



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS**

NATHÁLIA ANES PEIXOTO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DA VÍTIMA ADOLESCENTE**

BRASÍLIA

(2016)

NATHÁLIA ANES PEIXOTO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DA VÍTIMA ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur.

**BRASÍLIA
(2016)**

NATHÁLIA ANES PEIXOTO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DA VÍTIMA ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur.

Brasília, ____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora:

Professor orientador

Professor examinador

Professor examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tecer breves comentários acerca do instituto da presunção de violência do artigo 224 do Código Penal Brasileiro e sua revogação pela Lei 12.015/09, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Visa também analisar o tipo penal disciplinado no artigo 217 – A do Código Penal, introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei 12.015/09, buscando demonstrar a possibilidade e até mesmo a necessidade de que seja relativizada a vulnerabilidade da vítima menor de 14 (catorze) anos e maior de 12 (doze) anos quando há seu consentimento para a prática do ato sexual ou de outros atos libidinosos. Não serão objeto de estudo os vulneráveis por enfermidade ou deficiência mental, bem como aqueles que não puderam oferecer resistência. Há diversas circunstâncias particulares que poderão relativizar a vulnerabilidade da vítima adolescente, a fim de tornar seu consentimento válido. São elas: a evidência de maturidade sexual da vítima, a diferença de idade entre autor e vítima, o relacionamento duradouro entre as partes, a intenção de formação do núcleo familiar, quando do relacionamento consentido resulta gravidez, entre outras. Desta forma, faz-se necessária, também, a análise da aplicação do princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade material.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Relativização. Consentimento válido. Tipicidade material.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O INSTITUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E O REVOGADO ART. 224, ALÍNEA A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	11
1.1 A presunção de violência.....	12
1.2 Violência <i>ficta</i> ou presumida <i>versus</i> violência real	13
1.3 Entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da presunção de violência ...	15
1.3.1 Presunção de violência absoluta (<i>iuris et de jure</i>)	15
1.3.2 Presunção de violência relativa (<i>iuris tantum</i>)	18
2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTIDO NO ART. 217 – A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	21
2.1 O conceito de vulnerável	23
2.2 Análise do art. 217 – A do CPB.....	24
2.2.1 Atos libidinosos	24
2.2.2 Objeto material e bem juridicamente tutelado	26
2.2.3 Elemento objetivo e subjetivo do tipo penal	27
2.2.4 Erro de tipo.....	27
2.2.5 Sujeito ativo e sujeito passivo	29
2.2.6 Da ação penal	29
3 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS E MAIOR DE DOZE ANOS	31
3.1 Relativização da vulnerabilidade da vítima <i>versus</i> relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima.....	32
3.1.1 Presunção absoluta e relativa de vulnerabilidade	32
3.1.2 Vulnerabilidade absoluta ou relativa.....	33
3.2 Breves comentários acerca da doutrina da situação irregular e da proteção integral	35

3.3 O critério etário da vítima no Código Penal Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA	36
3.3.1 Ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável	37
3.3.2 A “Exceção de Romeu e Julieta”	38
3.4 O direito constitucional à família.....	41
3.5 Consentimento válido da vítima como causa excludente de tipicidade material .	45
3.5.1 Tipicidade penal	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O escopo desta pesquisa é abordar, sem a pretensão de esgotar o assunto, o *caput* do art. 217 – A do Código Penal que trata do delito estupro de vulnerável, bem como as circunstâncias que podem gerar a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos e maior de doze anos.

O presente trabalho tem como objetivo analisar, primeiramente, o instituto da presunção de violência contido no revogado art. 224 do Código Penal Brasileiro. Tal artigo foi revogado pela Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 e não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro, porém faz-se necessária sua análise para melhor compreensão da discussão acerca da relativização da vulnerabilidade da vítima e do crime de estupro de vulnerável contido no art. 217 – A do Código Penal.

O art. 224 alínea a do Código Penal será o objeto de estudo no primeiro capítulo do presente trabalho. Esse artigo trazia a presunção de violência quando a vítima não era maior de catorze anos, ou seja, praticar relações sexuais com o referido menor era considerado estupro presumido, ainda que a vítima consentisse com tal ato. Assim, presumia-se que o autor do crime havia atuado com violência, mesmo que, na realidade, a violência não tivesse ocorrido.

Enquanto tal artigo ainda estava em vigor, o grande ponto da discussão era se tal presunção possuía caráter absoluto ou relativo. Parece que, em princípio, o legislador estabeleceu um critério absoluto, tendo em vista que tornou o consentimento da vítima irrelevante para a prática do delito.

Portanto, em defesa do caráter absoluto, argumentava-se que o consentimento da vítima seria sempre inválido, pois a sua idade era elementar do tipo penal e não importava se o menor de catorze anos possuía desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade.

No entanto, alguns doutrinadores, como Damásio de Jesus e Julio Fabrini Mirabete¹, defendiam que o referido instituto possuía caráter relativo,

¹ DANTAS. Bruno Macedo. *Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea a do Código Penal*. In: Jus Navigandi. Outubro de 1999.

devido o magistrado levar em consideração a experiência sexual anterior da vítima ou se esta se prostituía, por exemplo.

A discussão permaneceu até a revogação do art. 224 do Código Penal e, para alguns doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, a discussão permanece mesmo após a revogação deste artigo. De um lado, defendia-se que o menor de catorze anos estava em fase de desenvolvimento e que deveria ser protegido por lei, e por outro lado, defendia-se que o magistrado deveria levar em consideração as particularidades de cada caso concreto, jamais afastando a relativização da presunção de violência.

No segundo capítulo do presente trabalho, será abordada a revogação do art. 224 do Código Penal pela Lei 12.015/09 que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o art. 217 – A do Código Penal que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Conforme o art. 217 – A do CP, aquele que tiver conjunção carnal ou praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal com menor de catorze anos, incorre no delito de estupro de vulnerável.

Ainda no segundo capítulo será analisado se a discussão acerca da relativização da presunção de violência ainda permanece após o advento da Lei 12.015/09. Rogério Greco entende que a referida lei surgiu para acabar de uma vez por todas com a discussão, pois o art. 217 – A do Código Penal, ao substituir o art. 224 do mesmo código, continua estabelecendo o critério puramente objetivo que é a idade da vítima. Já o doutrinador Guilherme de Souza Nucci entende que a discussão ainda continua, mas sobre outro viés: agora, a discussão passa a ser sobre relativização da vulnerabilidade e não mais sobre a relativização da presunção de violência.

Para que haja melhor compreensão do delito, será feita uma análise do crime de estupro de vulnerável contido no art. 217 – A do Código Penal. É importante frisar que apenas o *caput* do referido artigo será objeto de estudo deste trabalho. Não serão incluídos na pesquisa os vulneráveis por

enfermidade ou deficiência mental, bem como aqueles que não puderam oferecer resistência (art. 217 – A, § 1º CP).

No terceiro capítulo, será estudada a classificação acerca de dois juízos distintos: a presunção de vulnerabilidade da vítima e a vulnerabilidade da vítima.

Será abordado, também, o objetivo principal desta pesquisa: a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos e maior de doze anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 2º estabelece que criança é aquela de 0 anos até 12 anos de idade incompletos e que adolescente é aquele que possui doze anos até dezoito anos de idade.

Assim, busca-se discutir a capacidade de um menor de 14 anos e maior de 12 anos de compreender os significados e as consequências de seu comportamento, bem como de ter discernimento para consentir com a prática do ato sexual.

Será abordada, ainda no terceiro capítulo, a prática de relação sexual entre adolescentes e a ocorrência do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, bem como a Lei criada nos Estados Unidos da América chamada *Romeo and Juliet Law*.

No que diz respeito às crianças, menores de doze anos de idade, a vulnerabilidade deve ser tida como absoluta. Portanto, apenas a relativização da vulnerabilidade do adolescente será objeto de estudo.

Ainda no terceiro capítulo, a pesquisadora irá abordar a possibilidade de que o consentimento válido da vítima se torne causa excludente de tipicidade material em razão da não ofensa ao bem jurídico tutelado quando o consentimento da vítima não é viciado e decorre da sua maturidade sexual.

A pesquisadora trará os principais argumentos favoráveis à relativização da vulnerabilidade, utilizados pelos doutrinadores e pela jurisprudência.

1 O INSTITUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E O REVOGADO ART. 224, ALÍNEA A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

No que diz respeito ao comportamento sexual, não há um caráter absoluto nos comandos comportamentais de uma sociedade². Cada sociedade estabelecerá o que é adequado ou não e, ao longo da história e com a evolução dos costumes, os padrões relacionados a esse comportamento poderão mudar.

Sendo assim:

“A distinção entre motivos e ações sexuais e não sexuais em todos os níveis, individual ou social, é estabelecida pelos próprios membros da comunidade, sendo, portanto, convencional, dependendo dos valores gerais de uma sociedade”.³

Assim, ao longo da história, as comunidades têm utilizado de mecanismos como igreja, religião e leis para impor padrões e, conseqüentemente, reprimir a sexualidade dos indivíduos.

A sexualidade compreende a busca pelo prazer, a descoberta das sensações proporcionadas pelo toque ou contato, a atração por outras pessoas, bem como a necessidade de satisfazer os desejos do próprio corpo⁴. Já a repressão sexual pode ser considerada como um “conjunto de interdições, permissões, normas, valores, regras estabelecidas histórica e culturalmente para controlar o exercício da sexualidade”⁵.

O comportamento sexual é de suma relevância para o Estado por apresentar reflexos diretos nas suas instituições sociais, pois se encontra associado ao matrimônio, ao adultério e à prostituição, por exemplo. Por isso, a

² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 1. p. 5.

³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 1. p. 5. *apud* I. S. KON *in* OUTWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 685.

⁴ FAVERO. Cintia. *O que é sexualidade?* In: Infoescola. Disponível em < <http://www.infoescola.com/sexualidade/o-que-e-sexualidade/>>. Acesso em 23 mar 2016.

⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 1. p. 6. *apud* CHAUI. Marilena. *Repressão sexual – essa nossa (des) conhecida*. São Paulo: Círculo do Livro, s./d., p. 13.

sua repressão é inevitável⁶. Assim, mostra-se necessária a intervenção do Direito Penal na tutela das condutas sexuais.

No entanto, o “direito só deve intervir quando a ordem jurídica não possuir outros meios para prevenir a ocorrência do dano”⁷, ou seja, o direito penal representa a proteção subsidiária de bens jurídicos.

Sua finalidade é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade⁸ através da cominação, aplicação e execução da pena⁹, cabendo ao legislador selecionar os bens jurídicos a serem tutelados.

1.1 A presunção de violência

A presunção de violência foi um delito tipificado no art. 224 do Código Penal e foi popularmente conhecido como crime de estupro presumido.

