

JÉSSICA MARIA DE FONSECA

**A CONTROVÉRSIA SOBRE A VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA
A DIGNIDADE SEXUAL**

BACHARELADO
EM
DIREITO

FIC - MG
2016

JÉSSICA MARIA DE FONSECA

**A CONTROVÉRSIA SOBRE A VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA
A DIGNIDADE SEXUAL**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga/MG, como exigência para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal e Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Dário José Soares Junior.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me dar tantas oportunidades e me guiar, a cada passo, no caminho correto, possibilitando que eu chegasse até aqui com muita força de vontade e ânimo.

À minha mãe e minha avó, pela educação, criação, amor incondicional; pelos exemplos de determinação e pela confiança depositada em mim, e por estarem sempre de braços abertos a me esperar em todos os momentos, bons ou ruins.

Ao meu amado Felyppe, por sonhar comigo todos os meus sonhos e encarar comigo todos os desafios para realiza-los; por ser meu melhor amigo e me mostrar todos os dias que nunca estarei sozinha.

Às minhas tias Marina, Bete, Neide e Madrinha Alice por me presentear com verdadeiro amor de mãe. E aos meus tios Edson e Adão por serem a figura paterna em minha vida.

Aos meus primos Márcio, Flaviano, Thiago e Maria Luiza, pelo incentivo e por me apoiarem em todas as minhas escolhas.

À Alícia, à pequena Lívia e à Sophia, luzes que iluminam e alegam os meus dias.

À minha Sogrinha do coração, que cuida de mim com tanto carinho.

Às verdadeiras amigas que fiz durante esses cinco anos, em especial Ramon, Érica, Lorena, Nathália, José Braga, Kétile, Pedro e Isaque, obrigada pelo companheirismo e momentos vividos.

À Jôsy Ferreira, uma irmã de alma, de vida, que terei comigo durante toda a minha caminhada e que, com muita honra, posso chamar de amiga, obrigada por tudo.

Ao querido professor Juliano Sepe Lima Costa, que me ensinou muito mais que o Direito.

Por fim, meus sinceros agradecimentos ao meu orientador, Professor Dário José Soares Junior, pela oportunidade, paciência, confiança e apoio.

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo a análise da controvérsia sobre a vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual, especificamente, sobre a possibilidade de absolvição, em determinados casos, nos delitos de estupro de vulnerável quando há o consentimento da vítima menor de 14 anos (e maior de 12), considerando que se faz necessário a comprovação de que não há o necessário discernimento da prática do ato para que seja o agente condenado, sugerindo como solução a existência de provas robustas que possam identificar a existência de discernimento da vítima em determinadas situações. O art. 217-A, introduzido no Código Penal pela Lei 12.015/2009, criou a figura do estupro de vulnerável ao criminalizar a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos. Todavia, o critério etário então previsto, não pode ser entendido de forma absoluta, devendo-se observar quem, de fato, são os verdadeiros destinatários da proteção legal pretendida pelo legislador no campo dos delitos de estupro de vulnerável. Ressaltando que, na atualidade, os jovens têm seu desenvolvimento físico e psicológico precoces. Assim, nem todo menor de 14 (quatorze) anos deverá ser considerado vulnerável. Com isso, tem-se a possibilidade da absolvição do acusado, em determinados casos, com base na relativização da vulnerabilidade da vítima.

Palavras-chave: estupro de vulnerável; vulnerável; relativização da vulnerabilidade; presunção absoluta e relativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
1 - CAPÍTULO I – CONTROVÉRSIAS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE QUANTO AO ATO SEXUAL	13
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO.....	13
1.2 O PROJETO DE LEI Nº 253/04 E A LEI 12.015/09	15
1.3 PRESUNÇÃO RELATIVA E PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CAPACIDADE.....	18
2 - CAPÍTULO II – DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	21
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	21
2.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
2.1.2. Princípio da proporcionalidade.....	23
2.1.3. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.....	25
2.1.4. Princípio da adequação social.....	26
2.2 LIBERDADE SEXUAL DOS MENORES DE 14 ANOS AO LONGO DA HISTÓRIA	30
2.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O PROBLEMA DA ANÁLISE OBJETIVA	34
3 – CAPÍTULO III – O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – LEGISLATIVO X JUDICIÁRIO	36
3.1 O CÓDIGO PENAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	36
3.2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS	38
3.3 SOLUÇÃO: ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.015/09 trouxe alterações substanciais ao Título VI da parte especial do Código Penal dando nova redação a crimes contra a dignidade sexual, antes intitulados crimes contra os costumes. As inovações também se estenderam ao grupo de pessoas tidas como vulneráveis, que com a nova Lei ganhou tipicidade penal própria disposta no art. 217-A.

No entanto, uma discussão que já existia desde a vigência do antigo art. 224 do Código Penal permaneceu mesmo após tais alterações, qual seja, o debate sobre ser absoluta ou relativa a violência presumida quando a relação sexual era praticada com algum daqueles indivíduos na lei elencados, ainda que consentida. Com o novo tipo extinguiu-se a questão da violência presumida, e aplica-se a vulnerabilidade, mas a controvérsia continua no que diz respeito a essa vulnerabilidade: se é relativa ou absoluta.

Sob essa perspectiva, o fundamento dessa pesquisa é de confrontar os diplomas normativos, orientações doutrinárias, sentenças e acórdãos, no intuito de analisar de forma mais profunda a controvérsia sobre a vulnerabilidade da vítima nos crimes contra a dignidade sexual.

Com efeito, passam a existir ganhos de natureza jurídica, social e acadêmica.

O principal ganho jurídico consiste na observância do direito penal constitucional, permitindo a absolvição do agente quando há o consentimento da vítima, pelos operadores do direito.

O principal ganho social seria a demonstração da verdadeira justiça, gerando maior credibilidade às demandas penais, trazendo segurança jurídica à sociedade.

Finalmente, o ganho acadêmico destaca-se no sentido de conferir à pesquisadora maior aprofundamento na matéria pertinente, contribuindo, por conseguinte, com mais conhecimento e crescimento profissional.

A pesquisa se delimita aos crimes que envolvem aqueles indivíduos que possuem mais de doze e menos de quatorze anos, não portadores de enfermidade mental, já que integram a faixa mais contestada acerca da relatividade ou não da vulnerabilidade.

Partindo dessa premissa, surge a seguinte indagação, é possível a absolvição do acusado com base na relativização da vulnerabilidade da vítima? E ainda, é viável considerar um menor, nessa faixa etária, absolutamente vulnerável, sendo seu consentimento para a prática sexual totalmente ineficaz, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Existe a possibilidade de se considerar relativa a vulnerabilidade em algumas situações especiais, de acordo com uma avaliação sobre o grau de conscientização do menor para a prática sexual?

Nessa esteira, tem-se o objetivo de investigar a possibilidade da relativização da vulnerabilidade da vítima, considerando que se faz necessário a comprovação de que não há o necessário discernimento da prática do ato para que seja o acusado condenado, sugerindo como solução a existência de provas robustas que possam identificar a existência de discernimento da vítima em determinadas situações. Para a confecção do trabalho de conclusão de curso será feita seleção dos ensinamentos doutrinários, bem como o apontamento de correntes jurídicas distintas sobre o tema em epígrafe por meio de levantamento bibliográfico; colacionar as jurisprudências de nossos Tribunais Superiores acerca da interpretação do instituto; estudar os trabalhos acadêmicos existentes sobre o tema; analisar as atas ou documentos públicos atinentes ao tema; reunir a legislação específica sobre o tema.

A metodologia do trabalho de conclusão de curso terá cunho teórico-dogmática, abordando a interdisciplinaridade entre os ramos do Direito Constitucional, Direito Penal e Legislação Penal extravagante.

No primeiro capítulo é abordada a evolução histórica do crime de estupro, incluindo a análise do Projeto de Lei nº 253/04 e da Lei 12.015/09, que inaugurou o crime de estupro de vulnerável e, ainda a presunção relativa e absoluta.

O segundo capítulo aborda os princípios constitucionais que vêm a embasar a possibilidade de relativização da vulnerabilidade e, trata, ainda, da liberdade sexual dos menores de 14 anos ao longo da história, bem como o problema da análise objetiva da vulnerabilidade.

Por fim, no terceiro capítulo, é realizado um estudo sobre as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que dividem o legislativo e o judiciário e aponta como solução a aplicação do princípio da adequação social.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Em primeiro lugar, para melhor compreensão do assunto, faz-se necessário esclarecer alguns conceitos relacionados ao tema.

O crime de estupro de vulnerável é o crime definido no art. 217-A, inserido pela Lei nº 12.015/09, de 7-8-2009: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”¹ O parágrafo primeiro do dispositivo legal pune com as mesmas penas, as ações descritas no *caput* quando praticadas “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.”²

Vulnerável, no dicionário, significa o ponto pelo qual alguém ou algo pode ser atacado.³

No contexto da norma aqui debatida, expressa a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais.

Assim, nas palavras de Rogério Greco:

Considera-se vulnerável não somente a vítima menor de 14 (quatorze) anos, mas também aquela que possui alguma enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquela que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.⁴

Entretanto, o critério etário então previsto, não pode ser entendido de forma absoluta, devendo-se atentar para quem, de fato, são os verdadeiros destinatários da proteção legal pretendida pelo legislador no campo dos delitos de estupro de vulnerável, evidenciando, ainda, que, na atualidade, os jovens têm seu desenvolvimento físico e psicológico precoces, aduzindo, portanto, que nem todo menor de 14 (quatorze) anos deverá ser considerado vulnerável.

