos crimes contra a dignidade sexual se deu em virtude de um fato ocorrido em 29/08/2019, no Estado de São Paulo, após um homem ter se masturbado e ejaculado em uma passageira que utilizava o transporte público da região, sendo que a conduta repugnante do sujeito o levou a prisão em flagrante, instaurando-se o delegado responsável o inquérito policial de número 0076565-59.2017.8.26.0050, o qual, ao final, indiciou o flagranteado pelo crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal.

Ocorre que a ação nuclear do tipo penal do crime de estupro, consubstancia-se no verbo constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, sendo que a previsão legal do crime de estupro, na modalidade simples, prevê uma pena restritiva de liberdade que parte dos 06 (seis) anos de reclusão, podendo atingir até 10 (dez) anos e, ainda, se ocasionar lesão corporal na vítima ou causar sua morte, a pena poderá atingir os 30 anos de reclusão (artigo 213, parágrafo 1º e 2º, da Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Ao ser realizada a audiência de custódia do flagranteado, o magistrado entendeu que o fato cometido não tratava-se do crime de estupro, mesmo que na modalidade simples, e que melhor se amoldaria à disposição prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais (atentado violento ao pudor), uma vez que, ao seu entender, para a configuração do crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código

Penal, não é prescindível o constrangimento de outrem, mediante violência ou grave ameaça, pois são elementos que configuram o núcleo do tipo, requisitos que segundo ele, não estavam presentes no caso analisado, apontando que, em que pese a ação do ofensor tenha sido grave e o resultado ensejado em traumas para a vítima, não houve constrangimento, tampouco ameaça.

O acontecimento fez com que o Senado Federal aprovasse o substitutivo da Câmara dos Deputados ao projeto de Lei 5.452-B, criminalizando as condutas semelhantes ao caso e dando ensejo a criação do tipo penal de importunação sexual, bem como criminalizou a divulgação de cenas sexuais ocorridas mediante estupro, de sexo ou pornografia e do induzimento ou instigação contra a dignidade sexual, preenchendo as lacunas do Código de Penal Brasileiro (BITENCOURT, 2017).

O referido projeto de Lei, além de criminalizar às condutas semelhantes ao caso, introduziu ao Código Penal o crime de importunação, através do artigo 215-A, por intermédio da Lei 13.718/2018, dispondo o artigo que quem praticar contra alguém e sem anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro, poderá ser penalizado com pena privativa de liberdade de 01 a 05 anos, se o ato não constituir crime mais grave.

O crime de importunação sexual, ao ser inserido no artigo 215-A do Código Penal, fez com que o seu caráter se tornasse de ação penal pública incondicionada a representação, por previsão expressa do artigo 255 do Código Penal, que prevê que os crimes contra a liberdade sexual, exposição da intimidade sexual e os crimes sexuais contra vulneráveis são dispensáveis à vontade da vítima em representar contra seu agressor, sendo de prerrogativa do próprio Ministério Público em mover a ação penal e propor as diligências que entender necessárias (Capez, 2021).

O elemento objetivo do tipo encontra-se amparado na conduta delituosa de praticar qualquer ato libidinoso na presença da vítima, com o propósito de satisfazer a sua própria lascívia ou de terceiros. Nesse aspecto, o agente utiliza-se da distração da vítima, como ocorrido no caso acima mencionado, que deu ensejo a criação do delito de importunação sexual.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2018, p. 5-6):

O tipo exige que o ato libidinoso seja praticado contra alguém, ou seja, pressupõe uma pessoa específica a quem deve se dirigir o ato de autossatisfação. Assim é não só porque o crime está no capítulo relativo à liberdade sexual, da qual apenas indivíduos podem ser titulares, mas também porque somente desta forma se evita confusão com o crime de ato obsceno. Com efeito, responde por importunação sexual quem, por exemplo, se masturba em frente a alguém porque aquela pessoa lhe desperta um impulso sexual; mas responde por ato obsceno quem se masturba em uma praça pública sem visar a alguém específico, apenas para ultrajar ou chocar os frequentadores do local.

Nessa mesma linha, Castro (2018, p.1) afirma que:

Para a adequada tipificação do crime de importunação sexual, basta, portanto, o emprego de qualquer outro meio, tal como a surpresa ou, ainda, qualquer outra circunstância em que a vítima esteja impossibilitada de se desvencilhar da conduta do agente. Por exemplo, no transporte público superlotado, quando a vítima não consegue se mover, o agente, sem empregar qualquer força física ou ameaça para impedi-la de se deslocar, aproveita para praticar ato libidinoso compatível com a situação (masturbação, por exemplo).

Com a introdução do artigo 215-A ao Código Penal, criou-se a discussão acerca de sua aplicação nos casos envolvendo menores de idade, como alternativa à tipificação prevista no artigo 217-A, do Código Penal.

Em razão dos crescentes recursos que chegavam ao Superior Tribunal de Justiça envolvendo o tema a 6ª Turma da Corte introduz, em março de 2019, uma perspectiva mais favorável à desclassificação, abandonando a concepção da intransponibilidade da violência presumida em situações envolvendo vítimas vulneráveis. Isso ocorreu em um caso específico em que um agente passou as mãos pelo corpo de uma adolescente, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLAÇÃO DO ART 14, I E II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSOMAÇÃO CONFIGURADA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. PROCEDÊNCIA. NOVATIO LEGIS IN MELLIOS. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL ADEQUADO AO CASO CONCRETO: IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 654, § 2º, DO CPP. REDIMENSIONAMENTO DA PENÁ PRIVATIVA DE LIBERDADE, QUE SE IMPÕE. 1. É narrado na exordial acusatória que o increpado aproveitou do momento em que a mãe da vítima (S B da S) não estava presente no recinto (saiu para buscar o filho na APAE), para submeter a vítima à prática de atos libidinosos diversos, consistente em o increpado passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração,