O referido artigo do Código Penal trazia as hipóteses de presunção de violência para os atos sexuais praticados com a vítima que: a) não era maior de 14 (catorze) anos, b) era alienada ou débil mental ou c) não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Em outras palavras, aquele que mantivesse relações sexuais com menor de catorze anos, com alienado, com débil mental ou com quem não possuía condições de oferecer resistência, cometeria o delito da presunção de violência.

Tal instituto, no que tange à idade da vítima, fundou-se numa ficção jurídica em que a vítima, por ser menor de catorze anos, não possui capacidade de consentir. Caso houvesse consentimento, este era considerado inválido.

Segundo a exposição de motivos da parte especial do Código Penal:

⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *op. cit.* p. 22.

⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *op. cit.* p. 32-33.

⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 1. p. 2.

⁹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 1. p. 2. *apud* BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. p. 116.

“O fundamento da ficção legal de violência, nos casos dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.¹⁰

Portanto, o legislador presumiu que o menor de 14 (catorze) anos não possuía capacidade de consentir com o ato sexual, o que era suficiente para caracterizar o delito de violência presumida contido no, já revogado, art. 224, a do Código Penal.

O escopo deste capítulo é abordar a hipótese do art. 224, alínea a que tratava da presunção de violência quando a vítima era menor de 14 (catorze) anos.

1.2 Violência *ficta* ou presumida *versus* violência real

Para melhor compreensão do instituto da presunção de violência, faz-se necessário diferenciar a violência real da violência *ficta* ou presumida.

Violência significa “usar a agressividade de forma intencional e excessiva para ameaçar ou cometer algum ato que resulte em acidente, morte ou trauma psicológico”¹¹.

A violência pode ainda ser entendida como “o ato de força, a impetuosidade, a brutalidade, a veemência. Em regra, a violência resulta da ação ou da força irresistível, praticadas na intenção de um objetivo que não se teria sem ela”¹².

A violência real, portanto, ocorre quando há atuação imediata e real da força a ponto de neutralizar a resistência eventual ou real da vítima, ou seja,

¹⁰ BRASIL. Exposição de motivos da parte especial do código penal. *Dos crimes contra os costumes*. n 70. Disponível em <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>.

¹¹ Site Significados: descubra o que significa, conceitos e definições. *Significado de violência. O que é violência*. Disponível em <<http://www.significados.com.br/violencia/>>. Acesso em 03 mar 2016.

¹² MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. *Violência real e ficta nos crimes contra os costumes*. In: Jus Navigandi. Publicado em 11/2002. *apud* PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. p. 498. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/3404/violencia-real-e-ficta-nos-crimes-contra-os-costumes/1>>. Acesso em 03 mar 2016.

trata-se de emprego de força física ou grave ameaça para vencer a concreta resistência da vítima¹³. Pode ser classificada em violência física ou violência moral.

Já a violência *ficta* ou presumida:

“É a decorrência do conjunto de princípios e motivos sociais, jurídicos, propriamente, e psicológicos que levam o legislador a erigir e integralizar, como tal, não só os casos em que se trata de vítima de pouca idade, como os que a vítima encontra-se impossibilitada de resistir”¹⁴.

Nos delitos de estupro, em regra, a violência é condição necessária para que ocorra o crime. A vítima deve oferecer resistência para que se possa falar em fato típico, pois tal resistência representa o dissenso (discordância) da vítima para a prática de relações sexuais¹⁵.

Empegar a violência ou a grave ameaça para destruir a resistência da vítima é diferente de abusar da impossibilidade de resistência. Quando o agente atua conforme o primeiro caso, ocorrerá o fenômeno chamado agressão sexual, mas quando o agente se aproveita da incapacidade da vítima de oferecer resistência, ocorrerá o fenômeno chamado abuso sexual¹⁶.

Quanto à agressão sexual, não restava dúvidas que se tratava de um delito de estupro, tendo em vista a previsão legal da conduta no ordenamento jurídico. Porém, quando a violência real restava-se ausente na conduta do agente, não havia tipicidade penal.

Assim, para assegurar a tipicidade penal da conduta do agente quando houvesse o abuso sexual e tendo em vista que a violência real já estava presente no crime de estupro, o legislador, diante da lacuna da lei, viu a

¹³ GOMES. Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21 apud TJSP. Rel. Des. Thomaz Carvalhal. RT 348/81. Capítulo 1. p. 18.

¹⁴ MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. *Violência real e ficta nos crimes contra os costumes*. In: Jus Navigandi. Publicado em 11/2002. apud MESTIERI. João. *Do delito de estupro*. São Paulo: RT, 1.982. p. 76. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/3404/violencia-real-e-ficta-nos-crimes-contra-os-costumes/1>>.

¹⁵ GOMES. Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21 apud TJSP. Rel. Des. Thomaz Carvalhal. RT 348/81. Capítulo 1. p. 18.

¹⁶ GOMES. Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21 apud TJSP. Rel. Des. Thomaz Carvalhal. RT 348/81. Capítulo 1. p. 18.

necessidade de tipificar um delito em que estivesse presente a violência presumida.

Criou, portanto, a figura típica do já revogado art. 224 do Código Penal a fim de proteger os menores de catorze anos, os alienados, os débeis mentais e aqueles que, por qualquer outra causa, não puderam oferecer resistência.

1.3 Entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da presunção de violência

A partir da década de 80, a presunção de violência, que era tida como absoluta, passou a ser questionada pelos Tribunais, ou seja, em alguns casos, a presunção de violência passou a ser relativizada com o argumento de que a sociedade havia se modificado e que os menores de 14 (catorze) anos não exigiam mais a mesma proteção que os menores da época em que o Código Penal de 1940 foi criado.¹⁷

Quando o art. 224 ainda estava em vigor, havia grandes discussões na doutrina e na jurisprudência em relação à relativização da presunção de violência.

Portanto, com a evolução dos costumes, a jurisprudência e a doutrina se subdividiram em duas correntes de pensamento: presunção de violência relativa e presunção de violência absoluta.¹⁸

1.3.1 Presunção de violência absoluta (*iuris et de jure*)

¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, volume III. – 10 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. Capítulo 52. p. 531.

¹⁸ DANTAS, Bruno Macedo. *Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224 alínea “a” do Código Penal*. Jus Navigandi nº 35, out. 2009. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/1040/estupro-presumido-apontamentos-acerca-da-presuncao-de-violencia-elencada-no-art-224-alinea-a-do-codigo-penal>>.

A presunção de violência, também chamada de violência ficta, era encontrada nos casos em que não havia violência física¹⁹. Tal presunção poderia ser relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*).

Sendo absoluta, tornava-se inquestionável seu instituto não sendo possível qualquer flexibilização, não se admitindo prova em contrário. Tal presunção ia contra o princípio do livre convencimento do juiz e retirava dele qualquer possibilidade de valoração da prova.

Defende Rogério Greco que a presunção de violência contida no art. 224, alínea a do Código Penal era de natureza absoluta, pois não existe critério mais objetivo do que a idade²⁰. Por mais que vítima tivesse uma vida sexual anterior ao crime ou que consentisse com o tal ato, não seria motivo de relativização.

Segue o entendimento do STJ acerca da presunção de violência:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ E NO STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. A jurisprudência majoritária deste Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação consolidada no Supremo Tribunal Federal, consolidou o entendimento no sentido de que é absoluta a presunção de violência no estupro de vulnerável e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima for menor de 14 (quatorze) anos de idade (EREsp 1.152.864/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1/4/2014).

3. Agravo regimental não provido”.²¹

¹⁹ RODRIGUES, Alexandra Daniella Noia; ROSA, Victor de Oliveira. *A relativização da presunção de violência em delitos sexuais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6311&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 set. 2015.

²⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, volume III. 10. Ed. Niterói, RJ : Impetus, 2013. Capítulo 52. p. 531.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 637390 SP. Agravo regimental no recurso especial 2014/0328319-9. Ministro Ribeiro Dantas. Quinta turma. Dje 18/12/2015. Disponível em

No mesmo sentido, a Terceira Seção do STJ, ao julgar os embargos de divergência, entendeu que:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. [...] A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

[...]

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas".²²

Portanto, do ponto de vista dos defensores da violência presumida em seu caráter absoluto, conclui-se que "o consentimento da ofendida e sua

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=presun%E7%E3o+de+violencia+absoluta&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.152.864/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção. DJe 1/4/2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54720280&num_registro=201403283199&data=20151218&tipo=91&formato=PDF>.

experiência anterior não desconstituem a tipicidade de tal fato criminoso”²³, bem como “a leviandade de um menor de 14 (catorze) anos não autoriza ninguém a dela se aproveitar, satisfazendo seus instintos sexuais”.²⁴

A finalidade do art. 224, alínea a do Código Penal era de proteger os menores que ainda estavam em fase de desenvolvimento e que não possuíam condições de decidir sobre seus atos sexuais.

1.3.2 Presunção de violência relativa (*iuris tantum*)

Sendo relativa a presunção de violência, era possível a produção de prova em contrário, permitindo o juiz exercer o livre convencimento para que se chegue à verdade real.

Nemias Moretti Prudente cita os comentários de Luiza Nagib Eluf a respeito da presunção de violência, no tocante a idade da vítima:

“Trata-se de critério subjetivo, baseado no que se presume ser o desenvolvimento mental das pessoas nesta faixa etária. Como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, étnicos e mesológicos determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal estará adequado”²⁵.

Tal entendimento defende a relativização da presunção de violência e tal relativização jamais poderia ser afastada do caso concreto, pois cabe ao magistrado levar em consideração as particularidades de cada caso.

Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter firmado o entendimento de que a presunção de violência é absoluta²⁶, em caso específico o referido Tribunal afastou a presunção de violência em crime sexual:

²³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 51500 GB. Relator Ministro Antônio Nader. Segunda Turma. DJ 23/11/1973. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14639884/habeas-corpus-hc-51500-gb>>.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21 *apud* TJSP. Rel. Des. Thomaz Carvalhal. RT 348/81.

²⁵ PRUDENTE, Neemias Moretti. *Tratamento Jurídico Penal acerca do Art. 224 do Código Penal*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1700>.

Acesso em: 20 set 2015.

²⁶ Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no EREsp 1.152.864/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção. DJe 1/4/2014. Disponível em <

“ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA.
 1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.
 2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória.
 3. Ordem concedida”.²⁷

O Ministro Celso Limongi, em seu voto vencedor, reforçou o entendimento de que a lei penal não atribui validade ao consentimento do menor de 14 (catorze) anos para a prática de relações sexuais ou de atos libidinosos, mas trata-se de pensamento de um legislador de 1940, ano em que nasceu o Código Penal Brasileiro²⁸. Reforça ainda que o direito não deve ser estático, devendo acompanhar as transformações sociais e se adequar à realidade e aos valores atuais.

Relativizar a presunção de violência também permite colocar o juiz próximo à realidade.