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial arts. 121 a 234-B do CP**. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 426.

² BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2016.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 718.

⁴ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 744.

Não obstante, no que se refere à relativização da vulnerabilidade da vítima, cumpre fazer uma diferenciação entre presunção absoluta e presunção relativa.

A presunção absoluta é aquela que não admite prova em contrário. Desse modo, em se tratando de presunção de violência, deve o Magistrado condenar o agente a prática do crime, caso a vítima esteja prevista em algumas das hipóteses do art. 217-A e parágrafo primeiro, do Código Penal.

Sobre o tema, preleciona Mirabete:

Embora se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, de acordo com aquelas faixas etárias, a 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.⁵

Por outro lado, na presunção relativa é admitida prova em contrário, havendo possibilidade de se analisar a situação apresentada no caso concreto.

Isso posto, quanto à relativização da vulnerabilidade da vítima, ensina Nucci:

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. 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 ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentir em relação aos atos sexuais.⁶

Com a chegada da nova figura de vulnerabilidade, expandiu-se a proteção a crianças e adolescentes vítimas de exploração e violência sexual. Por outro lado, privou-se o acusado de garantias constitucionais, quais sejam o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Ainda, por se tratar de um delito que traz responsabilidade objetiva para o agente, deixou-se de analisar a existência da vontade livre e consciente para a aferição do resultado.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial arts. 121 a 234-B do CP**. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 425.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

Sob esse enfoque, como bem ressalta Nucci: “a proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial.”⁷

Desta forma, levanta-se o questionamento do presente trabalho, de que nem todo menor de 14 (quatorze) anos deverá ser considerado vulnerável.

Corroborando com este entendimento, tem-se as lições de Damásio de Jesus:

[...] a previsão de um critério rígido baseado na faixa etária, apontando um dia (o do 14º aniversário) como a fronteira entre um fato penalmente atípico, sempre conterà arbitrariedade. Em nosso sentir, portanto, a realização de atos libidinosos consensuais, notadamente quando diversos da conjunção carnal, oral ou anal, envolvendo adultos e adolescentes (pessoas com doze anos completos), sempre deverá ser analisado com cautela, não se admitindo rigidez na interpretação da norma penal. O fato poderá ser formalmente típico, mas poderá não se revestir de tipicidade material, por não atentar contra a dignidade sexual do menor que já saiu da infância.⁸

Com isso, tem-se a possibilidade da relativização da vulnerabilidade da vítima.

A partir do problema demonstrado, o presente trabalho objetiva tratar sobre cada conceito profundamente, investigando, por conseguinte, a necessidade de se analisar o caso concreto para verificar a possibilidade de absolvição do agente pela prática do crime de estupro de vulnerável, quando há o consentimento da vítima, com base na relativização da vulnerabilidade.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 113.

⁸ JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 825.

1- CAPÍTULO I – CONTROVÉRSIAS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE QUANTO AO ATO SEXUAL

1.1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

Desde os primórdios das legislações, ainda na Legislação Mosaica – que refere-se aos dez mandamentos que foram ditados a Moisés no Monte Sinai, onde continha regras de caráter religioso, moral e jurídico – os crimes sexuais já causavam grande repugnância, sendo, por consequência, severamente apenados, como nos relata Prado:

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai.⁹

De outra banda, o Código de Hamurabi com elaboração estimada por volta de 1700 a.C. e encontrado por uma expedição francesa em 1901, na região da antiga Mesopotâmia, era um código de cunho mais jurídico e é a origem da expressão comumente utilizada, “olho por olho e dente por dente” (Lei de Talião). Ele era rigoroso em relação ao crime de estupro, aplicando ao estuprador a pena de morte. Em seu art. 130, dispunha que, “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, esse homem deverá ser morto e a mulher irá livre.”¹⁰

Evoluindo, no direito Romano o crime era definido como *stuprum*, do qual derivou a palavra estupro, que para os romanos, de forma ampla, alcançava todos os atos sexuais e libidinosos, quer fossem praticados contra homem ou mulher. Ressalte-se, aqui, a possibilidade do homem figurar no polo

⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro vol. 3: parte especial, arts. 184 a 288.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 253.

¹⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro vol. 3: parte especial, arts. 184 a 288.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 253.

passivo do delito, fato relativamente novo para nosso ordenamento, vigente desde a Lei 12.015/09, que alterou o Código Penal. Literalmente, significava desonra, vergonha, e abrangia todas as relações carnavais, como leciona Prado:

O termo *stuprum*, no Direito Romano, representava, em sentido lato, qualquer ato impudico, praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia. Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com a mulher virgem ou não casada, mas honesta.¹¹

As Ordenações Filipinas prescreviam que o estupro de mulher virgem tinha como consequência a obrigação de se casar com a vítima e, se isso não ocorresse, deveria, então, constituir um dote para a vítima. Na hipótese de o autor do crime não possuir bens para o dote, era açoitado e degredado, “salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo.”¹²

Partindo para as nossas legislações penais pátrias, tem-se que após a promulgação da Constituição de 1824 passaram-se seis anos até a elaboração do Código Criminal do Império, que foi sancionado em 16 de dezembro de 1830, por D. Pedro I. Em razão da generalização utilizada na redação dos crimes sexuais, esse normativo sofreu grandes críticas doutrinárias.

Nesse sentido, preleciona Prado:

O Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais sobre a rubrica genérica estupro. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão.¹³

Em 1890, o Código Penal Republicano continha em seus artigos 268 e 269 as penas e a tipicidade para o crime de estupro, respectivamente:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão celular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão celular por seis mezes a dous

¹¹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro** vol. 3: *parte especial*, arts. 184 a 288. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 253.

¹² PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro** vol. 3: *parte especial*, arts. 184 a 288. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 254.

¹³ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro** vol. 3: *parte especial*, arts. 184 a 288. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 254.

anos. §2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte. Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego de força physica como de meios que privem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos.¹⁴

Já com o advento do Código Penal de 1940, o estupro foi definido no art. 213, situando-se no Título VI (Dos crimes contra os costumes); já o art. 224, tipificava o crime de estupro de vulnerável, imputando uma violência presumida quando o agente praticava o ato sexual (conjunção carnal) com determinados sujeitos passivos que se amoldariam a esta vulnerabilidade.

Desse modo, o principal objetivo do Título VI do Código Penal era tutelar a moralidade e a ética nos comportamentos sexuais, como aponta Hungria: “o que a lei penal se propõe a tutelar, in subjecta materia, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais”¹⁵. Tal afirmação demonstrava o pensamento da época em que foi promulgado nosso Código Penal.

Em 2005, com a Lei nº 11.106, o título em questão sofreu algumas alterações, com o objetivo de acompanhar o desenvolvimento dos valores sociais e culturais que surgiam com a introdução de novos costumes. É claro que essas modificações não foram suficientes, já que a proteção oferecida pelo título ainda se destinava a conceitos já ultrapassados em relação à sexualidade e ao controle estatal sobre a mesma.

1.2- O PROJETO DE LEI Nº 253/04 E A LEI 12.015/09

Por muito tempo discutiu-se a necessidade em mudar, não apenas os tipos penais do Título em questão, mas sua própria denominação, já que as expressões que introduzem os tipos penais delimitam o próprio objeto da lei. Daí surgiu o Projeto de Lei do Senado nº 253/2004, que introduziu, cinco anos depois, a nova Lei 12.015/09, inserindo novas percepções sociais em relação

¹⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro** vol. 3: *parte especial*, arts. 184 a 288. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 254.

¹⁵ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956.

ao papel estatal na defesa da liberdade e dignidade sexual, buscando focar a proteção do Estado nestes valores.

Com isso, nota-se que a motivação inicial apontada no Projeto de Lei 253/04 são os reclames da sociedade por uma legislação penal mais atualizada e de acordo com as novas concepções sociais acerca da sexualidade, levando-se em conta que nosso Código Penal, por ser de 1940, já não atende de forma eficaz as novas demandas sociais.

Assim, a primeira preocupação do projeto foi a mudança do Título VI do Código Penal, que antes era denominado de "Dos Crimes Contra os Costumes", passando a ser conhecido como "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual". Por ter sua origem através da iniciativa de uma CPMI destinada à investigação da Exploração Sexual, o Projeto de Lei em questão se destina, em especial, à proteção do bem jurídico dignidade sexual, com destaque para crianças e adolescentes.

Partindo do confronto presente nas expressões "Costumes" versus "Dignidade Sexual", observa-se que o bem jurídico que agora se busca salvaguardar é diverso do anterior, enquanto se preocupava com as concepções sociais acerca da sexualidade, com os valores morais atribuídos a esta, e não com a própria naturalidade e dignidade em relação ao objeto, e com o indivíduo imediatamente ofendido.