enquanto esta tentava em vão se desvencilhar do ofensor. 2. Diante da inovação legislativa, apresentada pela Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi criado o tipo penal da importunação sexual, inserida no Código Penal por meio do art. 215-A. A conduta do recorrido, conforme descrita na inicial acusatória, consistente em passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, não mais se caracteriza como crime de estupro, senão o novo tipo penal da importunação sexual. 3. Agora, "o passar de mãos lascivo nas nádegas", "o beijo forçado", aquilo que antes tinha que se adequar ao estupro para não ficar impune [...] "ganha" nova tipificação: o crime de importunação sexual. Não há mais dúvida: é crime! Dessa forma, verifica-se um tratamento mais adequado aos casos do mundo da vida e às hipóteses de absolvição forçada dada a única opção (estupro). [...] Assim como a Lei n. 12.015/2009 acabou com concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, unindo as duas condutas em prol do princípio da proporcionalidade (uma vez que a pena era muito desproporcional - no mínimo, igual à do homicídio qualificado!), a Lei n. 13.718/2018 vem, norteadora, trazer diretriz ao intérprete da lei, como se dissesse: não compare um coito vaginal forçado a um beijo lascivo no Carnaval! [...] o Estado deve proteger a liberdade sexual (sim!), mas não em prol do punitivismo exacerbado, mas em desconformidade com os princípios de Direito Penal. O STJ vinha colocando todos os atos libidinosos no mesmo "balaio", contudo, um beijo "roubado" não é igual a uma conjunção carnal forçada (onde se bate, se agride, se puxa os cabelos...). Sejam justos (proporcionais) (e não hipócritas!)! No exato sentido da Lei n. 13.718/2018! (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei1378118>; Acesso em 24/1/2019). 4. Ao punir de forma mais branda a conduta perpetrada pelo recorrido, condiciona-se, no presente caso, a sua aplicação diante do princípio da superveniência da lei penal mais benéfica. [...] Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (AgRg no AREsp n. 1.249.427/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/6/2018). 5. Não obstante a correção da decisão agravada, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, no DJU de 25/9/2018, que, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça (AgRg no REsp n. 1.730.341/PR, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 13/11/2018). 6. Recurso especial provido para afastar o reconhecimento da tentativa. De ofício, concedida a ordem de habeas corpus a fim de alterar a tipificação do delito para a prevista no art. 215-A do Código Penal e redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrido nos termos da presente decisão. (STJ - REsp: 1745333 RS 2018/0134332-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2019).

A decisão proferida revela o entendimento do tribunal para adaptar a tipificação do delito às mudanças legislativas recentes, especialmente no que diz respeito à violência sexual. A análise cuidadosa da conduta do acusado à luz da Lei n. 13.718/2018 levou a uma reavaliação do enquadramento jurídico, afastando a tentativa de estupro e reconhecendo a ocorrência do crime de importunação sexual.

A decisão reflete não apenas a aplicação da *novatio legis in melius*, que busca uma abordagem mais proporcional e atualizada, mas também destaca a importância de interpretar a lei de maneira apropriada aos contextos específicos, evitando generalizações que possam resultar em condenações injustas. A ênfase na proteção da liberdade sexual, sem comprometer os princípios fundamentais do Direito Penal, evidencia a busca por um equilíbrio justo na persecução penal, situação que deveria se tornar corolário do sistema de justiça brasileiro, principalmente sob a ótica do sistema penal, uma vez que, embora os entendimentos recentes do STJ sejam no sentido da impossibilidade de aplicar-se a importunação sexual de forma alternativa ao crime de estupro de vulnerável, entende-se que o próprio tribunal, de forma fundamentada, já fez a aplicação em casos passados.

4. A IMPRECIÇÃO DA EXPRESSÃO “ATO LIBIDINOSO”

A norma descrita no artigo 217-A, prevê a consumação do crime estupro de vulnerável através da prática de atos libidinosos. Ocorre que há clara imprecisão quanto a sua tipificação, considerando que não expõe um rol taxativo acerca do que seria um ato libidinoso apto a configurar o crime de estupro de vulnerável.

Segundo a doutrina (BITTENCOURT, 2012, vol. 4, p. 94):

Ato libidinoso, por fim, é todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo logicamente a conjunção carnal. São exemplos de ato libidinosos, diversos da conjunção carnal, a fellatio in ore, o lesbianismo, o cunnilingus, o pennilingus o annilingus, a sodomia etc.

Dessa forma, nota-se que o termo “ato libidinoso” refere-se a qualquer comportamento sexual que, impulsionado pela concupiscência, se manifesta objetivamente capaz de induzir a emoção e o prazer sexual, englobando, de maneira mais abrangente, a conjunção carnal.

Para Gonçalves (2011, p. 515):

Prevalece o entendimento de que a simples conduta de obrigar a vítima a tirar a roupa, sem obrigá-la à prática de qualquer ato sexual (contemplação

lasciva), configura crime de constrangimento ilegal. Argumenta-se que o ato de ficar nu, por si só, não é ato libidinoso.

Capez (2013, p. 26), entende que:

Ato libidinoso é todo coito anormal, os quais constituíam o crime de atentado violento ao pudor (antigo artigo 217 do CP), asseverando que todo ato destinado a satisfazer a lascívia e o apetite sexual, inclusive o beijo lascivo, são considerados atos libidinosos, podendo se manifestar até mesmo sem o contato das genitálias.

Assim, ante a definição de ato libidinoso como qualquer coito anormal, abrangendo desde práticas sexuais específicas até mesmo o beijo lascivo, é evidente a amplitude dessa denominação dentro do espectro legal. A compreensão de que tais atos podem se materializar sem a necessidade de contato direto das genitálias destaca a importância de considerar o componente subjetivo envolvido na avaliação de condutas sexuais, destacando a complexidade de determinar limites claros e universais para o que constitui um ato libidinoso, exigindo-se uma análise mais abrangente acerca do termo.

Ocorre que, parte da doutrina, de forma divergente, entende que há necessidade de contato físico entre o ofensor e a vítima para a prática do ato libidinoso. A jurisprudência dos Tribunais Superiores se inclinam no sentido de que o ato libidinoso prescinde de contato físico, conforme informativo 587 do STJ, *in verbis*:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016. (Brasil, 2016, <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27015985%27>)

Desse modo, observa-se, de forma cristalina, que o entendimento dos tribunais superiores busca abranger um alcance, de fato, mais amplo ao termo “atos libidinosos”, uma vez que o entendimento jurisprudencial consolidado sustenta que, para caracterizar o estupro de vulnerável, basta que a intenção do agente seja a de satisfação sexual.