Ora, quanto ao menor de catorze anos e maior de doze anos,

“O Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI!”²⁹

No mesmo sentido, o STJ, em HC 73.662, afastou a presunção de violência absoluta:

“CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54720280&num_registro=201403283199&data=20151218&tipo=91&formato=PDF.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88.664- GO (2007/0187687-4). Sexta Turma. Relator Ministro OG Fernandes. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13379-Deciso-do-STJ-afasta-violncia-presumida-em-crimes-sexuais>>.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal”³⁰.

Ainda em defesa da relativização da presunção de violência, o Ministro Marco Aurélio argumentou que:

“Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir”³¹.

A discussão acerca da presunção de violência permaneceu na doutrina e nos tribunais, inclusive após o advento da Lei 12.015/09 que revogou o art. 224 e instituiu o art. 217 – A no Código Penal que trata do estupro de vulnerável.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.662. Segunda turma. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>. Acesso em 17 fev 2016.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.662. Segunda turma. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>. Acesso em 17 fev 2016.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTIDO NO ART. 217 – A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, como já foi dito, revogou o art. 224 do Código Penal e introduziu o art. 217 – A no ordenamento jurídico.

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”³².

A referida lei teve por finalidade investigar a exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil e também alterou o Título VI da parte especial do Código Penal que antes era denominado “Crimes contra os costumes” e, após o advento da lei, o Título VI passou a ser chamado de “Crimes contra a dignidade sexual”.

Além disso, a referida lei buscou juntar em um só tipo o delito de estupro e o atentado violento ao pudor de vulneráveis.

Após o advento da Lei 12.015/09, alguns doutrinadores, como Rogério Greco, entendem que ela surgiu para acabar, de uma vez por todas, com a discussão acerca da relativização, devendo os Tribunais aplicar o art. 217 – A de forma objetiva, levando, tão somente, em consideração o critério etário da vítima.

Greco transcreve em seu livro parte da justificação ao projeto que culminou com a edição da referida Lei:

³² BRASIL. Decreto – Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 217 – A. Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

“o art. 217 – A, 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. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento de muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática”.³³

Porém, em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci entende que, mesmo após a edição do novo tipo penal, a discussão ainda se mantém e argumenta que:

“o nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 14 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 do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade”.³⁴

Após a entrada em vigor da Lei 12.015/09 a discussão acerca da relativização continuou, porém sob outro aspecto. Antes da revogação do art. 224 do Código Penal, a discussão era sobre a relativização da presunção de violência e, após sua revogação, a discussão passou a ser sobre a relativização da vulnerabilidade e não mais sobre a relativização da presunção de violência.

³³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, volume III. 10. Ed. Niterói, RJ : Impetus, 2013. Capítulo 52. p. 532-533.

³⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, volume III. 10. Ed. Niterói, RJ : Impetus, 2013. Capítulo 52. p. 533 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 37.

2.1 O conceito de vulnerável

A vulnerabilidade pode possuir duas acepções distintas: vulnerabilidade como capacidade de compreensão e vulnerabilidade como vício de consentimento³⁵. A vulnerabilidade constante no art. 217 – A do Código Penal se amolda à classificação de vulnerabilidade como capacidade de compreensão.

O vulnerável é aquele que é incapaz de consentir validamente com o ato sexual. “Para que a vítima possa ser considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos inimputáveis”³⁶.

Discernimento é a faculdade de optar por algo, segundo um critério, de forma consciente de suas consequências³⁷. Trata-se de conhecimento acerca das consequências sociais, morais e físicas que envolvem o relacionamento sexual³⁸.

Possuir o necessário discernimento significa possuir capacidade de escolha, segundo os próprios critérios.

De acordo com Díez Ripollés:

“A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la”³⁹.

³⁵ DE LARA, Máira Batista. *Vulnerabilidade no art. 217 – A do Código Penal*. p. 391. *apud* RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61-93, set.-out. 2011. Ano 19. Disponível em <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_23.pdf>. Acesso em 16 mar 2016.

³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, volume III. 10. Ed. Niterói, RJ : Impetus, 2013. Capítulo 52. p. 536.

³⁷ FAYET. Fabio Agne. *O delito de estupro*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. Capítulo 4. p. 101.

³⁸ FAYET. Fabio Agne. *O delito de estupro*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. Capítulo 4. p. 101. *apud* FUHRER. Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178.

³⁹ PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 2: parte especial, art. 121 a 249. – 9ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 674. *apud* Díez Ripollés, J.L. *Comentarios al Código Penal*, PE, II, p. 356.

Vulnerável é o sujeito passível de lesão, despido de proteção⁴⁰.

2.2 Análise do art. 217 – A do CPB

Ao analisar o caput do art. 217 – A do Código Penal é possível perceber que há um critério objetivo para análise da figura típica, que é tão somente a idade da vítima, não importando se esta já possuía experiência sexual, se havia consentido com a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso ou se já se prostituía, conforme o entendimento dos defensores da vulnerabilidade absoluta.

O legislador teve a intenção de proteger a liberdade sexual do menor de 14 anos, impondo um dever geral de abstenção.

O núcleo *ter*, contido no tipo penal, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça.

Assim, pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem a presença de coação física. No entanto, a Lei sugere a ocorrência de coação psicológica em razão da impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado pelo menor de catorze anos⁴¹.

Portanto, a Lei desconsidera o consentimento do menor de 14 (catorze) anos.

2.2.1 Atos libidinosos

Para Nucci, “o legislador continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente”⁴².

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual : comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Capítulo 2. p. 35.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual : comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Capítulo 2. p. 34.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal : parte geral : parte especial*. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 851.

Nucci traz ainda um caso real de dois jovens do sexo masculino que estavam aos beijos no saguão do cinema de um shopping. Um deles tinha 13 anos e o outro tinha 18 anos. As pessoas incomodadas no local pediram para que esses jovens parassem de se beijar e eles se recusaram. A polícia foi acionada e só assim descobriram que um deles era menor de 13 anos. O jovem de 18 anos foi preso em flagrante pelo delito de estupro de vulnerável por praticar atos libidinosos com menor de 14 anos, ainda que consentido⁴³.

Diante dessa situação, entende-se que inexistente relevância jurídico-penal. Torna-se realmente necessário e razoável que tal jovem de 18 anos fosse condenado e preso por um beijo consentido? E pior, que fosse chamado de “estuprador de vulnerável”?

Para melhor entendimento do caso, é importante a explicação acerca do que são atos libidinosos. A conjunção carnal também é considerada um ato libidinoso.

Entende-se por conjunção carnal o “coito vaginal, a introdução do pênis na vagina da mulher. É a intromissão do órgão genital masculino no interior da cavidade vaginal, ou seja, no órgão genital feminino”⁴⁴.

Na expressão “outro ato libidinoso” está contido todos os atos de natureza sexual que tem por escopo satisfazer a libido do agente⁴⁵. O ato a ser praticado pode ser passivo ou ativo.

Luiz Regis Prado elenca alguns atos que podem ser considerados libidinosos:

“(…) o coito anal, o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores, etc) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via genital, anal ou bucal, entre outros”⁴⁶.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Dicionário inFormal. Disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal/>>.

⁴⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. – 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. Capítulo 49. p. 461.

⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. – 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. Capítulo 49. p. 461 *apud* PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 601.

A definição do que é o ou não ato libidinoso é imprecisa, pois a lei não definiu o que seriam atos libidinosos, cabendo aos operadores do direito dizer o que caracterizaria um ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Cumprido ressaltar que qualquer ação e qualquer toque ou ato do agente deve possuir um caráter libidinoso, sexual para que seja configurado o delito do art. 217 – A do CPB.

2.2.2 Objeto material e bem juridicamente tutelado

O objeto material do delito é a criança, ou seja, aquela que ainda não completou 12 (doze) anos, bem como o adolescente menor de catorze anos e maior de doze anos. Há ainda como objeto material a vítima acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não pode oferecer resistência⁴⁷.

Cumprido lembrar que o objeto do presente trabalho é apenas o caput do artigo em questão.

Para Bittencourt, o bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável é dignidade sexual do menor de 14 (catorze) anos, do enfermo ou do deficiente mental. Para ele, não há que se falar em liberdade sexual como bem jurídico tutelado uma vez que o ordenamento jurídico reconhece que não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade⁴⁸.

Já para Greco, o bem juridicamente tutelado pelo art. 217 – A do CPB é a liberdade e a dignidade sexual do menor de catorze anos. Greco também considera o desenvolvimento sexual um bem juridicamente protegido pelo tipo penal⁴⁹.

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. – 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. Capítulo 52. p. 538-539.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. Capítulo IV. p. 98.

⁴⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. – 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. Capítulo 52. p. 538.

A criminalização da conduta descrita no artigo 217 – A do Código Penal objetiva não somente proteger a dignidade sexual do vulnerável, mas também assegurar o desenvolvimento físico, psíquico e moral do menor de 14 anos que, a princípio, não é considerado ainda capaz de decidir livremente sobre seu comportamento sexual, pois sua personalidade ainda se encontra em desenvolvimento.

2.2.3 Elemento objetivo e subjetivo do tipo penal

São elementos objetivos do tipo: *ter* conjunção carnal e *praticar* outro ato libidinoso. O núcleo *ter* refere-se ao ato de conseguir, alcançar a realização da conjunção carnal, ou seja, a introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima ou da autora do crime⁵⁰. Quanto a modalidade *praticar*, trata-se de qualquer ato que objetive prazer sexual com menor de catorze anos, desde que diverso da conjunção carnal.

O dolo é o elemento subjetivo, ou seja, o agente deve ter conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos. Caso contrário, será afastado o dolo, bem como a tipicidade do fato já que inexistente a previsão do tipo penal na modalidade culposa⁵¹.

De acordo com Bitencourt, “o elemento subjetivo do crime de *estupro de vulnerável* é o dolo constituído pela *vontade consciente* de ter conjunção carnal, com a vítima vulnerável, ou praticar outro ato libidinoso”.⁵²

Portanto, o agente, se incorrer em erro de tipo, não responderá pelo crime de estupro de vulnerável.

2.2.4 Erro de tipo

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op., cit., p. 115.

⁵¹ *Ibidem*, p. 540.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op., cit., p. 112.

É importante ressaltar que o agente deve ter conhecimento da idade da vítima para que não incorra em erro de tipo contido no art. 20 do Código Penal.

“Art. 20. O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”⁵³.

O erro de tipo representa a falsa percepção da realidade. Quem atua “não sabe o que faz”, ou seja, falta o dolo, a vontade livre e consciente do agente de praticar o fato delituoso⁵⁴.