Nessa esteira, é a Justificação do Projeto de Lei 253/04:

Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como Dos crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual.¹⁶

Dentro das concepções morais da antiga redação do Código Penal, via-se o equívoco do legislador, ao valorar a medida da proteção que merece a vítima, com base em sua virgindade ou ausência desta, conforme podia-se

¹⁶ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034/pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

notar em previsões legais como nos crimes de violação sexual mediante fraude e sedução: “praticá-lo contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos”, quando sua maior proteção deveria dar-se, na realidade, apenas por sua tenra idade. Assim justificou o mencionado Projeto: "Ora, o crime contra pessoas que se encontram em determinada faixa etária não deve ser condicionado à virgindade, nem crimes contra mulheres devem ser avaliados por sua pretensa honestidade (...)".¹⁷

A nova Lei trouxe outra modificação significativa quanto à conversão do crime de Estupro em uma conduta na qual, tanto homem, quanto mulher, poderiam ser sujeito ativo ou passivo, posto que, antes o Estupro somente se daria por meio da conjunção carnal (cópula vagínica), restando discriminatória a disposição do legislador ao prever crimes distintos, para condutas semelhantes (pois ambos advêm de ato sexual) e bens jurídicos iguais (a liberdade sexual), com base exclusivamente no gênero da vítima. Sob esse enfoque, ainda a Justificação do Projeto:

[...] o presente projeto, por inspiração da definição ínsita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino. [...] A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal.¹⁸

Ademais, o Projeto de Lei nº. 253/04 teve como seu ponto principal a proteção à liberdade e dignidade sexual de crianças e adolescentes, contra este tipo de exploração. Por esta razão é que, de forma mais explícita, porém não tão acertada, o novo crime de estupro de vulnerável faz jus a sua origem ideológica, na medida em que protege estas vítimas tão específicas, por sua idade e maturidade sexual, tanto no aspecto físico, quanto psicológico.

Explica-se na Justificação que:

¹⁷ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034/pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁸ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034/pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra 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.¹⁹

Mercê de tais considerações, não há mais que se falar em presunção de violência no crime de estupro contra menor de 14 anos, pois o que se considera aqui é que, em virtude da tenra idade, a prática sexual é, em qualquer hipótese, uma violação da liberdade e dignidade sexual do ofendido.

Assim:

O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes, mas também a pessoa que, por enfermidade ou doença 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 qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.²⁰

Com efeito, a questão a ser considerada nessa nova norma é se ela realmente acompanhou o desenvolvimento dos valores sociais, cumprindo, dessa maneira, o objetivo que a própria sociedade já postulava, ou se, além de não acompanhá-los, fez regredir o avanço obtido ao longo de tantos anos de luta e debates pela evolução dos costumes.

1.3- PRESUNÇÃO RELATIVA E PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CAPACIDADE

Inicialmente, cumpre destacar que há uma diferença entre a vulnerabilidade absoluta ou relativa e a presunção relativa ou absoluta da vulnerabilidade.

¹⁹ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034/pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁰ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034/pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

No primeiro caso, parte-se do pressuposto de que a vulnerabilidade existe, porém, não se sabe seu grau, intensidade ou extensão, ou seja, refere-se ao *quantum* de vulnerabilidade a vítima apresenta, o que justificaria a previsão do legislador para faixas etárias distintas nos crimes sexuais – menor de quatorze anos e menor de dezoito – apresentando gravidades e consequências distintas. Assim, no delito do art. 217-A a vulnerabilidade seria absoluta, enquanto que no delito do art. 218-B a vulnerabilidade seria relativa.

Por outro lado, conforme já tratado nas considerações conceituais a presunção relativa ou absoluta da vulnerabilidade refere-se à natureza da presunção legal, independentemente da gravidade ou natureza da própria vulnerabilidade.

Desse modo, na presunção absoluta admite-se que a vítima é, indiscutivelmente vulnerável; não se questiona esse aspecto, ele é incontestável, trata-se de presunção *iuris et iure*²¹, que não admite prova em sentido contrário. Já na presunção relativa, a vítima pode ser vulnerável, ou pode não ser, devendo-se examinar as peculiaridades do caso concreto para constatar se tal circunstância pessoal se faz presente nela, ou não. Em outras palavras, a vulnerabilidade deve ser comprovada, estando sujeita a ser desconsiderada, admitindo, portanto, prova em sentido contrário, sendo, neste caso, presunção *iuris tantum*.²²

Essas questões são foco de discussão na doutrina e jurisprudência, mesmo antes das alterações trazidas pela Lei 12.015/09. O Magistrado pode ou não interpretar a presunção de vulnerabilidade no delito de estupro de vulnerável de acordo com as circunstâncias de um caso concreto? Parte da doutrina entende que o juiz deverá considerar o caráter absoluto dado pelo legislador à vulnerabilidade trazida no tipo penal. Assim, ao estipular a idade, o legislador não deixou a critério do magistrado a análise da maturidade do menor. Haveria, portanto, um dever absoluto de abstenção da prática de atos sexuais, pois a idade faz parte do tipo.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem a possibilidade de que a vulnerabilidade possa ser relativizada quando as circunstâncias do caso

²¹ *Iuris et iure*, significa de direito e a respeito ao direito. É a presunção absoluta, que não admite prova em contrário.

²² *Iuris tantum*, significa resultante somente do direito. É a presunção relativa, que admite prova em contrário.

concreto indicarem que não houve violação ao bem jurídico tutelado – a liberdade sexual. Para essa doutrina, situações como a maturidade da vítima, sua experiência sexual anterior ou seu consentimento para a prática do ato poderiam relativizar a vulnerabilidade. Existiria a possibilidade, ainda, de relativizar a vulnerabilidade, a prática de relações sexuais ou atos libidinosos decorrentes de relacionamentos amorosos entre o agente e a vítima, aplicando-se aqui o princípio da adequação social, uma vez que no mundo atual os jovens iniciam seus relacionamentos cada vez mais precocemente.

2- CAPÍTULO II – DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A análise dos princípios constitucionais, em especial os que se relacionam com direitos e garantias humanas fundamentais, é indispensável para o estudo e compreensão de qualquer tipo penal. Principalmente no que diz respeito ao delito de estupro de vulnerável, alvo de tantas controvérsias, uma vez que se torna visível seu foco relativo ao bem jurídico tutelado, e daí seu grau de importância à sociedade, ao indivíduo e ao Estado.

O bem jurídico, protegido penalmente, precisa estar em harmonia com os princípios constitucionais, a fim de se garantir a tutela penal no que pertence aos interesses relevantes para o corpo social. Sobre o tema leciona Nucci:

O bem jurídico, protegido penalmente, necessita harmonizar-se com a regra da intervenção mínima, ou seja, deve-se garantir a tutela penal em relação a interesses proeminentes para o corpo social, desprezando-se, por óbvio, no campo criminal, os demais, cuja proteção e amparo podem ser realizadas por outros ramos do direito.²³

Algumas regras, baseadas em particularidades legislativas, têm por objetivo tutelar aspectos morais contestáveis para impor à sociedade formas de comportamento conservador e, até mesmo, opressor. Nesse contexto, se encaixam os crimes contra a dignidade sexual, que trazem à baila discussões acerca da necessidade efetiva de existirem e se suas punições são, de fato, a *ultima ratio*²⁴ ou, apenas, o anseio moralizante estatal.

2.1- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As mudanças trazidas pela Lei 12.015/09 ao Código Penal oferecem riscos em relação ao crime de estupro de vulnerável. A partir da reforma, o tipo penal não se refere mais à violência ou grave ameaça, basta, apenas, que o

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

²⁴ *Ultima ratio*, significa “última razão” ou “último recurso”. Diz-se que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se a ela apenas quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito.

sujeito ativo mantenha conjunção carnal ou ato libidinoso com a vítima para que se configure o delito, o que leva à coerção estatal perante o indivíduo, não havendo importância se a vítima concordou ou não com o ato.

2.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é reconhecida como núcleo essencial dos direitos fundamentais e, este reconhecimento trouxe como consequência a afirmação dos direitos direcionados a cada ser humano. Ela é, portanto, a pedra angular dos direitos fundamentais.

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre a dignidade sexual. Daí, a tese de que o direito penal tem como principal função fornecer parâmetros e limites para o exercício da liberdade e da tolerância, somado à tendência contemporânea de despenalizar condutas sexuais que se desenvolvam em espaços privados.

Luiz Regis Prado afirma que:

A noção de dignidade humana, como dado inerente ao ser humano enquanto tal, encerra, também, a promoção do desenvolvimento livre e pleno da personalidade individual, projetando-se, assim, culturalmente.

Desse modo, e coerentemente com a sua finalidade maior, o Estado Democrático de Direito e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização.²⁵

No mesmo sentido, Nucci leciona:

O respeito à dignidade humana conduz e orchestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo permitindo-lhe criar seu particular mundo, no qual se desenvolve, estabelece laços afetivos, conquista conhecimento, emite opiniões, expressa seu pensamento, cultiva seu lar, forma família, educa filhos, mantém *atividade sexual*, satisfaz suas necessidades físicas e intelectuais e se sente, enfim, imerso em seu próprio *casulo*.²⁶

²⁵ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual.** 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 23.

O que se nota é que a força normativa desse princípio supremo se espalha por toda a ordem jurídica e é alicerce aos demais princípios penais fundamentais, sendo que o desrespeito a qualquer outro princípio fundamental implicará também em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1.2. Princípio da proporcionalidade

Quando os direitos humanos tornam-se conflitantes entre si, surge a necessidade de garanti-los e daí originou-se o princípio da proporcionalidade, com o objetivo de frear o abuso do poder estatal.

Este princípio é expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu art. 15: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.” A Constituição Federal de 1988 também trouxe diversos dispositivos que deixam explícitos este princípio, tais como o art. 5º, XLII, XLIII e XLIV que fala sobre admissão de maior rigor para infrações mais graves:

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:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;²⁷

A origem deste princípio remonta ao direito administrativo francês objetivando frear o poder executivo do país. No Brasil foi influenciado por Portugal. Atualmente a finalidade deste princípio é proteger o cidadão dos excessos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como quando este poder atuar com omissão de suas obrigações, sendo, portanto, uma proibição de proteção deficiente. O que entende-se, então, é que o princípio da

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 20 out. 2016.

proporcionalidade também irá atuar quando o Estado não proteger devidamente direito fundamental do cidadão.