Não se discute que a dignidade sexual, principalmente das pessoas em posição de vulnerabilidade, deve ser preservada. No entanto, entende-se que o legislador deve ser racional ao tipificar condutas, principalmente com relação ao tema, a fim de evitar-se sanções exageradas, posto que, o que se percebe, é configuração de um tipo penal, para comportamentos com grau de ofensividade diferentes, pois vejamos.

É evidente que o ato de beijar uma pessoa é diferente e menos danoso do que a prática de conjunção carnal com uma pessoa vulnerável. Nesse sentido, (Nucci, 2010, p. 223), argumenta que condutas menos lesivas como a mencionada, deve ser levada em consideração pelo legislador, bem como defende a criação de uma espécie de “estupro privilegiado”.

Greco (2012, p. 493), de forma não diversa ao mencionar o crime de estupro, leciona acerca do beijo lascivo:

Apesar da dúvida, o beijo lascivo poderia, ainda hoje, mesmo depois da edição da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, ser entendido como delito de estupro, quando a vítima a ele é obrigada pelo agente mediante o emprego de violência ou grave ameaça? Entendemos que não. Por pior que seja o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por este fato a cumprir uma pena de, no mínimo, seis anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida.

Bittencourt (2011, p. 50), de modo não diverso, sustenta que não obstante os posicionamentos em contrário, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, a qual elevou a pena do crime de estupro, não se afigura razoável que condutas como acariciar as coxas, os seios ou um abraço forçado se enquadrem no conceito de estupro, mas, sim, na contravenção penal de importunação.

4.1 Análise de julgados dos tribunais estaduais acerca da configuração do crime de estupro de vulnerável a partir do ato libidinoso

No presente capítulo, a fim de trazer elucidação a pesquisa monográfica, imperioso demonstrar os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em casos em que os recorrentes postulam a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o delito de importunação sexual, bem como acerca do contexto probatório apto a ensejar uma condenação, baseado na palavra da vítima.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. 1. Materialidade e autoria comprovadas. O fato narrado na denúncia envolve crime contra a dignidade sexual, que, via de regra, não é presenciado por testemunhas, assumindo peculiar relevância a palavra da vítima, capaz de sustentar, principalmente quando amparada em outros elementos probatórios, um juízo condenatório. 2. Na hipótese, a concretização do ilícito narrado na denúncia, relacionado à prática de atos libidinosos com menor de 14 anos, ficou substancialmente demonstrada pela prova produzida durante a instrução processual. 3. O crime do artigo 217-A do CP não se configura somente com a conjunção carnal, mas também com a prática de qualquer outro ato libidinoso. O STJ, ao julgar o REsp n. 1959697/SC, definiu a seguinte tese para o Tema n. 1121: "Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)". 4. Ausente situação de mera tentativa com base no princípio da proporcionalidade, visto que percorrido todo o iter criminis, consumando-se plenamente o crime do artigo 217-A do CP. 5. Pena. Afastada a valoração negativa dos vetores motivos e consequências. Mantido, por outro lado, o desvalor atribuído às circunstâncias. Incidente a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do CP. Sanção reduzida. Regime preservado. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 50034427520188210072, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leandro Figueira Martins, Julgado em: 25-10-2023).

No julgado acima delineado, o Tribunal mantém a condenação do apelante em razão da materialidade e a autoria do delito, com base na palavra da vítima, salientando acerca de sua relevância em crimes dessa natureza, muitas vezes não presenciados por testemunhas diretas.

Os desembargadores ainda argumentam que o crime do artigo 217-A do Código Penal não se restringe à conjunção carnal, incluindo qualquer ato libidinoso com menores de 14 anos.

De maneira não diferente, o Tribunal de Justiça Gaúcho decidiu em um caso em que o apelante, teria passado as mãos pelo corpo da vítima, bem como tirado a sua roupa, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES SEXUAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória, consistente nos relatos seguros e coesos da vítima, nas duas etapas de apuração, indicativos de que o acusado, aproveitando-se dos momentos em que a menina frequentava sua casa, passava a mão pelo seu corpo e tirava sua roupa. Credibilidade dos relatos corroborada pela oitiva das demais testemunhas, que confirmaram a frequência da ofendida na residência do réu, casado com a tia que lhe criou e a quem chamava de mãe, bem como o sofrimento apresentado quando os fatos vieram à tona. Inexistência de motivos que apontem no sentido de falsa imputação. Demonstrada de forma suficiente a versão acusatória, cabia ao acusado comprovar, ainda que minimamente, a sua versão dos fatos, o que não ocorreu, já que sua negativa é isolada nos autos. Juízo condenatório mantido. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. DESCABIMENTO. Tipo penal de aplicação subsidiária, apenas quando a conduta não configurar crime mais grave. No caso, praticada a conduta com violência (presumida), os fatos se amoldam, com perfeição, ao delito capitulado no art. 217-A do CP. Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). Tema Repetitivo nº 1121 do e. STJ. APELO DESPROVIDO.(Apelação Criminal, Nº 50004439620188210122, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanessa Gastal de Magalhaes, Julgado em: 25-10-2023)

Ao analisar os pontos da decisão, verifica-se o raciocínio adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da impossibilidade de desclassificação, considerando que os R. julgadores argumentam que se trata de prova amplamente incriminatória, que consiste nos relatos seguros e coesos da vítima em duas etapas de apuração, inquérito policial e em juízo.

Aduzem que os relatos indicam que o acusado aproveitou os momentos em que a vítima frequentava sua casa para praticar atos de natureza sexual, como passar a mão pelo corpo e tirar a roupa da menor.

O julgado também destaca a inexistência de motivos que indiquem uma falsa imputação por parte da vítima, reforçando a robustez da versão acusatória.

Ainda, aponta que cabia ao acusado comprovar, ao menos minimamente, a sua versão dos fatos, mas ele não apresentou evidências ou argumentos que corroborassem sua negativa, deixando-a isolada nos autos.