Pode acontecer de o agente manter relações sexuais com menor de catorze anos acreditando que a vítima tem idade superior em razão de sua compleição física. É o caso, por exemplo, em que o agente conhece a vítima menor de catorze anos em uma boate cuja entrada é proibida aos menores de dezoito anos. Supondo que a vítima tenha utilizado documento de identidade falso para ingressar no estabelecimento e supondo que possua aparência física de uma mulher já formada, não há como o agente sequer suspeitar que essa pessoa tenha idade inferior a catorze anos.

Sendo assim, se o agente mantém relações sexuais com essa menor incorrerá em erro de tipo, pois não haverá dolo na conduta do agente. Não havendo vontade livre e consciente, não haverá conduta e, conseqüentemente, não haverá fato típico, um dos elementos necessários do crime.

Cumprе salientar que, o erro de tipo sempre afastará o dolo, mas nem sempre afastará a culpa.

Se o erro de tipo for invencível (inevitável, escusável, justificável), afastará o dolo e a culpa, pois, nas circunstâncias em que o agente se encontrava, qualquer um no lugar dele cometeria o mesmo erro. Porém, se o

⁵³ BRASIL. Decreto – Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 217 – A. Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

⁵⁴ GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 31. p. 296.

erro de tipo for vencível (evitável, inescusável, injustificável) haverá a exclusão do dolo, mas não da culpa, ou seja, o agente responderá pelo delito na sua modalidade culposa se houver previsão legal⁵⁵.

Assim, como não há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão do delito de estupro de vulnerável na modalidade culposa, o agente que incorrer em erro de tipo não responderá pelo crime independente de o erro ser evitável ou inevitável.

Cumprido lembrar ainda que a vítima deve ter menos de catorze anos, ou seja, possuir idade de até 13 anos e 11 meses, pois se o agente praticar os atos previstos no art. 217 – A do CPB com adolescente de 14 (catorze) anos, ainda que no dia do seu aniversário, não incorrerá no delito em questão.

2.2.5 Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, inclusive mulheres. É possível, inclusive, que o crime seja praticado contra pessoa do mesmo sexo, independente da opção sexual.

Rogério Greco faz a ressalva de que, “quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual” e quando o comportamento do sujeito ativo for dirigido à prática de ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar no polo ativo⁵⁶.

Quanto ao sujeito passivo, qualquer pessoa poderá ser, desde que apresente a condição de vulnerabilidade exigida no tipo penal. A vítima vulnerável pode ser do sexo masculino ou feminino.

2.2.6 Da ação penal

⁵⁵ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 31. p. 297.

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. – 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. Capítulo 52, p. 539.

Segundo o art. 225, parágrafo único da Lei. 12.015/09, nos crimes sexuais em que a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, a ação penal será pública incondicionada à representação.

“Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável”⁵⁷.

Sendo assim, no delito de estupro de vulnerável contido no art. 217 – A do Código Penal a ação penal é pública incondicionada à representação em razão da especial condição da vítima, menor de catorze anos.

Sendo a ação penal pública incondicionada, o Ministério Público poderá ofertar denúncia ao Judiciário independentemente da manifestação e do consentimento da vítima ou de qualquer outro envolvido.

No entanto, cumpre destacar que para os crimes contra a liberdade sexual e para os crimes sexuais contra vulnerável a regra é de que a ação penal seja pública condicionada à representação⁵⁸.

⁵⁷ BRASIL. Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Art. 225. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em 17 fev 2016.

⁵⁸ BRASIL. Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Art. 225. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em 17 fev 2016.

3 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS E MAIOR DE DOZE ANOS

Em determinadas situações, a aplicação pura e simples da norma ao caso concreto pode gerar exageros punitivos e, por isso, é importante que a vulnerabilidade da vítima seja relativizada quando houver o seu consentimento, por exemplo.

Aquele que mantém relações sexuais com menor de 14 anos de forma consentida não deve receber a mesma punição que aquele que se aproveita da fragilidade do menor. Condenar o sujeito que tem conjunção carnal ou pratica atos libidinosos diversos da conjunção carnal com o referido menor que antecipou a sua vida sexual e que consentiu com isso, é desconsiderar a realidade social.

Segundo a ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura:

“o direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais”.⁵⁹

Em sentido contrário à relativização, o Superior Tribunal de Justiça já argumentou que: não se admite que a modernidade, a evolução moral dos costumes e o acesso à informação sejam argumentos para que se evite a proteção dos mais frágeis. A ideia desta proteção é de que haja a possibilidade de que crianças e adolescentes cheguem à vida adulta sem traumas, medos, desconfianças, bem como impedir que a infância seja “roubada”. Para o Tribunal é imprescindível que a criança e o adolescente vivam plenamente o tempo de meninice e que não antecipem as experiências da vida adulta.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça. *Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Últimas/Presunção-de-violência-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-é-relativa>. Acesso em: 04 out 2015.

No entanto, entender pela vulnerabilidade de forma absoluta é interferir na liberdade individual de cada pessoa de decidir sobre seu próprio corpo, bem como a vida íntima.

No caso concreto, entende-se que também deve ser analisado o vínculo afetivo estabelecido entre a vítima e o acusado. Seria exagero aplicar o artigo 217 – A do Código Penal nos casos em que houver uma relação de afeto mútuo e duradouro entre eles, muitas vezes com o consentimento da família.

Para Guilherme de Souza Nucci “a tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos).”⁶⁰

3.1 Relativização da vulnerabilidade da vítima *versus* relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima

É importante destacar a diferença, dada por Bitencourt, entre a presunção de vulnerabilidade que poderá ser absoluta ou relativa e a vulnerabilidade que poderá ser absoluta ou relativa.

A vulnerabilidade relativa não se confunde com a presunção relativa de vulnerabilidade. Haverá dois juízos distintos.

3.1.1 Presunção absoluta e relativa de vulnerabilidade

Primeiramente, será abordada a presunção de vulnerabilidade. Tal presunção poderá ser absoluta ou relativa.

Sendo absoluta não haverá discussão acerca da vulnerabilidade e não se admitirá prova em contrário, ou seja, a vulnerabilidade estará presente mesmo que de fato ela não exista. Não há análise flexível do caso em

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 928.

concreto. “Pela presunção absoluta admite-se que a vítima é, indiscutivelmente, vulnerável e ponto final”⁶¹.

Sendo a presunção de vulnerabilidade relativa, é possível que se discuta se tal vulnerabilidade se faz ou não presente. A vítima pode ser ou não vulnerável e essa vulnerabilidade deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada. Admite-se, portanto, prova em contrário.

Na presunção de vulnerabilidade não há discussão sobre o grau ou a intensidade da vulnerabilidade da vítima, mas tão somente se a presunção admite ou não prova em contrário⁶².

3.1.2 Vulnerabilidade absoluta ou relativa

Quanto à vulnerabilidade absoluta ou relativa, haverá a discussão sobre o grau, intensidade ou extensão da vulnerabilidade. Para Bitencourt, “parte-se do pressuposto de que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão”.⁶³ A preocupação está no *quantum* de vulnerabilidade que a vítima apresenta.

Mesmo que as vítimas possuam a mesma faixa etária, não há como afirmar que a vulnerabilidade de cada uma seja a mesma. Em outras palavras, existem pessoas pouco vulneráveis, muito vulneráveis ou altamente vulneráveis. A vulnerabilidade será absoluta quando a vítima for portadora de uma vulnerabilidade extrema.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

“É possível, em outros termos, que tenhamos, *in concreto*, uma vulnerabilidade relativa, mesmo em sujeitos com idade ou deficiências previstas nesse dispositivo legal, ou seja, que por circunstâncias peculiares pessoais ou particulares não é de

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. Capítulo IV. p. 103.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Idem*.

todo vulnerável, isto é, não pode ser considerado absolutamente vulnerável”.⁶⁴

Considerando que a presunção não se confunde com a vulnerabilidade, é possível que o afastamento da presunção absoluta nem sempre afastará a responsabilidade penal, pois apenas se admitirá prova em contrário.

Por isso, Bitencourt defende a necessidade de que sejam aplicados os dois juízos: a presunção e a vulnerabilidade. O primeiro juízo se refere à natureza da presunção, enquanto o segundo juízo avaliará o grau de intensidade da vulnerabilidade⁶⁵.

Como exemplo do que está sendo dito, Bitencourt expõe que:

“Vamos admitir, exemplificativamente, que, *in concreto*, pelas circunstâncias do caso – menor corrompida, com experiência sexual nas ruas, prostituída, etc – chegue-se a conclusão que referida menor não se enquadra na concepção de alguém *absolutamente vulnerável*, isto é, não apresenta aquele *grau de vulnerabilidade* (absoluta) capaz de justificar a punição tão grave como a prevista no artigo 217 – A – estupro de vulnerável – que sabidamente, se trata de pena mais grave que a prevista para o *crime de homicídio* (mínima de seis anos)”.⁶⁶

Pode ser que a vítima menor de 14 (catorze) anos seja desamparada social, material e culturalmente, sem estrutura familiar e abandonada à própria sorte. Nestes casos, não há como negar que se trata de uma menor vulnerável e merecedora de maior proteção penal.

Assim, é possível que haja presunção absoluta com vulnerabilidade relativa e presunção relativa com vulnerabilidade absoluta, pois não se confundem.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*. In : Revista Consultor Jurídico. 19 de jun de 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jun-19-cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em: 30 set 2015.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. Capítulo IV. p. 104.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*. In : Revista Consultor Jurídico. 19 de jun de 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jun-19-cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>.

3.2 Breves comentários acerca da doutrina da situação irregular e da proteção integral

O Código Mello Mattos de 1927 trouxe a instituição do juiz de menores cuja principal função era de resolver todo e qualquer problema que envolvesse a criança ou o adolescente. Alguns doutrinadores entendem que a doutrina da situação irregular nasceu a partir da criação do referido código.

A doutrina da situação irregular, criada antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, tinha como principal objetivo o recolhimento do menor infrator, ou seja, a retirada dele da convivência em sociedade. A referida doutrina não se preocupava em proteger o menor, mas em proteger a sociedade⁶⁷, colocando aquele em estabelecimentos como a FEBEM.⁶⁸

A preocupação era apenas com o conflito já instalado e não com a prevenção. Sendo assim, a criança e o adolescente, na época, não eram tratados como sujeitos de direito⁶⁹.

Esses menores infratores, quando internados, sofriam violências físicas, torturas, estupros e, alguns, eram vítimas de homicídio⁷⁰. Diante dessa situação, havia uma grande dificuldade de inserção do menor infrator à sociedade.

Contudo, com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, esse quadro foi modificado com a adoção da doutrina da proteção integral⁷¹. Antes, trabalhava-se com a ótica da exclusão e, após a doutrina da proteção integral, preocupou-se com a “devolução” da criança e do adolescente na sociedade. Não mais existe a cultura da internação, sendo essa medida aplicada apenas nos casos em que, de fato, é necessária a segregação.

⁶⁷ HOLANDA. Izabele Pessoa. *A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051>. Acesso em 18 fev 2016.