Segundo este princípio para cada crime intitulado no Código Penal a sociedade perde um pouco do seu poder de agir, todavia, tem como vantagem um bem jurídico relevante protegido. Neste ponto, cabe pôr em relevo as lições de Luiz Regis Prado:

[...] pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.²⁸

Ainda de acordo com Prado, fica clara a necessidade de que sempre exista um equilíbrio entre a gravidade do fato ilícito praticado e a pena imposta:

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta.²⁹

No crime de estupro de vulnerável a inobservância do princípio da proporcionalidade tem como principal argumento a desproporcionalidade entre o crime praticado e a pena aplicada ao agente, uma vez que, a instauração da ação penal poderá trazer consequências graves e desproporcionais ao acusado.

A título de exemplo, um namoro que tem a aprovação da família, entre uma adolescente de 13 anos e um rapaz de 18 anos. Eles praticam o ato sexual de forma consentida entre ambos e eventualmente ele vem a ser acusado de estupro de vulnerável e condenado, ainda que a pena mínima seja aplicada é completamente desproporcional, a se considerar que se fosse um estupro “comum”, com pena de 06 a 10 anos, previsto no art. 213 do Código Penal, e que possui consequências extremamente mais graves – uma pessoa que é estuprada, sofre violências por todo o corpo, irá sofrer veementemente

²⁸ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol.1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

²⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro vol.1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 151.

para manter uma relação estável em sua vida, sofre danos físicos, morais, psicológicos para o resto da vida – terá uma condenação mais branda do que aquele que praticou sexo de forma consentida e sem nenhuma violência.

A pena, então, deve estar proporcionada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico e à real periculosidade criminal do agente.

2.1.3. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Entende-se como princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o moderno pensamento jurídico que, apenas os bens jurídicos realmente vitais para a vida em sociedade, elencados na Constituição, podem ser resguardados pela intervenção penal. Assim, não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Tal princípio é aplicado tanto na fase legislativa quanto na fase judicial, o que significa, segundo Prado: “o agasalho da exigência de que tanto a figura delitiva quanto a conduta concreta do agente envolvam uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.”³⁰

Principalmente no Direito Penal, a noção de ofensa ou perigo de ofensa não é um conceito absoluto, uma vez que é passível de graduação, podendo ser grave, média ou leve. Nas palavras de Prado:

Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da *necessidade*), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana.³¹

A intervenção estatal na seara penal, em um Direito Penal mínimo, somente será permitida nos casos em que houver real necessidade de atuação desse ramo do direito, frente a uma lesão significativa a um bem jurídico importante que não seja satisfatoriamente tutelado pelos demais ramos do direito.

Isso porque:

³⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

³¹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

O bem jurídico penal constitui-se de interesse relevante, cuja tutela e proteção são exigíveis no plano criminal, independentemente da atuação de outras esferas do Direito. A apuração da *relevância* do interesse, a ponto de se constituir bem jurídico penal, realiza-se periodicamente, conforme a evolução dos costumes e das tradições, merecendo acompanhar o grau de desenvolvimento das relações humanas e sua inteligência em relação aos bens disponíveis e indisponíveis.³²

Nos crimes contra a dignidade sexual o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos aplica-se na medida em que a atividade sexual individual ou com terceiros deve dar-se na estrita legalidade, ou seja, sem afrontar direito alheio ou interesse socialmente relevante, não se tolerando a relação sexual que seja invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça. Desse modo, o essencial na tutela penal é a proteção contra a coerção não consentida para o ato sexual.

Ressalte-se, ainda, que não se pode pautar a proteção de bens jurídicos na dignidade sexual em critérios moralistas, conservadores ou religiosos. De acordo com Nucci: “Dignidade sexual diz respeito à autoestima do ser humano, não cabendo qualquer ingerência estatal nesse contexto, a não ser para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação de crianças e jovens.”³³

Destarte, para o cumprimento satisfatório do papel protetivo que tem o bem jurídico na sociedade, a lei penal deve sempre respeitar os princípios penais de garantia.

2.1.4. Princípio da adequação social

O direito, como premissa fundamental, visa a harmonia da vida em sociedade, exigência essencial para uma convivência ordenada e não somente uma regra ou um comando.

As normas ditam algo que deve ser tido por base ao reconhecimento de um valor determinante para que um comportamento seja declarado obrigatório. Essa valorização se dá por meio de um juízo de valor em que é atribuída certa

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 30.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 32.

qualidade a um ser, a um ente, a um bem. Logo, conclui-se que o contexto social é uma das fontes da qual deve se valer o intérprete, talvez a fonte mais relevante.

Segundo o dicionário interpretar significa “explicar ou declarar o sentido de”³⁴, é, portanto, revelar o sentido e alcance da norma, buscando o significado dos preceitos jurídicos, para dar sentido apropriado para a vida real. De se ressaltar ainda o que se extrai da Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”³⁵ Isso se dá porque a letra da lei aparentemente é imutável e permanente, no entanto, seu sentido se adapta as mudanças que a evolução e o progresso da sociedade trazem.

Com efeito, a norma existe a serviço da sociedade devendo, assim, se adequar à vida social que está sempre em mutação.

Nessa esteira:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada *típica* se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (...)³⁶

No entanto, embora a Lei seja extensa em generalizações, por precisar contemplar a grande fartura da realidade, que é tão variável de lugar para lugar e de povo para povo, ela jamais poderá abarcar toda a infinidade de relações que surgem da vida social e que precisam de uma garantia jurídica, o que, por consequência, leva à necessidade de serem feitas algumas ponderações pelo intérprete, em determinadas situações.

Desse modo, o princípio da adequação social é aplicado como forma de afastar a ilicitude, haja vista que a realidade social é variável e, portanto, determinadas condutas consideradas típicas, podem ser toleradas e

³⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 397.

³⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 24 out. 2016.

³⁶ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 153.

adequadas socialmente. Isso mostra que a lei e o direito não conseguem evoluir na mesma velocidade que a sociedade e suas relações.

Assim, a adequação social é um princípio que preconiza que, apesar de uma conduta se adequar ao modelo legal, não será considerada típica, por se tratar de algo socialmente reconhecido, sendo, então, compatível com a ordem social estabelecida.

Por seu turno, as condutas socialmente adequadas são as que se enquadram na liberdade de ação social, sendo que a adequação social é o seu estado de normalidade. Conseqüentemente, se exclui dos tipos determinadas condutas que a sociedade aceita por se encaixarem no contexto do considerado normal, ainda que formalmente contida na norma.

Nesse sentido, Prado afirma:

Convém observar que “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social”. Noutro dizer: ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente.³⁷

Ressalte-se, ainda, que o direito é também um mínimo moral obrigatório para que a sociedade possa sobreviver, sendo necessária, por vezes, a imposição de um dever a determinada pessoa, ao permitir ou proibir a prática de certos atos. Já a moral remete a uma conduta espontânea do comportamento. Assim, nas palavras de Miguel Reale:

A teoria do “mínimo ético” consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não se soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.³⁸

Considerando que a moral varia conforme o contexto histórico e social em que é analisada uma determinada comunidade, não pode o aplicador do

³⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 153.

³⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

direito desconsiderar este aspecto para simplesmente inserir mecanicamente um fato à norma. À vista disso, no instante em que a conduta humana, mesmo tipificada na lei penal, passa a ficar resguardada pela adequação social, o direito penal obrigatoriamente deixará de intervir, pois, caso contrário, ofenderá a essência do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o princípio da adequação social possui três aspectos. O primeiro deles visa distinguir as condutas que deseja proibir ou impor com o fim de proteger bens tidos como essenciais. O segundo objetiva fazer com que o legislador reveja os tipos penais, vindo a retirar do ordenamento jurídico a proteção sob aqueles bens jurídicos cujas condutas já se adaptaram integralmente à evolução da sociedade e, ainda, a possibilidade de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, reduzindo sua interpretação e excluindo dele condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade.

Por conseguinte, tal princípio não é destinado apenas aos membros da sociedade, mas também ao legislador, propiciando alterações do tipo penal e até provocando sua revogação por uma nova lei nos moldes constitucionais. Nas palavras de Luiz Regis Prado:

A adequação social nesse primeiro nível, de ordem geral, corresponde a um juízo feito pelo legislador “mediante o qual procede-se a uma valoração do comportamento, constituindo, na realidade, um critério valorativo externo no âmbito da interpretação dos tipos e de caráter extrassistemático”, e funciona como uma causa de exclusão do desvalor penal do resultado.³⁹

Com relação ao intérprete, é importante investigar se, no caso concreto, este princípio poderá ser invocado para tornar determinada conduta atípica. E essa investigação se dá no campo ético-social, isto é, buscando saber se a conduta praticada, ainda que típica, se amolda aos parâmetros éticos e morais da sociedade e, comprovando-se, pode-se dizer que a conduta é socialmente adequada, sendo o fato atípico.

Outrossim, o direito penal serve à sociedade como instrumento de facilitação da vida comunitária, sendo certo que um ato que seja compatível com os valores sociais da sociedade não pode ser sancionado pelo Estado.

³⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

2.2- LIBERDADE SEXUAL DOS MENORES DE 14 ANOS AO LONGO DA HISTÓRIA

Historicamente, as noções de infância e de adolescência vieram com o movimento de moralização religiosa da sociedade, baseado no cristianismo. Na sociedade medieval ainda não se fazia qualquer distinção entre infância e adolescência, vez que não se relacionava o amadurecimento a fatores biológicos; na verdade, a criança era definida por sua dependência em relação ao adulto e, no momento em que ela adquirisse um mínimo de autonomia, já faria parte da vida adulta. A criança, na sociedade medieval, participava de todas as atividades dos adultos, incluindo jogos e brincadeiras, não existindo qualquer pudor em relação à sua presença, nem mesmo quanto às atividades relacionadas à sexualidade. Os contatos físicos e as brincadeiras de índole sexual só eram proibidos quando a criança atingisse a puberdade, pois tinha-se, no mundo medieval, uma crença de que a criança, antes da puberdade, não era capaz de compreender qualquer noção sobre sexualidade não se influenciando, portanto, com as brincadeiras ou alusões à sexualidade.

No século XVII passou a existir certo reconhecimento da criança como pessoa de direitos, mas isso em razão do cristianismo lhe atribuir uma alma e não por sua importância na vida social. A figura do adolescente moderno só veio a surgir em meados de 1900 e o reconhecimento da juventude após a Primeira Guerra Mundial, trazida pelos sentimentos dos ex-combatentes, e se espalhou diminuindo a idade considerada como infância e levando a velhice para idades maiores.⁴⁰

A sexualidade, de maneira geral, também passou por diversos momentos históricos, entre períodos em que sequer era considerada, períodos de grande repressão e, evoluindo, principalmente a partir do final do século XIX, para o que vivenciamos hoje. E, claro, possuindo muito ainda por se mudar.⁴¹

⁴⁰ SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na Escola**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Educação, da Universidade Estadual de Maringá. Disponível em <http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2005-Regina_Spitzner.pdf> Acesso em: 02 nov. 2016.

⁴¹ FILARD, Mariana Faria. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os delitos sexuais: o estupro de vulnerável e a (in)validade do consentimento da vítima**. Dissertação de

Entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX, a individualidade passou a ser valorada como estrutura da organização da sociedade capitalista, criando um sujeito político, livre, portador de direitos e cidadania. No campo da sexualidade, essa liberdade individual foi marcada, principalmente, pelo avanço no desenvolvimento de métodos de contracepção, que rompeu com a ideia de sexo apenas para fins reprodutivos e pela mobilização de alguns segmentos da sociedade civil e estudos doutrinários acerca do tema.

Ainda nesse período surgiram movimentos feministas que trouxeram novas perspectivas sobre questões teóricas e de investigação da sexualidade, trazendo à tona uma complexa dimensão social e política entre o tema e questões relativas à saúde, construção da cidadania e o efetivo exercício de direitos, sobrevivendo, então, os “direitos sexuais”. Uma das consequências trazidas por esse fenômeno foi o enfraquecimento do controle familiar e institucional sobre a sexualidade do adolescente, que passou ao amadurecimento sexual mais precocemente, principalmente nos países industrializados.⁴²

No Brasil, não obstante os brasileiros sempre terem sido tendentes ao exercício das liberdades afetivas e emocionais por razões históricas e culturais, isso não impediu que seu comportamento sexual também tenha sofrido transformações.

As relações se modificaram em razão da modernização dos costumes. Meninos e meninas, cada vez mais novos, passaram a se divertir em conjunto, aprendendo a “ficar”, devido à ampliação do tempo de escolaridade que permite maior convivência entre os sexos. De acordo com Spitzner: “O advento da pílula, o uso dos preservativos, a ampliação dos direitos da mulher e a debilitação dos valores religiosos e familiares permitiram ao jovem maior liberdade e reformulação de antigos valores impostos pelas famílias”.⁴³

Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Mariana%20Faria%20Filard.pdf>> Acesso em: 02 nov. 2016.

⁴² FILARD, Mariana Faria. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os delitos sexuais: o estupro de vulnerável e a (in)validade do consentimento da vítima**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Mariana%20Faria%20Filard.pdf>> Acesso em: 02 nov. 2016.

⁴³ SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na Escola**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Educação, da Universidade Estadual de Maringá. Disponível em

Sob esse enfoque, atualmente a sexualidade está exposta nas propagandas, nos anúncios e comerciais de televisão, revistas, outdoors, apresentando a mais variada gama de inovações como conselhos de sexólogos, mensagens eróticas, produtos eróticos e vídeos pornográficos, que ficam disponíveis ao alcance de todos. Por esse motivo e diversos outros fatores, a primeira relação sexual acontece cada vez mais cedo, e os jovens procuram se informar sobre assuntos relacionados de maneira cada vez mais precoce.

Sobre o assunto Zagury, em sua obra “o adolescente por ele mesmo” ressalta:

Nossa pesquisa mostra com clareza que 64,3% dos adolescentes entre quatorze e dezoito anos não têm ainda vida sexual ativa, enquanto 35,4% a iniciam nesta faixa etária ou antes. Aliás, é interessante notar que a maioria inicia nesta idade (quatorze ou menos) e a proporção vai diminuindo paulatinamente a partir daí.⁴⁴

Ainda segundo a autora, a iniciação dos adolescentes na vida sexual ocorre com um (a) namorado (a) ou amigo (a) e muitos com quatorze anos ou menos. Nas conversas entre os amigos, os assuntos mais comuns são as garotas/garotos, sexo e namoro. A sexualidade é a mais importante descoberta, a mais emocionante aquisição da idade. Os adolescentes trocam confidências para aumentar a confiança em relação ao sexo oposto.⁴⁵

Cabe frisar, também, o papel das escolas em relação à maturidade sexual precoce, posto que com as mudanças na estrutura social da família, a escola passa a ser um ambiente para o desenvolvimento de uma educação sexual que ofereça ao adolescente um senso de compromisso e responsabilidade com sua própria sexualidade. Assim, Spitzner sustenta que:

Diante desses inúmeros conflitos, a escola tem sido convocada a enfrentar as questões relativas à sexualidade. Presente em diversos espaços escolares, a sexualidade ultrapassa fronteiras disciplinares e de gênero, permeia as conversas entre os jovens de ambos os sexos e é assunto a ser abordado em sala de aula pelos diferentes especialistas da escola; é tema de capítulos de livros didáticos, bem

<http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2005-Regina_Spitzner.pdf> Acesso em: 02 nov. 2016. p. 108.

⁴⁴ ZAGURY, Tania. **O adolescente por ele mesmo**. Rio de Janeiro: Record, 1996. p. 183.

⁴⁵ ZAGURY, Tania. **O adolescente por ele mesmo**. Rio de Janeiro: Record, 1996. p. 172.

como de músicas, danças e brincadeiras que animam recreios e festas.⁴⁶

Neste contexto, fica claro que o amadurecimento sexual é determinado, em sua maior parte, pela cultura dominante, bem como pelos papéis que cada um dos gêneros desempenha no meio social. Todavia, na sociedade brasileira a constituição da sexualidade se dá observando, também, diversos outros valores e determinantes, não existindo um padrão extremo de educação e fixação de padrões culturais, impedindo que se fixe uma limitação para a prática de atos sexuais para os adolescentes de maneira geral, observando-se o efetivo amadurecimento.

O que se questiona no delito de estupro de vulnerável para que haja a absolvição não é a experiência anterior do menor de 14 anos, mas, seu conhecimento sobre o assunto e seu consentimento para a prática sexual.

Ora, se uma adolescente de 13 anos tem um namorado de 18 anos, namoro este consentido por sua família, e consentiu com a relação sexual, é razoável que o agente seja punido?

Como já dito, os adolescentes da sociedade atual têm acesso às mais variadas informações sobre sexo e veem sendo estimulados em sua sexualidade cada vez mais cedo. Além do mais, não se pode comparar um adolescente de 1940 com o adolescente atual. Há um abismo cultural entre as duas épocas, o que impossibilita que o juiz atual tenha as mesmas crenças e pensamentos de sessenta anos atrás, considerando que as mudanças realizadas no Código Penal desde então não alteraram a essência do que o legislador quis proteger ainda naquela época.

Destarte, importa frisar que a evolução da sociedade faz com que tanto a norma quanto sua interpretação evolua permitindo que sejam adequadas à realidade social.

⁴⁶ SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na Escola**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Educação, da Universidade Estadual de Maringá. Disponível em <http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2005-Regina_Spitzner.pdf> Acesso em: 02 nov. 2016. p. 130.

2.3- ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O PROBLEMA DA ANÁLISE OBJETIVA

Realizando a análise objetiva, note-se que o legislador adotou o posicionamento da presunção de violência absoluta. Tal posição foi muito criticada, visto que ao adotar a teoria da *innocentia consilli*, em que não se pode dar valor ao consentimento do menor de 14 anos em razão de sua imaturidade, caracterizaria-se objetivamente um crime quando houvesse a prática de atos sexuais com o menor, independente de seu assentimento para tanto.⁴⁷

Nessa perspectiva, o doutrinador Luiz Flávio Gomes traz que a presunção absoluta seria uma dissimulação, já que os jovens iniciam cada vez mais cedo as suas vidas sexuais, principalmente pela influência da mídia, que atua em todos os meios de comunicação exercendo esse controle de comportamento.⁴⁸

Mercê de tais considerações, careceria, para fins de um julgamento, haver uma avaliação das peculiaridades de cada caso concreto, segundo seus aspectos individuais para averiguar seu desenvolvimento mental e sua capacidade de autodeterminação, independente de sua idade, bem como uma análise do contexto em que se deu a prática sexual.