Quanto a possibilidade de desclassificação da conduta para o delito de importunação sexual, os julgadores aduzem que a conduta do acusado é praticada com violência presumida, enquadrando-se perfeitamente no delito de estupro de vulnerável, conforme previsto no art. 217-A do Código Penal.

Em outro caso análogo, em que o apelante teria passado as mãos pelo corpo da vítima, o Tribunal também inviabilizou a desclassificação, vejamos:

APELAÇÃO. CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ART. 217-A ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Depreende-se do contexto probatório que o acusado passou a mão pelo corpo da vítima, então com sete anos de idade, incluindo por baixo de sua roupa. Autoria evidente. Condenação mantida. PALAVRA DA VÍTIMA. Em delitos desta espécie, normalmente cometidos sob o pálio da clandestinidade, a versão fática trazida pela vítima ganha especial relevo, especialmente quando não é elidida por outros elementos de prova. No caso em tela, a vítima apresentou uma versão coerente nas fases policial e judicial. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. Inviável. Para configuração do delito de importunação sexual, a conduta do agente não pode caracterizar crime mais grave. Tese recente fixada pelo STJ. TENTATIVA. O delito de estupro de vulnerável se consuma no momento em que o agente pratica com a vítima qualquer ato libidinoso, mesmo que diverso da conjunção carnal, com o fim de satisfazer a sua lascívia. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Pena-base mantida no mínimo legal. Presente uma causa de diminuição da pena, minorada em 2/3. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. Aberto, diante da quantidade de pena aplicada. PENAS SUBSTITUTIVAS. SURSIS.MEDIDAS DE SEGURANÇA. TRATAMENTO AMBULATORIAL. A natureza do delito impede a substituição, e a quantidade da pena não permite o sursis. Demonstrada a semi-imputabilidade, enquadrado o agente no artigo 26, parágrafo único do Código Penal, recomendável o tratamento ambulatorial, por dois anos, nos termos dos artigo 98, § único, também do Código Penal. PREQUESTIONAMENTO. O acórdão traduz o entendimento da Câmara acerca da matéria sub judice, de modo que não se está, aqui, negando vigência à legislação constitucional, tampouco infraconstitucional. APELO DEFENSIVO PROVIDO, EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Criminal, Nº 50765831520198210001, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 17-03-2023).

No caso em questão, a decisão destaca a existência do fato e a autoria, sustentando que o acusado, ao passar a mão pelo corpo da vítima, uma criança de sete anos, evidencia a autoria do crime, posto que a palavra da vítima é considerada crucial, dada a natureza clandestina desses delitos, e a coerência da versão apresentada pela vítima nas fases policial e judicial fortalece a narrativa.

Acerca da desclassificação para o delito de importação sexual, os julgadores esclarecem tratar-se de medida inviável, em razão das teses fixadas pelo

Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, demonstrando o entendimento consolidado acerca da matéria.

4.2 Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça referente ao tema

Por fim, no intuito de verificar acerca dos fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados acerca da configuração do crime de estupro de vulnerável a partir do ato libidinoso, bem como da impossibilidade de desclassificação para o crime de importunação sexual, passa-se a análise das decisões pela Corte.

Nesse sentido:

PENAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. TRATADOS INTERNACIONAIS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E DA SUBSIDIARIEDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

3. Nessa senda, revela-se importante observar que nem sempre se entendeu a criança e o adolescente como sujeito histórico e de direitos. Em verdade, a proteção às crianças e aos adolescentes é fenômeno histórico recente. “A família não percebia as necessidades específicas das crianças, não as via como um ser com peculiaridades e que precisavam de atendimento diferenciado. [...] a única diferença entre o adulto e a criança era o tamanho, a estatura, pois assim que apresentavam certa independência física, já eram inseridas no trabalho, juntamente com os adultos. Os pais contavam com a ajuda de seus filhos para realizar plantações, a produção de alimentos nas próprias terras, pescas, caças, por isso, assim que seus filhos tinham condições de se manterem em pé, já contribuíam para o sustento da família.” (HENICK, Angelica Cristina. FARIA, Paula Maria Ferreira de. História da Infância no Brasil. Educere, 2022. Disponível em: <https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/19131_8679.pdf>. Acesso em: 7/1/2022).

(...)_

12. Não é só. Desclassificar a prática de ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o delito do art. 215-A do CP, crime de médio potencial ofensivo que admite a suspensão condicional do processo, desrespeitaria ao mandamento constitucional de criminalização do art. 227, §4º, da CRFB, que determina a punição severa do abuso ou exploração sexual de crianças e adolescentes. Haveria também descumprimento a tratados internacionais.

13. De fato, de acordo com a convicção pessoal desta Relatoria, o legislador pátrio poderia, ou mesmo deveria, promover uma graduação entre as espécies de condutas sexuais praticadas em face de pessoas vulneráveis, seja por meio de tipos intermediários, o que poderia ser feito através de

crimes privilegiados, ou causas especiais de diminuição. De sorte que, assim, tornar-se-ia possível penalizar mais ou menos gravosamente a conduta, conforme a intensidade de contato e os danos (físicos ou psicológicos) provocados. Mas, infelizmente, não foi essa a opção do legislador e, em matéria penal, a estrita legalidade se impõe ao que idealmente desejam os aplicadores da lei criminal.

14. Verifique-se que a opção legislativa é pela absoluta intolerância com atos de conotação sexual com pessoas menores de 14 anos, ainda que superficiais e não invasivos.

15. Tanto a jurisprudência desta Corte Superior quanto a do Supremo Tribunal Federal são pacíficas em rechaçar a pretensão de desclassificação da conduta de praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o crime de importunação sexual (art. 215-A do CP). Precedentes.

16. Tese: presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

17. Solução do caso concreto: recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau, que reconheceu a tentativa de estupro de vulnerável.

(REsp n. 1.959.697/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022.)

O *decisum* acima se refere ao julgamento de um recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, envolvendo a desclassificação de um caso de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual. Ao julgarem, os desembargadores destacaram a evolução histórica da proteção de crianças e adolescentes, ressaltando a transformação na percepção desses indivíduos como sujeitos de direitos, o que torna incompatível a desclassificação do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, para a previsão do artigo 215-A, do mesmo diploma penal.