⁶⁸ Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor que ficou conhecida pelas fugas, rebeliões, denúncias de maus-tratos aos adolescentes, tortura e superlotação.

⁶⁹ HOLANDA. Izabele Pessoa. op., cit.,

⁷⁰ FIDELES. Nina. *De Febem a Fundação Casa*. *Revista Forum*. 27 jun 2012. Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/2012/06/27/de-febem-a-fundacao-casa/>>. Acesso em 18 fev 2016.

⁷¹ HOLANDA. Izabele Pessoa. op., cit.

O art. 227 da CF/88 é a personificação da doutrina da proteção integral. O referido artigo atribui ao Estado, à família e à sociedade a responsabilidade de resguardar os direitos da criança e do adolescente. Tal artigo também estabelece o princípio da prioridade absoluta, norteador dos direitos da criança e do adolescente.

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”⁷².

Em defesa da não relativização da vulnerabilidade, há o argumento de que com o advento de Constituição Federal de 1988, deixou-se de adotar a doutrina da situação irregular, para se adotar a doutrina da proteção integral.

A família, a sociedade e o Estado são os responsáveis por garantir e resguardar os direitos da criança e do adolescente. A sociedade deve estar cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e moral da criança e do adolescente.

Assim, todo o rol de direitos fundamentais constantes no art. 227 da CF/88 deve ser priorizado em detrimento de qualquer outro direito que não seja fundamental típico da criança e do adolescente.

3.3 O critério etário da vítima no Código Penal Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 2º estabelece que criança é a pessoa de até 12 anos incompletos e adolescente é aquele entre 12 e 18 anos de idade. O ECA reconhece a condição do adolescente de consentir com a sua colocação em família substituta seja mediante guarda, tutela ou adoção⁷³, de poder viajar

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 227. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 fev 2016.

⁷³ BRASIL. Lei 8.060, 13 de julho de 1990. Art. 28 § 2º. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>.

desacompanhado em todo território nacional⁷⁴ e de responder por atos infracionais por meio de medidas socioeducativas⁷⁵.

Enquanto isso, o Código Penal Brasileiro (CPB) estabelece que o maior de 12 anos e o menor de 14 anos é vulnerável. Diante do exposto, não se pode compreender pela incapacidade absoluta do menor de decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade. Entende-se que há um conflito aparente de normas, cabendo ao intérprete analisar em conjunto o CPB e o ECA.

Assim, se o adolescente é capaz de cumprir medidas socioeducativas como consequências de seus atos infracionais, é razoável que também possa ter discernimento suficiente para resolver sobre sua intimidade e sua vida sexual.

Defende-se aqui pela relativização da vulnerabilidade do adolescente, ou seja, daquele que possui entre 12 e 14 anos de idade, considerando as crianças absolutamente vulneráveis.

3.3.1 Ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável

Crime é todo fato típico, antijurídico e culpável. Dentro da culpabilidade, há o elemento chamado imputabilidade que é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente⁷⁶.

Para que o agente seja imputável, ele deve entender o caráter ilícito do fato e deve ter a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, de dirigir sua conduta de acordo com o entendimento jurídico⁷⁷.

Porém, o legislador estabeleceu a inimputabilidade por imaturidade natural, ou seja, os menores de 18 (dezoito) anos não gozam de plena

⁷⁴ BRASIL. Lei 8.060, 13 de julho de 1990. Art. 83 c/c art. 2º. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>.

⁷⁵ BRASIL. Lei 8.060, 13 de julho de 1990. Art. 112. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>.

⁷⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 33. p. 387.

⁷⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. *apud* SANZO BRODT, Luís Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. p. 46.

capacidade de entendimento, sendo considerados inimputáveis⁷⁸. A eles, não se imputam a prática de um fato típico e ilícito, por restar ausente o elemento da culpabilidade. O legislador adotou, portanto, o critério puramente biológico⁷⁹.

Sendo assim, crianças e adolescentes não cometem crime, mas ato infracional, que é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal⁸⁰.

No que diz respeito ao estupro de vulnerável, é possível que um menor de dezoito anos tenha relação sexual ou pratique atos libidinosos com um menor de 14 anos, como também é possível que os dois sujeitos sejam menores de catorze anos. Assim, no primeiro caso, o menor de 18 anos estaria praticando ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável e no segundo caso, ambos os sujeitos estariam incorrendo na prática do ato infracional.

Há quem possa entender que, no segundo caso, o ato infracional seria atípico, tendo em vista que o art. 217 – A do CP visa resguardar o vulnerável. Porém, não é objeto deste trabalho discutir se esses menores de catorze anos estariam fora do âmbito de aplicabilidade do referido dispositivo.

3.3.2 A “Exceção de Romeu e Julieta”

Há situações em que o acusado tem pouca diferença de idade em relação à vítima. Nesses casos, é de suma importância de que seja dado um tratamento diferenciado.

A respeito do tema, cumpre destacar que, em alguns estados norte-americanos a relação sexual consentida entre menores de 18 anos era considerada crime. No entanto, devido a grande quantidade de menores tendo

⁷⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Art. 27.

⁷⁹ GRECO, Rogério. Op., cit., p. 390.

⁸⁰ BRASIL. Lei 8.060, 13 de julho de 1990. Art. 103. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>.

relações sexuais, alguns estados, a fim de evitar a criminalização destes, adotou a chamada “romeo and juliet laws” ou Lei Romeu e Julieta⁸¹.

Tal Lei buscou descriminalizar a conduta entre pessoas que possuíssem diferença de idade igual ou inferior a cinco anos. O entendimento foi de que esses menores estariam no mesmo momento de descoberta da sexualidade.

Cumprе ressaltar que a Lei Romeu e Julieta foi inspirada na tragédia literária escrita por William Shakespeare sobre dois adolescentes que iniciaram um romance em plena adolescência. Romeu possuía 16 anos e Julieta ainda não tinha completado os catorze anos de idade⁸².

Diante do que foi exposto até o presente momento, é razoável afirmar que a norma exagera ao estabelecer um critério etário de forma puramente objetiva e sem sequer estabelecer uma ressalva como a da “Exceção de Romeu e Julieta”.

Alguns tribunais brasileiros têm aplicado a “Exceção de Romeu e Julieta” quando o caso em concreto envolve sexo consensual entre protagonistas que possuem diferença de idade igual ou inferior a cinco anos:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL – EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. [...] A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator”⁸³.

⁸¹ GARCIA. Poliana. *A relativização casuística da vulnerabilidade etária*. In: Revista Jus Navigandi. Junho de 2015. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/40294/a-relativizacao-casuistica-da-vulnerabilidade-etaria>>. Acesso em 23 fev 2016.

⁸² SARAIVA. João Batista Costa. *O “depoimento sem dano” e a romeo and juliet law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP*. Juizado da infância e juventude. Publicado por Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. n. – 1. (nov. 2003). Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. Disponível em <http://jj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-17.pdf>>. Acesso em 25 fev 2016.

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul- TJ/MS. Apelação 0022701-25.2012.8.12.0001. Campo Grande. Rel. Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII. p. 45. Publicado em 31/01/2014. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/65485388/djms-31-01-2014-pg-45>>. Acesso em 01 mar 2016.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu da seguinte maneira:

“Processo de Apuração de Ato Infracional - Estupro - D. P. de J. S. - C. H. N. R. - Vistos. Trata-se de representação promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de CARLOS HENRIQUE NEVES RODRIGUES pela prática da conduta formalmente tipificada no artigo 217-A, do Código Penal, porque o adolescente, nascido em 07 de agosto de 1994, praticou conjunção carnal consentida de 30 de maio de 2011 a 15 de agosto de 2011 com Vitoria Gabriela das Neves, nascida em 17 de janeiro de 1999, adolescente não maior de 14 (quatorze) anos.

[...]

Tal lei, apelidada de *Romeo and Juliet Law*, afasta a criminalização em todos os casos nos quais os envolvidos não tenham uma diferença de idade superior a cinco anos. Este parâmetro ofertado pela legislação e jurisprudência alienígenas certamente pode servir de base para uma orientação dos operadores do direito na aplicação da comedia da regra penal contida no artigo 217 – A, CP quando envolva sexo consensual entre menores. Desta forma, por não caracterizar os fatos descritos na petição inicial como ato infracional, de rigor a extinção do processo sem resolução de mérito. Até porque, neste caso, não se está a tutelar o bem jurídico protegido pelo art. 217- A, do Código Penal, ou seja, o desenvolvimento sexual dos menores. Mas, pelo contrário, a aplicação da medida socioeducativa acarretaria violação do bem jurídico protegido, já que atingiria o bom desenvolvimento sexual do adolescente maior de 14 anos, e não tutelaria o adolescente não maior de 14 (catorze) anos”⁸⁴.

É importante frisar que tal entendimento não se aplica quando o adolescente praticar atos sexuais com criança, havendo considerável diferença de idade.

Neste caso, já seria considerado ato infracional praticado pelo adolescente, sendo ele sujeito à aplicação de medida socioeducativa, pois a criança não possui qualquer discernimento para resolver sobre sua vida sexual e o adolescente, apesar de não possuir o total desenvolvimento psicológico e

⁸⁴ GARCIA. Poliana. *A relativização casuística da vulnerabilidade etária*. In: Revista Jus Navigandi. Junho de 2015 *apud* BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. Processo nº 0008066-58.2011.08.26.0268. Disponível em: Quarta-feira, 26/06/2013. DJE - Caderno Judicial – 1ª Instancia - Interior - Parte II. São Paulo, Ano VI - Edição 1443 249).

sexual, tem mais consciência que uma criança e poderá ainda acarretar grave prejuízo a ela⁸⁵.

Assim, entende-se pela possibilidade e razoabilidade de que seja adotado esse entendimento no ordenamento jurídico brasileiro quando a conjunção carnal consentida ocorrer entre adolescentes, com o objetivo de evitar que jovens sejam punidos quando a diferença de idade não for superior a cinco anos.

Portanto, nestes casos, é perfeitamente possível que a iniciação sexual consentida entre esses jovens com pouca diferença de idade ocorra de forma não traumática.

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que a “aplicação fria” do texto da lei ao caso concreto não é o meio mais adequado a ser adotado pelo julgador. A forma mais adequada seria realização de uma apreciação minuciosa do caso, levando em consideração as circunstâncias fáticas.

3.4 O direito constitucional à família

Há situações em que o maior de 18 anos se envolve com menor de 14 anos firmando um relacionamento que se prolonga no tempo. Relacionamento este que pode ser consentido e aprovado pelos familiares de cada uma das partes envolvidas.

Seria exagero punir o agente maior de 18 anos que mantém com o adolescente relações sexuais sem emprego da violência ou coação. Tal situação não deveria atrair o interesse do Direito Penal.