Isso porque, esta mudança de comportamento e de cultura havidos nas últimas décadas, especialmente no que diz respeito à sexualidade, precisaria ser levada em consideração para que fosse possível enquadrar alguém na fase da infância ou da adolescência e, mais ainda, fundamental a observação destes aspectos para determinar a relação entre um criminoso e sua “vítima”, para que se pudesse condenar alguém pelo cometimento de um delito tão grave e que possui uma pena que poderia se tornar desproporcional.

Partindo dessa linha de raciocínio cria-se, inevitavelmente, um dever de abstinência, no sentido de que haveria, então, uma proibição à prática do ato sexual, o que significa que a liberdade sexual, nesses casos, não é constituída. Em verdade, liberdade é uma imunidade às imposições alheias, estando ligada

⁴⁷ VIEIRA, Cássia Passos. **Da Possibilidade E Dos Limites Da Relativização Da Vulnerabilidade No Crime De Estupro De Vulnerável**. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/cassia_vieira.pdf> Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flavio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 75-76.

à autonomia, à faculdade de se autodeterminar, de se governar por decisões próprias.

Essa análise objetiva provoca uma generalidade desmedida da vulnerabilidade, deixando de ser considerada a possibilidade de ter autonomia, ou ao menos parte dela. É fato que apesar de estar diante de eventual vulnerabilidade, deve ser possível que o sujeito passivo do crime tenha possibilidade de se autodeterminar independente de previsão legal. Pois, uma vez que essa autodeterminação não é observada, a abstinência imposta pelo legislador atingirá de forma direta a liberdade sexual existente.

Com efeito, as discussões relativas a capacidade de compreensão da vítima é imprescindível, uma vez que o consentimento válido refuta o caráter criminoso da conduta. Desse modo, é necessário que a possibilidade de relativização do conceito de vulnerável seja analisada juntamente com o caso concreto, não podendo se tratar de mera aplicação da norma jurídica sem qualquer estudo do desenvolvimento da vítima. Logo, entende-se que há a possibilidade de que o conceito de vulnerável comporte relativização, já que tem como fundamento a capacidade de discernimento da vítima sobre o ato sexual praticado.

3- CAPÍTULO III – O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – LEGISLATIVO X JUDICIÁRIO

3.1- O CÓDIGO PENAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) faz uma diferenciação entre crianças e adolescentes. De acordo com o citado diploma legal crianças são aqueles menores de 12 anos e adolescentes dos 12 aos 18 anos. Considerando que o tratamento dirigido às crianças não é o mesmo direcionado aos adolescentes é necessário que se faça essa diferenciação, visto que, visando o seu amadurecimento, há uma proteção maior para as crianças.

Por outro lado, o entendimento do ECA em relação aos adolescentes é de que estes já possuem certa maturidade, sendo possível, inclusive, a aplicação de medidas socioeducativas que possuem natureza de pena, embora sejam formalmente diferentes das sanções penais, o que demonstra ser reconhecida a capacidade de discernimento dos adolescentes pelo legislador.

Nessa linha de raciocínio, Nucci afirma que:

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.⁴⁹

Com esses apontamentos surge a indagação: se o adolescente que possui discernimento, tem capacidade de decisão a se sujeitar às medidas socioeducativas por ato infracional, não teria também capacidade de se manifestar validamente em sua vontade de praticar atos sexuais?

O doutrinador Nucci responde a esse questionamento em sua obra “Crimes contra a Dignidade Sexual”:

Creemos já devesse ser tempo de unificar esse consentimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca do maior de 12 anos e menor de

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.⁵⁰

Cabe frisar que, mais que uma simples evolução, o desenvolvimento da sexualidade infanto-juvenil é um fenômeno social em que são inegáveis as mutações sofridas de geração a geração. É evidente que ainda há lugares em que esses jovens adolescentes não são satisfatoriamente esclarecidos sobre a sexualidade, possuem uma estrutura patriarcal rígida ainda presa a valores ético-morais considerados já ultrapassados nos grandes centros urbanos. Há de se levar em conta, ainda, que muitos não foram incertos na era digital, não acessando, portanto, a mídia em massa e nem a programas educativos. Esses são alguns dos motivos pelos quais essa relativização deve ser analisada em cada caso concreto de maneira específica e detalhada.

É indiscutível que a tutela do adolescente não é a mesma que a da criança, sendo razoável admitir a proibição de prática de ato sexual por esta em razão da necessidade de proteção absoluta que possui. O que não se admite é confundir criança com adolescente. Da mesma forma não se pode comparar um adolescente de 1940 com o adolescente atual. Posto que, conforme já dito, existe um abismo cultural entre as duas épocas, que impossibilita que o juiz atual possua as mesmas crenças e pensamentos de sessenta anos passados.

Dessa maneira, o ECA reconhece a capacidade de discernimento do adolescente submetendo-o, em razão da prática de ato infracional, a medidas socioeducativas, que são dotadas de caráter punitivo, partindo do princípio de que o adolescente já dispõe de capacidade para entender o caráter ilícito de seus atos, distinguindo o certo do errado.

Nessa via:

Se o legislador considerou que um adolescente tem capacidade para discernir o certo do errado, que pode ser até internado porque cometeu ato infracional, isso mostra que o legislador de 1990 já acreditava que o adolescente dessa época já tinha sim capacidade de dar um consentimento válido porque, se tomarmos o exemplo de um crime cometido por um adulto, e um adolescente colaborar para essa infração (havendo concurso de pessoas entre eles, art. 29, caput, do

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

Código Penal) ele poderá ser punido com tal internação. Se ele foi punido porque aderiu à vontade ou proposta da pessoa adulta, considera-se então que esse seu consentimento seja válido.⁵¹

Essas questões trazem a realidade à tona, indicando que as legislações precisam acompanhar a modernização da sociedade.

Ora, para se sujeitar as medidas punitivas do ECA a vontade do adolescente é considerada.

No entanto, para consentir com a prática do ato sexual não o é. Não existe diferença fundamental entre compreender o caráter ilícito do fato criminoso e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ressaltando que o acesso que os adolescentes têm a assuntos que envolvem a sexualidade é, muitas vezes, maior que o conhecimento que detêm sobre crimes.

3.2- DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

As controvérsias trazidas pela discussão acerca da vulnerabilidade absoluta e relativa referente ao art. 217-A do Código Penal possui grande relevância jurídica, com correntes doutrinárias opostas e consideráveis divergências nos Tribunais.

Dessa maneira, em que pese a eliminação da discussão relativa à presunção de violência no ato sexual praticado contra vítima menor de quatorze anos com o advento da Lei nº 12.015/09, a essência do tipo continua em vigor de forma intrínseca, visto que tal alteração ao Código Penal instituiu a vulnerabilidade absoluta, levando-se em conta que o novo tipo penal (art. 217-A) não faz qualquer alusão à possibilidade do consentimento da vítima, ou sequer favorece qualquer relativização referente à sua capacidade de compreensão. Dessa forma, nota-se que o legislador não concedeu qualquer margem de discricionariedade para que o julgador avalie o grau de maturidade da vítima menor de 14 anos nos crimes sexuais.⁵²

⁵¹ ARAÚJO, Otília Maria da Cruz. **Presunção ou menoridade presumida**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9038-9037-1-PB.pdf>> Acesso 06 nov. 2016

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 112.

Por conseguinte, principalmente em meados da década de 80 do século passado, ainda no período em que vigia a ideia de presunção de violência, os Tribunais Superiores passaram a questionar essa presunção, acabando por entendê-la como relativa em diversos casos, tendo em vistas as mudanças da sociedade, o que vem justificado claramente pelo princípio da adequação social, conforme Greco:

[...] ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia mudado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.⁵³

Vê-se, então, que o delito denominado estupro de vulnerável surgiu em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de acabar com a discussão acerca da presunção de violência e identificar a situação de vulnerabilidade da vítima. Porém, essa proteção dispensada aos menores de quatorze anos continua provocando debates doutrinários e jurisprudenciais.

Nesse sentido leciona Nucci:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter *relativo* ou *absoluto* da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa.⁵⁴

À vista disso, é inevitável julgamentos divergentes e correntes doutrinárias absolutamente opostas e, eventualmente, mudanças de posicionamento.

O doutrinador Rogério Greco defende o posicionamento de que a vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta, não podendo ser questionada. Isso porque, segundo o autor, não há dado mais objetivo do que a idade, senão vejamos:

[...] a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique

⁵³ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 741.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 113.

outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal. Como dissemos, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima.⁵⁵

O autor registra, ainda, que a lei penal impôs de forma absoluta o marco etário de 14 anos, por não serem suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais, ainda que tivessem uma vida desregrada sexualmente. Destacando que essa determinação do legislador se deve ao fato de entender que a personalidade dessas crianças e adolescentes ainda esta em formação.⁵⁶

Ainda segundo Greco: “[...] Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera).”⁵⁷

Em sentido contrário, porém, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci defende que convém o debate sobre a capacidade de consentimento do adolescente que possua idade entre 12 e 14 anos, tendo em vista que, na hipótese de haver, comprovadamente, capacidade de entendimento da relação sexual e, ainda, na ausência de violência ou grave ameaça real, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.

Assim:

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? A posição que nos parece mais acertada é a da vulnerabilidade relativa. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.⁵⁸

Objetivando justificar seu entendimento, Nucci destaca a hipótese do direito de visita íntima assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável, previsto pelo art. 68 da Lei 12.594/12:

⁵⁵ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 742.

⁵⁶ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 742.

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 741.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 113/114.