Além disso, a relatoria expressa a opinião de que o legislador poderia ter adotado uma abordagem diferenciada na graduação das condutas sexuais, mas ressalta a necessidade de obedecer à estrita legalidade, razão pela qual, foi rejeitado o pleito de desclassificação, mantendo-se a qualificação do crime e a condenação do acusado.

Em caso análogo e recente, foi proferida a seguinte decisão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. MENOR DE 14 ANOS. PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. COMANDO DO LEGISLADOR.

I – A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do tema repetitivo n. 1.121, firmou recentemente a tese jurídica de que “presente o dolo

específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)". (REsp n. 1.959.697/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022).

II - "Ademais, é incabível ao Órgão julgador afastar a incidência do tipo penal, por entender que a lei seria excessivamente severa e ofenderia o princípio da proporcionalidade das penas. Afigura-se imprescindível que o tipo penal do art. 217-A do Código Penal, durante a sua vigência, seja efetivamente respeitado e aplicado, por ter o legislador endereçado um comando, e não uma faculdade, ao aplicador da lei." (HC n. 559.127/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022).

III - Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.966.742/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023.)

O julgado acima, trata-se de Agravo Regimental em Recurso Especial, o qual refere-se sobre a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o delito de importunação sexual.

A decisão destaca a posição consolidada da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que recentemente firmou a tese jurídica de que a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável, independentemente da ligeireza ou superficialidade da conduta.

A jurisprudência reforça que não cabe ao órgão julgador afastar a incidência do tipo penal com base na alegação de excessiva severidade da lei, enfatizando a necessidade de respeitar e aplicar efetivamente o tipo penal do art. 217-A do Código Penal, independente do ato praticado. Por essa razão, o Agravo Regimental foi desprovido, mantendo-se a posição consolidada pela jurisprudência

De modo não diverso, foi o entendimento da Corte Superior no julgamento de um caso em que o recorrente passou as mãos no corpo da vítima, por cima da roupa, vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL – CP. CONSUMAÇÃO RECONHECIDA EM PROVIMENTO DE RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO. AGRAVANTE QUE PASSAVA AS MÃOS PELO CORPO DO VÍTIMA POR CIMA DA ROUPA. DOSIMETRIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1.“Tese: presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime

de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)” (REsp n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe de 1º/7/2022.) 1.1. No caso concreto, diante de trechos do acórdão do Tribunal de Justiça, a decisão agravada afastou a tentativa para reconhecer a consumação, pois o agravante passava a mão pelo corpo da vítima, por cima da roupa, enquanto jogavam videogame durante a tarde e no trajeto entre a escola da vítima e sua residência, em ambientes que ambos estava a sós.

2. A pretensão subsidiária do agravante de impugnar a dosimetria da pena, notadamente o resultado ao final da segunda fase, esbarra na preclusão consumativa, pois foi utilizado o mesmo parâmetro adotado na sentença, contra o qual não houve insurgência no recurso de apelação defensivo.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.007.032/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023.)

No Agravo Regimental acima mencionado, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou questões relacionadas a um caso de estupro de vulnerável, conforme previsto no artigo 217-A do Código Penal, em que se reiterou o entendimento firmado, de que a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, com o específico dolo de satisfazer à lascívia, configura o referido crime.

No caso em questão, o STJ reconheceu a consumação do delito ao constatar que o agravante passava as mãos pelo corpo da vítima por cima da roupa, em momentos diversos, como durante uma partida de videogame e no trajeto entre a escola da vítima e sua residência, em situações em que ambos estavam a sós, mantendo-se a configuração do crime de estupro de vulnerável no caso telado.

Desse modo, verifica-se que, a jurisprudência acerca do tema, inadmite a desclassificação do crime de estupro de vulnerável, mesmo que o ato praticado não seja revestido de maior ofensividade.

CONCLUSÃO

Com base nesta pesquisa monográfica, concluiu-se que, na análise do contexto histórico e das mudanças legislativas no Código Penal Brasileiro. É evidente que a evolução da tipificação do estupro de vulnerável reflete a crescente preocupação da sociedade em proteger os mais vulneráveis contra abusos sexuais.

A revogação dos incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, por meio da Lei 11.106/2005, marcou o abandono da perspectiva tradicional centrada nos costumes, dando lugar a uma abordagem mais igualitária entre homens e mulheres como sujeitos passivos de crimes sexuais.

A Lei nº 12.015/2009 promoveu reformas significativas, modernizando a tipificação dos crimes sexuais e introduzindo o conceito de estupro de vulnerável, com penas mais severas para crimes cometidos contra menores de 14 anos ou pessoas com deficiência mental. A introdução da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta, embora inspirada na ideia de consentimento mútuo entre menores, destaca a importância de considerar cada caso individualmente, questionando a rigidez do critério etário previsto no artigo 217-A do Código Penal.

A discussão sobre falsas memórias, especialmente no contexto forense, amplia a compreensão dos desafios enfrentados em casos sensíveis envolvendo a violação da dignidade sexual, destaca a influência de terceiros na criação de falsas memórias e a importância de entender os mecanismos de aquisição, retenção e recuperação da memória ao lidar com casos traumáticos.

Já a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o Tema nº 1.121, reforça que a conduta dolosa contra menores de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável, rejeitando desclassificações para delitos de menor penalidade. Além disso, a abordagem ampla ao termo "atos libidinosos" pelos tribunais superiores destaca a intenção do legislador de abranger diversas formas de satisfação sexual, consolidando a compreensão de que a vítima não precisa necessariamente resistir fisicamente para configurar o delito.

Em suma, a pesquisa destaca a complexidade da legislação relacionada aos crimes sexuais. A evolução das perspectivas sociais e a importância de abordagens

sensíveis e individualizadas para lidar com casos que envolvem a dignidade sexual e a proteção dos vulneráveis.

As conclusões apresentadas proporcionam uma compreensão abrangente do tema, refletindo as nuances e desafios inerentes ao tratamento jurídico dessas questões na sociedade contemporânea, concluindo-se então, com base no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que embora divergente na doutrina em razão do princípio da proporcionalidade, o qual acaba não sendo observado, é inadmissível a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para delitos alternativos, como o crime de importunação sexual.