A situação pode piorar quando desse relacionamento amoroso resultar gravidez e formação do núcleo familiar, tendo em vista que o encarceramento do autor do crime pode provocar graves prejuízos, dificultando

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. Processo nº 0008066-58.2011.8.26.0268 (268.01.2011.008066). Publicação em Diário Oficial; Pág. 248. Judicial – 1ª instância – Interior – Parte II. Diário de Justiça do Estado de São Paulo (DJSP) de 26 de Junho de 2013. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55980130/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-ii-26-06-2013-pg-248>>.

a convivência da criança com o autor e a possibilidade de que seja formada uma família.

A respeito dessa situação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), em apelação criminal, entendeu que:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PRETENDIDA. PLEITO NÃO ACOLHIDO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE IMPÕE A RELATIVIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO DA MENOR PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA QUE RESULTOU EM UM FILHO E INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. ERRO DE TIPO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”.⁸⁶

No caso em concreto, o réu foi acusado pelo Ministério Público de manter conjunção carnal com adolescente de 12 anos de idade. O Relator em seu voto analisou as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto e não somente o critério etário da vítima.

Sendo assim, extraiu-se do referido caso que a vítima e o réu se conheciam há anos e que este era amigo da família da adolescente. Apesar de o namoro entre vítima e réu não ser autorizado pelos pais daquela, ambos mantinham o relacionamento às escondidas e logo após a primeira relação sexual, que foi de forma consentida, a vítima engravidou do réu que passou a auxiliá-la financeiramente.

Ainda, após o nascimento da filha do casal, o réu alugou uma casa onde atualmente residem ele, a vítima e a filha do casal. A vítima continuou mantendo relações sexuais com o réu e frequentando a escola devidamente.

Portanto, restou constatado, no caso *in concreto*, que o ato sexual não causou qualquer espécie de trauma na vítima, e nem teve qualquer

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. TJ-SC. Apelação Criminal. APR - 20130599253 SC 2013.059925-3. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25332437/apelacao-criminal-apr-20130599253-sc-2013059925-3-acordao-tjsc/inteiro-teor-25332438>>. Acesso em 08 nov 2015.

impacto negativo em sua vida e por isso, entendeu o Tribunal, por relativizar a vulnerabilidade da vítima.

O encarceramento do autor do crime de estupro de vulnerável pode gerar consequências terríveis, tais como: comprometer a formação do núcleo familiar e a convivência do autor com o filho, prejudicar o desenvolvimento saudável e psicológico da criança ao crescer sem a presença paterna ou materna, comprometer a vida profissional do acusado e, conseqüentemente, prejudicar no auxílio financeiro que é dado à mãe e à criança.

O autor do delito pode ainda sentir-se intimidado e optar por não fazer o registro do filho em seu nome. O delito em questão pode acabar fomentando a “paternidade irresponsável”⁸⁷.

Além do mais, o art. 226 da Constituição Federal de 1988 preceitua que “a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado”⁸⁸.

O art. 227 da CF/88 dispõe ainda que:

É “dever do Estado, da família e da sociedade, assegurar ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”⁸⁹.

Assim entendeu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. AUSÊNCIA. LESÃO JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA.

[...] Diante de prova robusta da intensa e efetiva constituição de núcleo familiar entre a suposta vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre si e com seus parentes, a adequação formalmente típica da conduta deve ceder espaço à proteção da família. Em um contexto como

⁸⁷ O princípio da paternidade responsável está contido no art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988 e significa responsabilidade. Tal responsabilidade se inicia na concepção e se estende até o momento em que houver necessidade de acompanhamento dos filhos pelos pais.

⁸⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 226. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 227. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

esse, fica evidente a ausência de ofensividade da conduta, de periculosidade social da ação, de reprovabilidade da conduta e, principalmente, a inocorrência de qualquer lesão ao bem juridicamente protegido. RECURSO PROVIDO”⁹⁰.

Tal decisão só reforça a ideia de que a família é o núcleo básico da formação e da estruturação dos sujeitos, devendo, portanto, ser assegurada.

Assim, família “contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a proteção pelo Estado”.⁹¹

Além do mais, a CF/88, em seu art. 226, considera o casamento como instituição principal para a formação de família.

O art. 1517 do Código Civil Brasileiro (CCB) dispõe que: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. A idade de dezesseis anos é referente à idade núbil, momento em que ocorre a capacidade matrimonial.

Ainda, o art. 1520 do CCB diz que: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”.

Cumprido ressaltar que a parte do dispositivo que trata da possibilidade de casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal é inaplicável, em razão da revogação do inciso VII do art. 107 do Código Penal, pela Lei 11.106/2005⁹². O art. 107 do CP estabelece causas extintivas de punibilidade. Conforme inciso VII do referido artigo, o casamento da agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, extinguiu a

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.057402-4. Des. Rel. Roberto Lucas Pacheco. Quarta câmara criminal. Julgamento 20/02/2014. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAEKpiAAT&categoria=acordao>. Acesso em 14 mar 2016.

⁹¹ TARTUCE. Flávio. Direito Civil, v.5 : Direito de Família; - 10 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Capítulo 1. p. 35. *apud* DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4. ed.- São Paulo: RT, 2007. p. 41.

⁹² TARTUCE. Flávio. Direito Civil, v.5 : Direito de Família; - 10 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Capítulo 1. p. 49.

punibilidade do agente. Nota-se que o referido dispositivo ainda se referia aos crimes contra os costumes.

Sendo assim, o casamento não é mais causa de extinção de punibilidade. A título de curiosidade, há quem entenda que a revogação da referida causa extintiva de punibilidade é inconstitucional em razão de a Constituição Federal, em seu art. 226, considerar o casamento como instituição principal para a formação de família, sendo essa a base da sociedade⁹³.

Contudo, a parte final do art. 1.520 do Código Civil ainda se aplica. O referido dispositivo autorizou o casamento de menores de 16 (dezesesseis) anos em caso da gravidez. Para isso, não há necessidade do consentimento dos pais ou dos seus representantes legais, bastando o suprimento judicial.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“As especificidades do caso concreto poderão determinar solução diversa. Verificando o juiz ter havido namoro sério, numa abrangência psicológica de maturidade inequívoca das partes envolvidas, especialmente a incapaz (e isso não é incomum nos dias de hoje) e concorrendo, ainda, a anuência dos pais, poder-se-ia, em tese, reconhecer a atipicidade do fato criminoso, o que justificaria, por consequência, a autorização para casar. Faltaria, nessa linha de inteligência, justa causa para a própria ação penal passível, portanto, de trancamento”⁹⁴.

Ademais, de acordo com o art. 1551 do CCB, o casamento de que resultou gravidez não será passível de anulação.

3.5 Consentimento válido da vítima como causa excludente de tipicidade material

Quando o titular do bem jurídico consente com a prática lesiva, não há motivos para que o direito penal atue, pois “o que se realiza com a vontade do lesionado, não constitui injusto”⁹⁵.

⁹³ TARTUCE. Flávio. Op., cit., p. 50.

⁹⁴ TARTUCE. Flávio. Op., cit., p. 53. *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. VI. Direito de Família.

⁹⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 3. p. 81-82 *apud* ROXIN. Claus. *Derecho penal - Parte*

O consentimento, portanto, quando manifestado pelo titular do bem jurídico é causa de exclusão da tipicidade tendo em vista que a ação de dispor do bem jurídico constitui expressão do seu portador. Não há crime sexual se a vítima consentiu para tal ato, pois seu dissenso (discordância) é o que define o crime de estupro, como já foi dito no primeiro capítulo deste trabalho.

Porém, tal entendimento não se aplica ao delito de estupro de vulnerável, contido no art. 217 – A do Código Penal, pois o consentimento da vítima pode até existir, mas será considerado inválido. Para que se possa falar em exclusão de tipicidade, é necessário, primeiramente, que tal consentimento seja considerado válido.

Para que o consentimento do adolescente seja válido, a vulnerabilidade desse menor de catorze anos deve, primeiramente, ser relativizada, ou seja, o magistrado deve buscar avaliar as particularidades de cada caso e só assim será possível discutir a validade de seu consentimento.

O adolescente que possui capacidade de compreender o sentido ético do seu ato infracional, também possui capacidade de compreender os atos sexuais, por exemplo.

O mesmo entendimento se aplica caso a adolescente, ao manter um relacionamento com outra pessoa, com vínculo de afetividade, vier a engravidar. Não há que se falar, neste caso, em falta de capacidade de compreensão para a prática de relações sexuais.

“A adolescência constitui um fenômeno psicossocial que exige, para sua adequada compreensão, importante elementos de reflexão, na medida em que, desde a perspectiva ora traçada, gera diferentes peculiaridades conforme o ambiente social, econômico e cultural em que o adolescente se desenvolve”.⁹⁶

Portanto, quando se trata de adolescente, cada caso é um caso e ele pode ser capaz de consentir validamente com o ato sexual. Tudo depende da análise pormenorizada de cada situação. Cumpre ressaltar que esse

general. Tomo I. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 511. Tradução livre do autor com base na tradução do espanhol de Roxin.

⁹⁶ STEINMETZ, Wilson. SEGER, Juliano dos Santos. *Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: A relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos*. Rev. direitos fundam. democ., v. 18, n. 18, p. 275-291, jul./dez. 2015. *apud* OUTEIRAL, José. *Adolescer: estudos revisados sobre adolescência*. 2. ed. Tijuca: Revinter, 2003.

entendimento não se aplica à criança por esta ser considerada vulnerável em seu caráter absoluto.

Para melhor compreensão do consentimento da vítima como causa excludente de tipicidade, é necessário abordar, sem a pretensão de esgotar o assunto, o conceito de tipicidade penal, bem como suas classificações.

3.5.1 Tipicidade penal

Para que se possa impor ou proibir condutas sob ameaça de sanção, o legislador deve, obrigatoriamente, valer-se de uma lei, pois não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal⁹⁷.

Conforme dito anteriormente, crime é todo fato típico, antijurídico e culpável. O fato típico é composto pela conduta do agente que pode ser dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva; pelo resultado; pelo nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e pelo tipo. Somente este último elemento, o tipo, será estudado no presente capítulo.

O tipo penal é a descrição precisa do comportamento humano feita pela lei penal⁹⁸. Assim, “O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”.⁹⁹

Em outras palavras, quando a conduta humana se amoldar perfeitamente ao modelo previsto em lei, ocorrerá o tipo penal e, conseqüentemente, o fenômeno da tipicidade.

A tipicidade penal é composta pela tipicidade formal ou legal e pela tipicidade conglobante. A tipicidade formal ou legal surge quando a conduta praticada pelo homem se encaixa perfeitamente à conduta prevista na lei

⁹⁷ BRASIL. Decreto – Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 1º. Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

⁹⁸ GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 22. p. 157 *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. p. 19.