Pode-se argumentar que o casamento somente se daria a partir dos 16 anos, razão pela qual inexistiria reflexo no âmbito penal. De outra sorte, não há expressa previsão para a idade mínima no tocante à união estável, sabendo-se da existência de muitos casais constituídos entre jovens com 12,13, 14 anos e idades superiores. Diante disso, ao mesmo tempo em que a Lei 12.594/2012 autoriza a visita íntima (relação sexual) para todo adolescente, desde que viva em união estável (ou casamento), a Lei 12.015/2009 estipula constituir estupro ter qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. Ora, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se adolescente, permitindo-se a internação, a pessoa com, pelo menos, 12 anos. Diante desse conflito aparente de normas, parece-nos razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14, porém maior de 12.⁵⁹

No mesmo prisma, o doutrinador Paulo Queiroz defende a ideia de que se admite prova em contrário nas hipóteses de vulnerabilidade, posicionando-se a favor da corrente de ser esta relativa.

Temos que as hipóteses legais de vulnerabilidade têm, necessariamente, caráter relativo, admitindo, por isso, prova em sentido contrário. [...] Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade [...]⁶⁰

O autor justifica sua posição com três argumentos. O primeiro deles é de que a história é um elemento essencial do direito, razão pela qual as presunções legais têm, em princípio, valor relativo, podendo interpretar tal argumento em consonância com o princípio da adequação social. Em segundo, o legislador não pode suprimir a liberdade de alguém com o intuito de protegê-la. E terceiro, enfatiza não existirem direitos absolutos, “uma vez que a absolutização de um direito implicaria, inevitavelmente, a negação mesma do direito.”⁶¹

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114/115.

⁶⁰ QUEIROZ, Paulo. **Estupro de Vulnerável**. Disponível em <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>> Acesso em: 16 nov. 2016.

⁶¹ QUEIROZ, Paulo. **Estupro de Vulnerável**. Disponível em <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>> Acesso em: 16 nov. 2016.

Nos Tribunais também são acirrados os debates e não se tem unanimidade nas decisões. Nota-se, por exemplo, que, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça tinha o entendimento da possibilidade de relativização:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. PRETENDIDA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o decisor absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu. 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea a do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento. (STJ, Resp 637361 – SC, 6ª Turma, rel. Ministro Og Fernandes, publicação 28/06/2010).⁶²

No entanto, atualmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a vulnerabilidade deva ser absoluta:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1480881/PI. 1. No julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1480881/PI este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante, para tanto, o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 637361. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5>> Acesso em: 15 nov. 2016.

1585111/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 30/06/2016)⁶³

Por outro lado, o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é no sentido da relativização da vulnerabilidade.

As decisões têm sido no sentido de absolvição do réu com base na relativização da vulnerabilidade, nas situações em que há o consentimento expresso da vítima, por manterem um relacionamento amoroso que, na maioria das vezes, é permitido pela família da vítima:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE. CARÁTER RELATIVO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ADOLESCENTE PRECOCE E COM COMPORTAMENTO NÃO CONDIZENTE COM SUA IDADE. CASAL QUE NUTRIA RELACIONAMENTO AMOROSO. INEXISTÊNCIA DA INNOCENTIA CONSILII. VULNERABILIDADE AFASTADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. - O apelante manteve relação sexual com a vítima por duas vezes, com o expresso consentimento desta, uma vez que nutriram um breve relacionamento amoroso, não havendo nenhum indício de violência ou coação. - A vulnerabilidade é relativa, podendo ser afastada caso se demonstre que a vítima era uma adolescente precoce e com comportamento não condizente com sua idade. - Recurso provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0091.10.001437-1/001, Relator (a): Des.(a) Doorgal Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/08/2016, publicação da súmula em 18/08/2016).⁶⁴

Do mesmo modo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CONSENTIMENTO AO ATO SEXUAL - PRESUNÇÃO RELATIVA - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. - Com base na relativização da presunção de violência prevista no art. 217-A do CP, o consentimento expresso da vítima, que mantinha um relacionamento amoroso com o acusado, tem o condão de descaracterizar o delito de estupro no caso concreto, a ensejar a manutenção da absolvição do apelado. (TJMG - Apelação Criminal 1.0521.14.007113-0/001, Relator (a): Des.(a) Furtado de

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 1585111/MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=estupro+de+vulneravel+e+consentimento+da+vítima&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 15 nov. 2016.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0091.10.001437-1/001. Relator: Des. Doorgal Andrada. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=19&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=estupro%20vulneravel%20e%20consentimento%20v%EDtima&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 out. 2016.

Mendonça, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/09/2016, publicação da súmula em 07/10/2016).⁶⁵

Colhe-se das jurisprudências que, a vulnerabilidade nos casos em que a vítima for menor de quatorze anos, trata-se de presunção *juris tantum* (relativa), admitindo prova em contrário, cabendo, pois, a análise do caso concreto, que poderia motivar o afastamento da violência, caso fique claro que a menor tinha vida sexual ativa e, mais importante, capacidade de compreensão dos seus atos, sendo capaz de consentir com a prática dos atos libidinosos.

Assim, a relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento.

Em casos semelhantes, assim tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CRIMINAL. Estupro de vulnerável. Sentença absolutória. A Justiça Pública objetiva a condenação como da denúncia constou. - Incabível. Comprovada a conjunção carnal da vítima (12 anos de idade à época) com o réu. Análise das circunstâncias objetivas e subjetivas. Consentimento. Voluntariedade. Relativização da vulnerabilidade. Evidenciada a vontade e o consentimento da vítima para a prática do ato sexual com o réu, à época seu namorado. Comprovada ausência de coação e/ou violência. Peculiaridades. Mantida a absolvição. - Recurso improvido. (Relator (a): Péricles Piza; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/08/2016; Data de registro: 10/08/2016) Apelação nº 0051472-70.2012.8.26.0050.⁶⁶

Da mesma forma:

APELAÇÃO Nº 0024504-16.2013.8.26.0196, DA COMARCA DE FRANCA- ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Absolvição – Procedência – Excepcionalidade do caso – Vulnerabilidade relativizada – Relacionamento amoroso mantido entre a vítima e o acusado, com consentimento da genitora da vítima – Atipicidade do fato – Procedência do recurso. (Relator (a): Freitas Filho; Comarca:

⁶⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0521.14.007113-0/001.** Relator: Des. Furtado de Mendonça. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=19&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=estupro%20vulneravel%20e%20consentimento%20v%EDtima&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 out. 2016.

⁶⁶ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0051472-70.2012.8.26.0050.** Relator: Péricles Piza. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9673207&cdForo=0&vIcaptcha=QvxAe>> Acesso em: 12 out. 2016.

Franca; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 18/08/2016; Data de registro: 23/08/2016).⁶⁷

Em contrapartida, em que pese o entendimento predominante nos Tribunais de Justiça acerca da relatividade, cumpre ressaltar que também existem decisões minoritárias que consideram a vulnerabilidade do menor de 14 anos como absoluta, sob o argumento de que o consentimento eventual da vítima em manter conjunção carnal não tem capacidade de afastar a tipicidade e/ou a culpabilidade do crime em questão, vez que tal manifestação de vontade é totalmente carente de validade.

Nesse sentido:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - Não há que se falar, em absolvição, eis que há no bojo dos autos, provas que se apresentam concatenadas, ou melhor, interligadas entre si, em perfeita consonância, conduzindo com tranquilidade a um juízo de certeza e verdade, capazes de ensejar a condenação. V.v.: EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ERRO DE TIPO - OCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - CARÁTER RELATIVO - CONSENTIMENTO VÁLIDO DA OFENDIDA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. I - O erro de tipo essencial exclui o dolo do agente. Não havendo previsão culposa do delito é imperiosa sua absolvição. II - A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento (TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0637.12.004254-3/002, Relator (a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/07/2016, publicação da súmula em 29/07/2016).⁶⁸

Consequentemente, depreende-se que a vulnerabilidade absoluta deve ser relativizada baseando-se em um controle detalhado de avaliação de cada caso concreto, em razão de uma construção principiológica.

Destarte, o artigo 217-A deve ser respeitado em relação à sua tipicidade formal, com a aplicação, como orientação, do princípio da dignidade da pessoa

⁶⁷ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação nº 0024504-16.2013.8.26.0196. Relator: Freitas Filho. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9726252&cdForo=0>> Acesso em: 12 out. 2016.

⁶⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Emb Infring e de Nulidade 1.0637.12.004254-3/002. Relator: Des. Edison Feital Leite. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=19&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=estupro%20vulneravel%20e%20consentimento%20v%EDtima&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 out. 2016.

humana, de modo que o consentimento da vítima e a ofensividade do fato seja verificada e, por conseguinte, aplicado os princípios constitucionais penais da adequação social, proporcionalidade, além da exclusiva proteção à bens jurídicos.

3.3- SOLUÇÃO: ADEQUAÇÃO SOCIAL

Com as transformações da sociedade, os assuntos que se referem ao sexo conquistaram o discurso público, por meio de filmes, rádio, televisão, revistas e, principalmente, a internet.

A sexualidade é parte integrante de cada um, e envolve questões afetivas, sociais e culturais, não sendo possível privar os indivíduos de exercerem sua liberdade sexual. O contato com a sexualidade, para os brasileiros, se dá muito cedo, especialmente nos locais mais carentes, provocando uma antecipação da autodeterminação sexual, visto que o sexo faz parte da cultura dessas comunidades.

Ademais, as próprias escolas, sejam públicas ou privadas, trazem a educação sexual antes mesmo dos 14 anos, contribuindo para a informação e autodeterminação dos adolescentes.