REFERÊNCIAS

2014.1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série

23 NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116-117.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no Processo Penal. 6. ed. São Paulo:

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição das República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 13.718, 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, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 24 de setembro de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 set.2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções**

Penais. Brasília: DF. Presidência da República. [2018] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em 21 de maio de 2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na PET no REsp n. 1.684.167/SC. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. 1. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. PEDIDO DE APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. PROCESSO SOB A JURISDIÇÃO DO STJ NO MOMENTO DA EDIÇÃO DA LEI. 2. APLICAÇÃO DA LEI N. 13.718/2018. DESCLASSIFICAÇÃO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 3. ENTENDIMENTO QUE MERECE MELHOR REFLEXÃO. TIPOS PENAIS QUE NÃO DESCREVEM AMEAÇA NEM VIOLÊNCIA. TIPO DO ART. 217-A DO CP QUE TRATA DA INCAPACIDADE PARA CONSENTIR. POSSIBILIDADE DE NÃO HAVER EXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INEXISTÊNCIA, A MEU VER, DE ÓBICE À DESCLASSIFICAÇÃO. 4. ENTENDIMENTO DO STF AINDA NÃO FIRMADO. HC 134.591/SP PENDENTE DE CONCLUSÃO DE JULGAMENTO. 5. RESSALVA DE PONTO DE VISTA. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O TEMA. 6. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cuidando-se de lei nova, editada quando o processo já se encontrava sob a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, cabe, de fato, a esta Corte analisar eventual aplicação da novatio legis in mellius. Precedentes. 2. Tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de desclassificação para o crime de importunação sexual, concluindo-se ser "inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1225717/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019, grifei). 3. A meu ver, referido entendimento merece uma melhor reflexão. De fato, no que concerne à possibilidade de desclassificação do crime do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal, registro, de início, que o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Dessa forma, tenho dificuldades em identificar, de pronto, óbice à possibilidade de desclassificação, porquanto é possível que o caso concreto, pela ausência de expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, não demande a gravosa punição trazida no art. 217-A do Código Penal. Com efeito, não é recomendável que as condutas de conjunção carnal, sexo oral e sexo anal possuam o mesmo tratamento jurídico-penal que se dá ao beijo lascivo, sob pena de verdadeira afronta à proporcionalidade. 4. O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Habeas Corpus n. 134.591/SP, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto-vista, se manifestou no sentido da possibilidade de se desclassificar a conduta do art. 217-A para a do art. 215-A, ambos do Código Penal. Consignou que o problema real é que na prática como o

tipo do art. do 217-A não distingue condutas mais ou menos invasivas, com frequência, como aconteceu aqui, os juízes desclassificavam. Portanto, o meio caminho talvez seja uma solução melhor que um dos dois extremos. Além do que, com todo respeito, acho que um réu primário de bons antecedentes que deu um beijo lascivo numa criança, gravíssimo, não merece oito anos de cadeia, que é uma pena superior a um homicídio. 5. Nesse encadeamento de ideias, ressalvo meu ponto de vista quanto à possibilidade de desclassificação do tipo penal do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal, porém mantenho o entendimento de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos, em razão do argumento central de presunção de violência. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Ressalva da posição pessoal do Relator. Reynaldo Soares da Fonseca. 18/6/2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg no RE nos EDcl no RMS n. 53.757/RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 318/STF. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DOS LIMITES À COISA JULGADA. ANÁLISE DA ADEQUADA APLICAÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 660/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a análise dos requisitos de admissibilidade do mandado de segurança não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF na análise do AI n. 800.074, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6/12/2010. 2. É uníssona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a questão da suposta afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites à coisa julgada, se dependente de prévia violação de normas infraconstitucionais, configura ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, não tendo repercussão geral (ARE 748.371 RG/MT - Tema 660/STF). 3. Agravo regimental não provido. Maria Thereza de Assis Moura. 5/6/2019.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp n. 2.007.032/PR. PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSUMAÇÃO RECONHECIDA EM PROVIMENTO DE RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO. AGRAVANTE QUE PASSAVA AS MÃOS PELO CORPO DO VÍTIMA POR CIMA DA ROUPA. DOSIMETRIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1."Tese: presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a

desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)" (REsp n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe de 1º/7/2022.)

1.1. No caso concreto, diante de trechos do acórdão do Tribunal de Justiça, a decisão agravada afastou a tentativa para reconhecer a consumação, pois o agravante passava a mão pelo corpo da vítima, por cima da roupa, enquanto jogavam videogame durante a tarde e no trajeto entre a escola da vítima e sua residência, em ambientes que ambos estava a sós. 2. A pretensão subsidiária do agravante de impugnar a dosimetria da pena, notadamente o resultado ao final da segunda fase, esbarra na preclusão consumativa, pois foi utilizado o mesmo parâmetro adotado na sentença, contra o qual não houve insurgência no recurso de apelação defensivo. 3. Agravo regimental desprovido. Joel Ilan Paciornik. 17/4/2023.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC 136.961/RJ. AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019. Reynaldo Soares da Fonseca. 15/06/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002844693&dt_publicacao=21/06/2021. Acesso em 16/11/2023.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no AREsp n. 1.168.566/SP. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUTAS LIBIDINOSAS DIVERSAS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941). INADEQUAÇÃO. CONFORMAÇÃO DAS CONDUTAS PRATICADAS AO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Casa firmou-se na compreensão de que o crime de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso diverso, ofensivo à integridade sexual da vítima e que revele a intenção lasciva do agente. 2. Os atos libidinosos imputados ao agravante e considerados incontroversos pela Corte estadual, consistentes em dar tapinhas e apertar o pênis da vítima menor de 14 anos à época dos fatos, amoldam-se inequivocadamente ao crime de estupro de vulnerável (art.217-A, caput, do Código Penal), sendo inadequada a desclassificação de tais condutas para contravenção penal. Precedentes. 3. Outrossim, vejo que as condutas praticadas pelo agravante não se almodam ao art. 215-A do Código Penal, pois o