⁹⁹ PAIVA. Rangel Martino de Oliveira. *Princípio da insignificância e atipicidade penal*. Revista Jurídica da FAMINAS – V. 3, N.1. Jan.-Jul. de 2007. p. 95. *apud* ZAFFARONI. Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 1999.

penal, fazendo com que o crime seja consumado. Porém, a tipicidade formal também ocorrerá ainda que o agente não consiga produzir os resultados desejados. Caso em que ocorrerá o crime na modalidade tentada.

A simples adequação típica entre conduta e norma não é suficiente para caracterizar a tipicidade penal. É necessário que haja, também, a tipicidade conglobante.

Para que se possa falar em tipicidade conglobante é necessário dois requisitos: a) que a conduta do agente seja antinormativa, ou seja, contrária à lei penal e b) que haja ofensa a um bem jurídico relevante para o Direito Penal¹⁰⁰. A conduta antinormativa é aquela contrária à norma penal e não fomentada pelo Estado.

O segundo requisito da tipicidade conglobante é chamado de tipicidade material. É pelo critério da tipicidade material que se afere a importância do bem ao caso concreto e se o Direito Penal deve ou não atuar na defesa desses bens jurídicos.

Portanto, o agente que tem conjunção carnal ou pratica atos libidinosos diversos da conjunção carnal com menor de catorze anos possui uma conduta que é típica formalmente, ou seja, seu ato se amolda na descrição imposta pela norma penal e que, também, é antinormativa, pois é contrária à norma.

Porém, o principal objetivo é verificar se a conduta do agente, no caso concreto, também é típica materialmente.

Assim, só haverá fato típico e só será considerado crime a conduta do agente que preencher todos os requisitos da tipicidade penal (tipicidade formal e tipicidade conglobante, que é composta pela conduta antinormativa e pela tipicidade material).

A tipicidade material, portanto, consiste em verificar se a conduta do agente gerou, para o bem jurídico tutelado, uma lesão ou um perigo de lesão grave.

¹⁰⁰ GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 22. p. 161.

A tipicidade formal é regida apenas pelo princípio da legalidade, mas a tipicidade material exige a observância de alguns princípios tais como o da intervenção mínima, da adequação social, da insignificância, da lesividade e da fragmentariedade, por exemplo.

No caso do delito de estupro de vulnerável, só haverá tipicidade material se houver ofensa à dignidade sexual da vítima ainda que a conduta seja formalmente típica. Sendo assim, a ausência de ofensa ao bem jurídico exclui a tipicidade material e, conseqüentemente, exclui o fato típico, um dos elementos necessários do crime.

Sendo assim, nas hipóteses em que a vítima evidenciar maturidade sexual e exercer conscientemente a sua liberdade sexual não há que se falar em consentimento inválido da vítima. Logo, não haveria ofensa à sua dignidade sexual e a conduta se tornaria materialmente atípica.

Para que a conduta do agente seja considerada materialmente atípica, é necessário que o caso concreto apresente todos os requisitos do princípio da insignificância.

Antes da análise de tal princípio, é importante destacar, brevemente, outros princípios do direito penal: o princípio da intervenção mínima e o princípio da adequação social.

O princípio da intervenção mínima é um princípio limitador do poder punitivo do Estado. “O direito penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes¹⁰¹”.

É com base nesse princípio que os bens são selecionados para terem a tutela do direito penal de acordo com sua importância. Para que se estabeleçam quais são os bens mais relevantes, o legislador deve estar atento às mutações da sociedade. De nada adianta o direito penal tutelar bens nos quais a sociedade não clama por proteção.

Conforme assevera Rogério Greco:

O princípio da intervenção mínima atua, “de um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e

¹⁰¹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 5. p. 47. *apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. p. 59-60.

necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico”¹⁰².

Sendo assim, o direito penal deve intervir o menos possível na vida em sociedade e só deve atuar quando os demais ramos do direito não forem capazes de proteger bens considerados de maior importância, levando em consideração o momento em que vive a sociedade.

Conforme André Copetti, “a repressão penal deve ser o último instrumento a ser utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis”¹⁰³.

O princípio da adequação social estabelece que a conduta só será considerada típica se não for socialmente adequada ou reconhecida. Não basta que a conduta esteja descrita no tipo penal, ela deve, também, ser uma conduta socialmente inadequada que contraria as concepções ético-sociais que inspiram uma determinada sociedade¹⁰⁴.

Assim, as condutas consideradas socialmente adequadas afastarão a interferência do Direito Penal e, conseqüentemente, constituirá causa excludente de tipicidade material em razão de o resultado da conduta perder o seu valor por se tratar de um comportamento ajustado à realidade social.

Tal princípio está intimamente ligado ao princípio da intervenção mínima, pois utiliza como critério de seleção de proteção as condutas que são consideradas socialmente inadequadas.

Merece destaque a explicação de Rogério Greco acerca do princípio da adequação social e da sua dupla função:

¹⁰² GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 5. p. 49.

¹⁰³ GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 5. p. 49. *apud* COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. p. 87.

¹⁰⁴ FARIAS. Vanessa de Souza. *O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor*. p. 3. In: Jus Navigandi. Publicado em 06/2014. *apud* PRADO, Luiz Regis. *Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos*. In: Revista dos tribunais, v. 95, n. 844, p. 435-431, fev. 2006, p. 435. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor/3?secure=true>>. Acesso em 06 abr 2016.

“A primeira função é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor. [...] A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade”¹⁰⁵.

É importante ressaltar que o referido princípio não consegue, por si só, revogar tipos penais ainda que a sociedade não considere determinada conduta relevante o suficiente para atrair o olhar do Direito Penal. Somente uma lei poderá revogar outra lei¹⁰⁶.

No entanto, o princípio da adequação social é de suma importância para a interpretação dos tipos penais e não deve ser ignorado pelo magistrado na análise do caso concreto.

Quanto ao delito de estupro de vulnerável, o referido princípio deverá ser levado em consideração, pois é ele que vai dizer se a conduta de ter conjunção carnal ou de praticar atos libidinosos com menor de catorze anos se adequa à realidade social da vítima e do autor do crime. Sendo assim, caso o magistrado se convença de que tal conduta não é considerada inadequada na comunidade em que os sujeitos vivem, poderá afastar a aplicação do crime de estupro de vulnerável por entender que não há tipicidade material já que não há ofensa ao bem jurídico tutelado.

Para verificar se a conduta do agente é socialmente adequada, o magistrado deverá levar em consideração os usos e os costumes da comunidade, bem como investigar o sentimento da população acerca da capacidade de autodeterminação do adolescente na esfera da sexualidade¹⁰⁷.

Cumprido ressaltar que o magistrado também deverá levar em consideração as mudanças sociais e a capacidade da vítima de consentir validamente com a prática de relações sexuais.

¹⁰⁵ GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 7. p. 56.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Art. 2º, *caput*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

¹⁰⁷ FARIAS. Vanessa de Souza. *O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor*. p. 3. In: Jus Navigandi. Publicado em 06/2014.

Finalmente, o estudo do princípio da insignificância, conforme dito anteriormente, reside no segundo requisito de tipicidade conglobante, a tipicidade material. Para que a conduta seja considerada perfeitamente típica, a relevância do bem jurídico violado também deve ser levada em consideração. Não basta que a conduta se amolde perfeitamente ao tipo penal.

É perfeitamente possível que alguém tenha conjunção carnal com menor de catorze anos, mas que, de acordo com as particularidades do caso concreto, tal conduta não configure ofensa ao bem jurídico tutelado que é a dignidade sexual do menor e, por conseguinte, não mereça a atenção do Direito Penal.

Segundo o STF:

“O princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu [...]. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão provocada. Sua aplicação decorre do sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bem jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”¹⁰⁸.

Assim, o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal e tem por finalidade auxiliar o magistrado na interpretação do tipo penal para que possa excluir do âmbito de incidência da lei situações consideradas como de bagatela¹⁰⁹. A intenção do referido princípio é de evitar injustiças e exageros punitivos.

Para melhor compreensão acerca da relação existente entre a tipicidade material e o princípio da insignificância, é importante destacar que:

“[...] a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>>.

¹⁰⁹ GRECO. Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Capítulo 9. p. 65.

ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, de maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito da proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância¹¹⁰.

É necessário, portanto, que ocorra um critério material de seleção do bem a ser protegido. O referido princípio atua como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.

¹¹⁰ PAIVA, Rangel Martino de Oliveira. *Princípio da insignificância e atipicidade penal*. Revista Jurídica da FAMINAS – V. 3, N.1. Jan.-Jul. de 2007. p. 97 *apud* SANGUINÉ. Odone. *Observações sobre o princípio da insignificância*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, v. 3, n.1, p. 36-59. 1990.

CONCLUSÃO

O revogado art. 224 do Código Penal, que previa o delito de presunção de violência, fundou-se em uma ficção jurídica no que tange à idade da vítima, ou seja, a vítima menor de catorze anos de idade era considerada completamente ignorante em relação aos fatos sexuais. Sendo assim, o seu consentimento era considerado inválido, em razão de o adolescente não ter atingido a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações.

O delito de presunção de violência se baseava na violência *ficta*, ou seja, não havia necessidade da presença de grave ameaça ou do emprego de força física, muito menos do dissenso (discordância) da vítima para a prática do ato sexual. Bastava apenas que o legislador tipificasse um delito contendo uma violência presumida, *ficta* em razão de motivos sociais, jurídicos e psicológicos.

Ainda quando o art. 224 estava em vigor, surgiu a discussão acerca da relativização da presunção de violência. De um lado, entendia-se que a presunção de violência era absoluta, ou seja, não se admitia prova em contrário. Tal entendimento retirava do magistrado qualquer possibilidade de valoração da prova, indo contra o princípio do livre convencimento do juiz natural. O principal argumento utilizado foi de que os menores de catorze anos ainda estavam em fase de desenvolvimento, não possuindo, portanto, condições de decidir sobre a sua vida sexual.

Por outro lado, entendia-se que a presunção de violência era relativa, ou seja, admitia-se prova em contrário, permitindo o magistrado exercer o livre convencimento e chegar à verdade real. O principal argumento para a relativização da presunção de violência baseou-se no fato de que nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira. Há fatores culturais, pessoais e até mesmo étnicos que determinam o desenvolvimento de cada indivíduo de forma diferenciada.

A discussão acerca da relativização ou não da presunção de violência permaneceu, inclusive após a revogação do art. 224 do CP pela Lei 12.015/09, no entanto, sob outro viés: antes da discussão era sobre a

relativização da presunção de violência, mas após a introdução do art. 217 – A no CP pela referida Lei, a discussão passou a ser sobre a relativização da vulnerabilidade da vítima. Relativizar a vulnerabilidade da vítima significa verificar, no caso concreto, o grau ou a extensão de vulnerabilidade da vítima. Significa analisar se a vítima, em razão das circunstâncias, possui o discernimento necessário para decidir sobre sua vida sexual sem que essa decisão lhe traga traumas e prejudique o seu desenvolvimento psicológico.