Noutro giro, há, em determinados casos, uma ligação entre norma e moral que permite a criação de normas de cunho predominantemente moral, como é o caso dos crimes contra a dignidade sexual, que anteriormente denominava-se “crimes contra os costumes”.

Dizer que a sexualidade está ou não presente na vida de um indivíduo sob o prisma da moral não é papel da norma penal. Seu papel é no sentido de coibir e/ou punir a prática de atos sexuais com emprego de violência ou ameaça.

Nos dizeres de Tadeu Antônio:

[...] Na esfera da sexualidade – enquanto componente inafastável do ser humano – não é possível conceber uma prática sexual digna ou indigna, mas apenas fazer a distinção entre uma relação de cunho sexual, praticada livremente, daquela outra, que é levada a efeito por meio do emprego de violência ou coerção.⁶⁹

⁶⁹ SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005.** Leme/SP: J.H.Mizuno, 2006, p. 39.

Dito isso, para a interpretação de normas que possuam este viés moral, é necessário avaliar a sociedade, buscando os valores e costumes atuais no momento da aplicação da norma àquele caso específico.

Contudo, para trazer a realidade social no momento da aplicação do direito utiliza-se o princípio constitucional da adequação social. No âmbito penal, tal princípio permite que seja afastada a tipicidade de determinadas condutas que a sociedade considera adequada.

Sob esse enfoque, com relação à necessidade de se observar a Constituição Federal, respeitando suas garantias e princípios fundamentais para a aplicação de normas penais, Barroso leciona que:

A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º. Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável.⁷⁰

Efetivamente, com o emprego do princípio da adequação social, o intérprete poderá averiguar o fato concreto mais a fundo, analisando os aspectos culturais da comunidade em que vive a suposta vítima, verificando de que forma a sexualidade a influencia, como sabe lidar com tais questões, bem como se o ato praticado de certa forma é aceito pela comunidade, chegando a uma conclusão acerca da autodeterminação da vítima.

Nesse sentido, Pierangeli afirma que:

A teoria da adequação social estende uma ponte que permite passar-se do direito à ética social, ponte esta de dimensões bastante consideráveis, com a qual ingressa num terreno minado pela generalização e pela indeterminação [...]⁷¹

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 29 ago. 2016, p. 41.

⁷¹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido: na teoria do delito.** 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 40.

De outra banda, é necessário considerar-se, em hipóteses de namoro entre vítima e acusado, se há o conhecimento e/ou consentimento da família para o relacionamento, uma vez que se a própria família permite o namoro de um adolescente menor de quatorze anos e, mais, se o menor de quatorze anos (porém, maior de doze anos) consentiu para a prática do ato sexual, seria desproporcional uma eventual condenação por um crime cuja pena mínima é de oito anos.

Em verdade, a indagação que envolve o presente tema é até que ponto seria viável considerar o menor de quatorze anos (e maior de doze) absolutamente vulnerável, considerando totalmente inoperante seu consentimento para a prática sexual e, ainda, ignorando por completo uma situação aceita pela sociedade e, principalmente, um relacionamento consentido pela família.

Entendo que não há de se falar em absurda a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade em algumas situações específicas, analisando-se o grau de conscientização do menor para prática sexual, nas peculiaridades do caso concreto, como foi apresentado por meio das correntes doutrinárias e dos julgados já mencionados.

Cabe frisar que, observando os princípios da adequação social e da proporcionalidade, diante de uma situação hipotética de um relacionamento entre uma adolescente de treze anos, que se envolve afetivamente com rapaz de dezoito, os quais nutrem sentimento de carinho, no contexto de um relacionamento saudável e plenamente consentido, inclusive pela família, vislumbra-se não estar afrontando qualquer bem juridicamente tutelado, nem mesmo a dignidade sexual, que, ao contrário, está apenas sendo exercida com liberdade. De igual maneira, este relacionamento não afeta a sociedade, tão pouco o desenvolvimento saudável da personalidade da adolescente.

Imperioso pôr em relevo, que este trabalho não defende, de forma alguma, qualquer tipo de envolvimento sexual do menor de 14 anos, com ausência de consentimento válido, ou com capacidade de consentimento reduzida. A discussão trazida à baila é fundamentada em princípios constitucionais penais, objetivando um olhar atual à norma relativa a esse tipo injusto, buscando preservar a liberdade de acordo com a dignidade dos

adolescentes que, atualmente estão adquirindo uma precoce capacidade de discernimento e, em consequência, buscando sua liberdade, inclusive sexual.

Sob esta ótica, é extremamente desproporcional considerar criminoso aquele jovem que, no início de sua vida adulta, possui relacionamento com uma adolescente que tenha entre doze e quatorze anos de idade, e passa a praticar com ela atos sexuais, por ocasião desse relacionamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O delito de estupro de vulnerável, exaustivamente estudado neste trabalho de conclusão de curso, tem como objeto jurídico a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos, que, devido ao marco etário estabelecido pelo legislador, não possui o discernimento necessário para a prática do ato, e/ou que não pode oferecer resistência.

Todavia, este estudo apresentou a reflexão sobre a evolução social que atualmente está em total descompasso com a atualização legislativa, concluindo-se que a sociedade está em um inegável avanço com relação às normas jurídicas vigentes, uma vez que a lei já entra em vigor defasada, situação que pode ser corrigida, provisoriamente, aplicando-se corretamente os princípios constitucionais. Para tanto, nossa Constituição esforçou-se em assegurar uma lista ampla de garantias e direitos constitucionais, necessários e fundamentais à proteção e a dignidade do ser humano.

O direito à dignidade humana mencionado nesta pesquisa, não diz respeito apenas à vida digna, interessa, também, a qualidade e a liberdade da existência, especialmente no que se refere à liberdade sexual.

Através do estudo realizado no desenvolvimento desta monografia, conclui que é possível a relativização do conceito de vulnerável que recai sobre os menores de quatorze anos (e maiores de doze) no cenário dos crimes sexuais, em razão da aplicação dos princípios constitucionais penais relacionados.

Ademais, não obstante a definição de vulnerável apresentada pelo legislador seja aquela que contempla qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo, não há referência à aptidão para consentir ou à maturidade sexual da vítima. A lei demonstra que o simples fato de contar com idade inferior a quatorze anos, denota, inicialmente, uma situação de maior fraqueza.

E somado a isso, não é crível que um adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja incapaz de entender as relações sexuais, os quais muitas vezes atingem um amadurecimento precoce às custas de uma sociedade prematura e evoluída.

Diante disso, é excessivo afirmar generalizadamente que um jovem entre doze e quatorze anos incompletos seja incapaz de compreender o que faz, tornando-se plausível o afastamento da vulnerabilidade absoluta abordada no referido tipo penal, quando da análise discricionária de cada caso concreto.

Por todo o exposto, em não havendo qualquer lesividade ao bem jurídico tutelado, isto é, a dignidade sexual do vulnerável, a aplicação dos princípios constitucionais é extremamente pertinente, em especial a adequação social, já que vivemos em uma sociedade de constante evolução, sendo certo que o ordenamento jurídico precisa buscar uma harmonização com o contexto histórico-cultural da sociedade brasileira, podendo concluir-se que é possível a absolvição com base na relativização do conceito de vulnerável dos maiores de doze e menores de quatorze anos em relação ao delito de estupro de vulnerável, aplicando-se o princípio constitucional da adequação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Otilia Maria da Cruz. **Presunção ou menoridade presumida.** Disponível em < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9038-9037-1-PB.pdf>> Acesso em: 06 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 de abril de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 1585111/MG.** Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=estupro+de+vulneravel+e+consentimento+da+vitima&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Resp. 637361.** Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5>> Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0091.10.001437-1/001.** Relator: Des. Doorgal Andrada. Disponível em < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=19&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=estupro%20vulneravel%20e%20consentimento%20v%EDtima&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0521.14.007113-0/001.** Relator: Des. Furtado de Mendonça. Disponível em < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=19&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=estupro%20vulneravel%20e%20consentimento%20v%EDtima&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Emb Infring e de Nulidade 1.0637.12.004254-3/002.** Relator: Des. Edison Feital Leite. Disponível em < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=19&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=estupro%20vulneravel%20e%20consentimento%20v%EDtima&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0024504-16.2013.8.26.0196.** Relator: Freitas Filho. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9726252&cdForo=0>> Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação nº 0051472-70.2012.8.26.0050. Relator: Péricles Piza. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9673207&cdForo=0&vIcapcha=QvxAe>> Acesso em: 12 out. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FILARD, Mariana Faria. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os delitos sexuais: o estupro de vulnerável e a (in)validade do consentimento da vítima**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Disponível em < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Mariana%20Faria%20Filard.pdf>> Acesso em: 02 nov. 2016.

GOMES, Luiz Flavio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial arts. 121 a 234-B do CP**. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido: na teoria do delito**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 3: parte especial, arts. 184 a 288.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol.1: parte geral, arts. 1º a 120.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Estupro de Vulnerável.** Disponível em <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>> Acesso em: 16 nov. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004.** Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034/pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005.** Leme/SP: J.H.Mizuno, 2006.

SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na Escola.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Educação, da Universidade Estadual de Maringá. Disponível em <http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2005-Regina_Spitzner.pdf> Acesso em: 02 nov. 2016.

VIEIRA, Cássia Passos. **Da Possibilidade E Dos Limites Da Relativização Da Vulnerabilidade No Crime De Estupro De Vulnerável.** Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/cassia_vieira.pdf> Acesso em: 04 nov. 2016.

ZAGURY, Tania. **O adolescente por ele mesmo.** Rio de Janeiro: Record, 1996.