texto do normativo em referência ("Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro") evidencia que a conduta criminosa deve ser praticada sem violência ou grave ameaça. Todavia, é sedimentada nesta Corte "a presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos" (REsp n. 1.320.924/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe de 29/8/2016, grifei). 4. A questão, inclusive, já foi objeto de análise por esta Corte Superior de Justiça, que decidiu pela impossibilidade de aplicação do mencionado artigo na hipótese de estupro de vulnerável, porquanto "a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima" (AgRg no AREsp n. 1361865/MG, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/2/2019, DJe 1º/3/2019). 5. Ademais, também já foi assentado neste Superior Tribunal que é "[...] inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1225717/RS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019, grifei). 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Antonio Saldanha Palheiro. 23/4/2019.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no AREsp n. 1.625.636/DF. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL (IMPORTUNAÇÃO SEXUAL). IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO DIFERENCIADO. 1. "Tratando-se de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima, o que afasta o crime de importunação sexual" (Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 3/12/2019). 2. Segundo a orientação pacificada neste Tribunal Superior, nos crimes de natureza sexual, os quais nem sempre deixam vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedente. 3. Agravo regimental desprovido. Antonio Saldanha Palheiro. 22/9/2020.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no REsp n. 1.966.742/SC. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. MENOR DE 14 ANOS. PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. COMANDO DO LEGISLADOR. I - A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do tema repetitivo n. 1.121, firmou recentemente a tese jurídica de que "presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)". (REsp n. 1.959.697/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022). II - "Ademais, é incabível ao Órgão julgador afastar a incidência do tipo penal, por

entender que a lei seria excessivamente severa e ofenderia o princípio da proporcionalidade das penas. Afigura-se imprescindível que o tipo penal do art. 217-A do Código Penal, durante a sua vigência, seja efetivamente respeitado e aplicado, por ter o legislador endereçado um comando, e não uma faculdade, ao aplicador da lei." (HC n. 559.127/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022). III - Agravo regimental desprovido. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). 14/8/2023.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. 06/11/2023. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em 16/11/2023.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. REsp n. 1.959.697/SC. PENAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. TRATADOS INTERNACIONAIS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E DA SUBSIDIARIEDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) 17. Solução do caso concreto: recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau, que reconheceu a tentativa de estupro de vulnerável. Ribeiro Dantas. Julgado em 8/6/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Sessão. EREsp n. 1.021.634/SP. PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A", DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos. Maria Thereza de Assis Moura. 23/11/2011. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100993132. Acesso em 16/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus 134.591/SP. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO ACOLHIDO PELA CORTE ESTADUAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA RESTABELECIDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA QUANTO AO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA CONDUTA NO

TIPO PENAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS INDEFERIDA. Ministro Marco Aurélio. 01/10/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984830>. Acesso em 16/11/2023.

BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal. Bases para um sistema penal democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial (arts. 231 a 359-h)**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v. 3 parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17. São Paulo Saraiva 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUPET, Cristiane. **Manual de Direito Penal: parte geral e especial**. Niterói: Impetus, 2008.

Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Criminal. Apelação 50004439620188210122. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES SEXUAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória, consistente nos relatos seguros e coesos da vítima, nas duas etapas de apuração, indicativos de que o acusado, aproveitando-se dos momentos em que a menina frequentava sua casa, passava a mão pelo seu corpo e tirava sua roupa. Credibilidade dos relatos corroborada pela oitiva das demais testemunhas, que confirmaram a frequência da ofendida na residência do réu, casado com a tia que lhe criou e a quem chamava de mãe, bem como o sofrimento apresentado quando os fatos vieram à tona. Inexistência de motivos que apontem no sentido de falsa imputação. Demonstrada de forma suficiente a versão acusatória, cabia ao acusado comprovar, ainda que minimamente, a sua versão dos fatos, o que não ocorreu, já que sua negativa é isolada nos autos. Juízo condenatório mantido. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. DESCABIMENTO. Tipo penal de aplicação subsidiária, apenas quando a conduta não configurar crime mais grave. No caso, praticada a conduta com violência (presumida), os fatos se amoldam, com perfeição, ao delito capitulado no art. 217-A do CP. Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). Tema Repetitivo nº 1121 do e. STJ. APELO DESPROVIDO. Vanessa Gastal de Magalhaes. 25/10/2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 16/11/2023.

Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Criminal. Apelação 50034427520188210072. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. 1. Materialidade e autoria comprovadas. O fato narrado na denúncia envolve crime contra a dignidade sexual, que, via de regra, não é presenciado por testemunhas, assumindo peculiar relevância a palavra da vítima, capaz de sustentar, principalmente quando amparada em outros elementos probatórios, um juízo condenatório. 2. Na hipótese, a concretização do ilícito narrado na denúncia, relacionado à prática de atos libidinosos com menor de 14 anos, ficou substancialmente demonstrada pela prova produzida durante a instrução processual. 3. O crime do artigo 217-A do CP não se configura somente com a conjunção carnal, mas também com a prática de qualquer outro ato libidinoso. O STJ, ao julgar o REsp n. 1959697/SC, definiu a seguinte tese para o Tema n. 1121: "Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)". 4. Ausente situação de mera tentativa com base no princípio da proporcionalidade, visto que percorrido todo o iter criminis, consumando-se plenamente o crime do artigo 217-A do CP. 5. Pena. Afastada a valoração negativa dos vetores motivos e consequências. Mantido, por outro lado, o desvalor atribuído às circunstâncias. Incidente a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do CP. Sanção reduzida. Regime preservado. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. Leandro Figueira Martins. 25/10/2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 16/11/2023.

Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação 50765831520198210001. APELAÇÃO. CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ART. 217-A. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Depreende-se do contexto probatório que o acusado passou a mão pelo corpo da vítima, então com sete anos de idade, incluindo por baixo de sua roupa. Autoria evidente. Condenação mantida. PALAVRA DA VÍTIMA. Em delitos desta espécie, normalmente cometidos sob o pálio da clandestinidade, a versão fática trazida pela vítima ganha especial relevo, especialmente quando não é elidida por outros elementos de prova. No caso em tela, a vítima apresentou uma versão coerente nas fases policial e judicial. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. Inviável. Para configuração do delito de importunação sexual, a conduta do agente não pode caracterizar crime mais grave. Tese recente fixada pelo STJ. TENTATIVA. O delito de estupro de vulnerável se consuma no momento em que o agente pratica com a vítima qualquer ato libidinoso, mesmo que diverso da conjunção carnal, com o fim de satisfazer a sua lascívia. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Pena-base mantida no mínimo legal. Presente uma causa de diminuição da pena, minorada em 2/3. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. Aberto, diante da quantidade de pena aplicada. PENAS SUBSTITUTIVAS. SURSIS. MEDIDAS DE SEGURANÇA. TRATAMENTO AMBULATORIAL. A natureza do delito impede a substituição, e a quantidade da

pena não permite o sursis. Demonstrada a semi-imputabilidade, enquadrado o agente no artigo 26, parágrafo único do Código Penal, recomendável o tratamento ambulatorial, por dois anos, nos termos dos artigos 98, § único, também do Código Penal. PREQUESTIONAMENTO. O acórdão traduz o entendimento da Câmara acerca da matéria sub judice, de modo que não se está, aqui, negando vigência à legislação constitucional, tampouco infraconstitucional. APELO DEFENSIVO PROVIDO, EM PARTE. UNÂNIME. Ivan Leomar Bruxel. 17/03/2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 16/11/2023.

Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação Criminal, Nº 50015884320218210039. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA EM CRIMES SEXUAIS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. As vítimas, de forma clara e segura, detalharam como ocorriam os abusos sexuais praticados pelo réu, afirmando que foram por muitos anos. Inclusive o réu não confessou o delito em relação a M. F. B, sua enteada, mas afirmou que havia o consenso da vítima. Afirmação que foi contrariada pela ofendida. Ao examinar o depoimento para fazer uma avaliação, dando a ele força de prova, deve-se atentar ao sujeito da prova e ao conteúdo da narrativa, observando-se a pessoa da depoente, retirando-se fatores de maior ou menor credibilidade e, obviamente, examinando-se o conteúdo do depoimento como um todo, sua coerência, verossimilhança, inclusão de detalhes e a concordância com outros elementos probatórios. É importante notar que a palavra da vítima, quando não demonstrada, durante a instrução processual, qualquer animosidade anterior para com o réu, merece especial atenção, visto que não se imagina que pessoa idônea possa vir ao juízo incriminar inocente. Nesse sentido, tenho que inexistem elementos que retirem a credibilidade dos depoimentos prestados pelas vítimas, as quais demonstram serem dignas de fé, até porque a palavra delas somente poderia ser desconsiderada se houvesse motivo fundado para tanto, o que não ocorre no presente caso. Nesse sentido, posicionamento da Câmara, a palavra da vítima, em crimes sexuais, detém especial relevância: "Em crimes contra a liberdade sexual, geralmente cometidos às escondidas, sem a presença de outras testemunhas, a palavra da ofendida assume especial importância, desde que convincente e coerente – como ocorreu no caso em comento. Não constatada qualquer razão para que a vítima imputasse as gravíssimas condutas ao acusado. Tampouco se verificou qualquer motivo para que seus familiares a incitassem a inventar os fatos em tela. Em suma, da análise da prova angariada resta inequívoca a ocorrência de estupro de vulnerável perpetrado pelo réu, de forma contínua, importando, assim, a manutenção da bem lançada sentença condenatória." (Apelação Criminal, Nº 50041587220158210019, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Joni Victoria Simões, Julgado em: 24-08-2023) Condenação e Apenamento mantidos. Apelo desprovido. Thiago Tristao Lima. 01/10/2023. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=50015884320218210039&codComarca=39>. Acesso em: 16/11/2023.

Estado do Sergipe. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. Câmara Criminal.

Apelação Criminal N° 202200315990 N° único XXXXX-59.2019.8.25.0007. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A C/C ART. 71 DO CP) E AMEAÇA. ATIPICIDADE DECLARADA NO CRIME SEXUAL. CONDENAÇÃO LIMITADA AO DELITO PREVISTO NO ART. 147 DO CP. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E CONHECIMENTO DO FATO PELOS GENIOTRES. VÍTIMA E RÉU QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM, NA CASA DA MÃE DO ACUSADO E COM O INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. EXCEÇÃO ROMEO E JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW). PEQUENA DIFERENÇA ENTRE A IDADE DA VÍTIMA (12 ANOS) E DO RÉU (17 ANOS) NA DATA DO FATO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA OFENSIVIDADE. IRRELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO. PECULIARIDADES QUE DENOTAM CONSENTIMENTO VÁLIDO. INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, DIANTE DA AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO PELA NORMA. CRITÉRIOS DA SÚMULA 593 DO STJ QUE DEVEM SER RELATIVIZADOS DIANTE DAS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. SENTENÇA MANTIDA IN TOTUM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. UNANIMIDADE. Elvira Maria de Almeida Silva. 23/08/2022. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=202200315990&tmp_numacordao=202227073&tmp.expressao=. Acesso em 16/11/2023.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 234-B)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 b.Vol. 2.

FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAUER, Gustavo. In: OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 178-179.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte especial.2ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 8 ed. Rio de Janeiro: ímpetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal parte especial**. 3 vol. 14 edição. Niterói, RJ:Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. Vol. 3 13 ed. São Paulo: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Vol. II. 11ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 540.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo: Saraiva,

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 490.

MARCÃO, Renato; GENTIL Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. Manual de Direito Penal, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 425.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte especial 2**. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal: comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários a lei 12015/2009. São Paulo :Editora Revista dos Tribunais,2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116-117.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito: parte geral**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da lei n. 12.015 de 2009**. 31 de mar de 2014.

PADILHA, Monique Isis Moehlecke. A implantação de falsas memórias em crianças supostamente vítimas de abuso sexual e técnicas de minimização da sugestibilidade. *Jornal de Produção on-line. UNIRITTER LAW JOURNAL*, < <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/uniritterlawjournal/article/view/1219>.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 .

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 .

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Saraiva, 2004

Saraiva, João Batista Costa. O "**depoimento sem dano**" e a *romeo and juliet law*". **Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP**. Boletim 205. - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2009.

SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003. p. 98.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão em Auto de Prisão em Flagrante nº 0076565-59.2017.8.26.0050**.