Cumprido ressaltar que a Lei 12.015/09 juntou em um só tipo o delito de estupro e o atentado violento ao pudor de vulneráveis.

O delito de estupro de vulneráveis foi criado com a intenção de proteger a liberdade sexual dos menores de catorze anos e assegurar o seu desenvolvimento físico, psíquico e moral. O legislador sugeriu a ocorrência de coação psicológica em razão da impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado pelo menor de catorze anos.

No entanto, tendo em vista as profundas alterações no comportamento das crianças e dos adolescentes e o início da atividade sexual cada vez mais cedo, não há como negar que cada um possui um grau diferente de vulnerabilidade que deve ser analisado no caso concreto, afinal a educação sexual dos jovens não é a mesma em razão das diferenças sociais e culturais de cada comunidade.

Em comparação com o Estatuto da Criança e do Adolescente, é razoável entender que se o adolescente possui a condição de consentir com sua colocação em família substituta, de poder viajar desacompanhado em todo território nacional e de responder por seus atos infracionais por meio de medida socioeducativa, ele também é capaz de possuir o necessário discernimento para resolver sobre sua vida íntima e sexual.

Outro argumento favorável à relativização da vulnerabilidade da vítima adolescente consiste em uma Lei criada nos Estados Unidos da América, a chamada “Lei Romeu e Julieta”, aplicada aos protagonistas menores de dezoito anos. Esta lei foi inspirada no romance literário de William Shakespeare sobre dois adolescentes: Romeu que possuía 16 anos e Julieta, de 13 anos de idade. A lei estabeleceu que aqueles que possuíssem diferença

de idade igual ou inferior a 5 (cinco) anos, não cometera ato infracional. O entendimento foi de que esses adolescentes estariam em um mesmo momento de descoberta da sexualidade.

Sendo assim, entende-se pela possibilidade de que a “Lei Romeu e Julieta” sirva como orientação ao magistrado na aplicação do art. 217 – A do CP, a fim de evitar que adolescentes respondam pelo ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, ao terem relações sexuais entre si, de forma consentida. A aplicação deste entendimento pode ajudar a promover o bom desenvolvimento sexual do adolescente menor de catorze anos, ou invés de reprimi-lo por meio de medida socioeducativa, por exemplo.

A relativização da vulnerabilidade da vítima adolescente permite que o magistrado se aproxime da realidade e evite injustiças. Isto não significa que o operador do direito deva afastar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas trazer ao caso concreto o equilíbrio entre este princípio e o princípio da liberdade sexual.

O terceiro argumento favorável à relativização da vulnerabilidade da vítima adolescente consiste nos casos em que, em decorrência de um vínculo afetivo e de um relacionamento duradouro entre os protagonistas, resulta gravidez e formação do núcleo familiar.

Para a CF/88, a família é considerada a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

Portanto, nos casos em que ficar comprovado que o ato sexual não casou qualquer espécie de trauma à vítima, tampouco teve qualquer impacto negativo em sua vida e que do relacionamento amoroso resultou gravidez e formação do núcleo familiar, a vulnerabilidade da vítima deve ser relativizada a fim de evitar o encarceramento do autor do crime.

Caso contrário, a condenação do autor do delito poderá causar graves prejuízos, tais como: comprometer a formação do núcleo familiar e a convivência do autor com o filho, prejudicar o desenvolvimento psicológico da criança, comprometer a vida profissional do acusado, prejudicar o auxílio financeiro que é dado à vítima e seu filho e, por fim, a prisão do autor poderá também fomentar a paternidade irresponsável, ou seja, sendo o agente pai da

criança, poderá se negar a registrar o filho em seu nome por sentir-se intimidado.

Afinal, conforme a Constituição Federal, é dever do Estado, da família e da sociedade, assegurar ao adolescente o direito à convivência familiar.

Diante do exposto, é perfeitamente razoável que a conduta formalmente típica do agente ceda espaço à proteção da família, devendo o direito penal ser a *ultima ratio*, ou seja, o último instrumento a ser utilizado pelo Estado.

Por fim, o último argumento trazido no presente trabalho consistiu na aplicação do princípio da insignificância no delito de estupro de vulnerável, a fim de que o consentimento válido da vítima se torne causa excludente de tipicidade material.

O magistrado, ao entender pela relativização da vulnerabilidade e ao considerar o consentimento da vítima adolescente válido, poderá aplicar o princípio da insignificância, em razão da mínima ofensividade da conduta do agente, de nenhuma periculosidade social da ação, do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e da inexpressividade da lesão provocada.

A tipicidade material está intimamente ligada ao referido princípio e consiste em avaliar se houve ou não ofensa ao bem jurídico relevante e se há realmente a necessidade de atuação do Direito Penal.

Ademais, o operador do direito deverá considerar, também, o princípio da adequação social. Portanto, é necessário analisar os usos e os costumes da comunidade em que vivem os protagonistas e se a conduta do agente e da vítima se adequa à realidade social de ambos. É importante investigar o sentimento da população acerca da capacidade de autodeterminação da vítima adolescente na esfera de sua sexualidade para que o magistrado possa verificar a necessidade ou não de se aplicar o art. 217 – A do CP.

Sendo assim, a pesquisadora acredita que os menores de 14 (catorze) anos, por vezes, demonstram capacidade de discernimento e por

isso, seu consentimento para a prática de relações sexuais pode se tornar válido.

Finalmente, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto e nem de apresentar uma solução definitiva do problema, mas de trazer reflexões acerca do tema e de expor os fundamentos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*. In : Revista Consultor Jurídico. 19 de jun de 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jun-19-cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em: 30 set 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública. 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>.

BRASIL. Decreto – Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 217 – A. Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. Exposição de motivos da parte especial do código penal. Dos crimes contra os costumes. n 70. Disponível em <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>.

BRASIL. Lei 8.060, 13 de julho de 1990. Art. 112. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 637390 SP. Agravo regimental no recurso especial 2014/0328319-9. Ministro Ribeiro Dantas. Quinta turma. Dje 18/12/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=presun%E7%E3o+de+violencia+absoluta&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.152.864/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção. DJe 1/4/2014. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54720280&num_registro=201403283199&data=20151218&tipo=91&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88.664- GO (2007/0187687-4). Sexta Turma. Relator Ministro OG Fernandes. Disponível em < <https://www.ibccrim.org.br/noticia/13379-Deciso-do-STJ-afasta-violencia-presumida-em-crimes-sexuais>>.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 51500 GB. Relator Ministro Antônio Nader. Segunda Turma. DJ 23/11/1973. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14639884/habeas-corpus-hc-51500-gb>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.057402-4. Des. Rel. Roberto Lucas Pacheco. Quarta câmara criminal. Julgamento 20/02/2014. Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAEKpiAAT&categoria=acordao>. Acesso em 14 mar 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. TJ-SC. Apelação Criminal. APR - 20130599253 SC 2013.059925-3. Disponível em: < <http://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25332437/apelacao-criminal-apr-20130599253-sc-2013059925-3-acordao-tjsc/inteiro-teor-25332438>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. Processo nº 0008066-58.2011.8.26.0268 (268.01.2011.008066). Publicação em Diário Oficial; Pág. 248. Judicial – 1ª instância – Interior – Parte II. Diário de Justiça do Estado de São Paulo (DJSP) de 26 de Junho de 2013. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55980130/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-ii-26-06-2013-pg-248>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação 0022701-25.2012.8.12.0001. Campo Grande. Rel. Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII. p. 45. Publicado em 31/01/2014. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/65485388/djms-31-01-2014-pg-45>>.

DANTAS. Bruno Macedo. *Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea a do Código Penal*. In: Jus Navigandi. Outubro de 1999. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/1040/estupro-presumido-apontamentos-acerca-da-presuncao-de-violencia-elencada-no-art-224-alinea-a-do-codigo-penal>>.

DE LARA. Maíra Batista. *Vulnerabilidade no art. 217 – A do Código Penal*. p. 391. *A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61-93, set.-out. 2011. Ano 19. Disponível em <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_23.pdf>. Acesso em 16 mar 2016.

Dicionário inFormal. Disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal/>>.

FARIAS. Vanessa de Souza. *O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor*. p. 3. In: Jus Navigandi. Publicado em 06/2014. In: Revista dos tribunais, v. 95, n. 844, p. 435-431, fev. 2006, p. 435. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor/3?secure=true>>. Acesso em 06 abr 2016.

FAVERO. Cintia. *O que é sexualidade?*. In: Infoescola. Disponível em <<http://www.infoescola.com/sexualidade/o-que-e-sexualidade/>>.

FAYET. Fabio Agne. *O delito de estupro*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

FIDELES. Nina. *De Febem a Fundação Casa*. Revista Forum. 27 jun 2012. Disponível em < <http://www.revistaforum.com.br/2012/06/27/de-febem-a-fundacao-casa/>>. Acesso em 18 fev 2016.

GARCIA. Poliana. A relativização casuística da vulnerabilidade etária. In: Revista Jus Navigandi. Junho de 2015. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/40294/a-relativizacao-casuistica-da-vulnerabilidade-etaria>>. Acesso em 23 fev 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21 apud TJSP. Rel. Des. Thomaz Carvalhal. RT 348/81.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial, volume III. – 10 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HOLANDA. Izabele Pessoa. *A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051>. Acesso em 18 fev 2016.

MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. *Violência real e ficta nos crimes contra os costumes*. In: *Jus Navigandi*. Publicado em 11/2002. *apud* MESTIERI. João. *Do delito de estupro*. São Paulo: RT, 1.982. p. 76.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal : parte geral : parte especial. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA. Rangel Martino de Oliveira. *Princípio da insignificância e atipicidade penal*. Revista Jurídica da FAMINAS – V. 3, N.1. Jan.-Jul. de 2007.

PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 2: parte especial, art. 121 a 249. – 9ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Tratamento Jurídico Penal acerca do Art. 224 do Código Penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1700>. Acesso em: 20 set 2015.

RODRIGUES, Alexandra Daniella Noia; ROSA, Victor de Oliveira. A relativização da presunção de violência em delitos sexuais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6311&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 set. 2015.

SARAIVA. João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a romeo and juliet law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. Juizado da infância e juventude. Publicado por Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. n. – 1. (nov. 2003). Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. Disponível em <http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-17.pdf>>. Acesso em 25 fev 2016.

Site Significados: descubra o que significa, conceitos e definições. *Significado de violência. O que é violência.* Disponível em <<http://www.significados.com.br/violencia/>>. Acesso em 03 mar 2016.

STEINMETZ. Wilson. SEGER. Juliano dos Santos. *Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: A relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos.* Rev. direitos fundam. democ., v. 18, n. 18, p. 275-291, jul./dez. 2015.

TARTUCE. Flávio. *Direito Civil, v.5: Direito de Família; - 10 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.*