



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**

**CURSO DE DIREITO**

**MARCELO TOTI TRIFILIO**

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM  
MENORES DE 14 ANOS**

**JUIZ DE FORA - MG**

**2018**

**MARCELO TOTI TRIFILIO**

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM  
MENORES DE 14 ANOS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Esp. Hermes Machado da Fonseca.

**JUIZ DE FORA – MG**

**2018**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

MARCELO TOTTI TRIFILIO

Aluno

A DESCRIMINIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM MENORES DE 14 ANOS.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

### BANCA EXAMINADORA

  
Orientador

  
Membro 1

  
Membro 2

Aprovada em 05 / 07 / 2018.

## **AGRADECIMENTOS**

EBENÉZER! Até aqui nos ajudou o Senhor! Em primeiro lugar agradeço a Deus, o único digno de toda honra e glória, por ter cuidado de mim e me dado forças para estudar ao longo destes 5 anos. Sou grato também à minha mãe por sempre estar ao meu lado em todos os momentos da minha vida. Agradeço à minha esposa por ser uma companheira maravilhosa e amiga, que sempre foi uma mola propulsora para que eu busque os meus sonhos. Agradeço aos amigos que fiz nesta faculdade e ao meu professor e orientador Hermes Machado da Fonseca, o qual teve paciência, zelo e cuidado para me ajudar com sua experiência e conhecimento. A todos, o meu muito obrigado!

## RESUMO

Este trabalho buscou analisar o crime de estupro de vulnerável previsto no Código Penal e a possibilidade de descriminalizar as relações sexuais consentidas pelos menores de 14 anos, sendo realizado com base em doutrinas e jurisprudências acerca do tema. A divergência central sobre o tema está na caracterização da vulnerabilidade da vítima, dividindo juristas e doutrinadores que entendem ser absoluta, enquanto outros admitem prova em contrário, defendendo a relativização da presunção de violência. Os adeptos da presunção relativa apresentam inúmeras teorias para justificarem seus entendimentos, dentre as quais são aqui analisadas a exceção de Romeu e Julieta e a Síndrome de *Munchhausen*. Já os defensores da vulnerabilidade absoluta dos menores de 14 anos pautam seus pensamentos na necessidade de proteção à criança e ao adolescente. No campo jurídico o assunto está momentaneamente pacificado desde 2017 com a edição da súmula 593 do STJ, que entendeu ser irrelevante o consentimento do menor para os atos sexuais, mantendo o posicionamento absolutista da vulnerabilidade. Em contrapartida, no campo doutrinário a discussão permanece latente, motivo pelo qual o tema não tem um termo final. É por este motivo que são estudadas as consequências experimentadas caso sejam descriminalizadas as relações sexuais consentidas com menores de 14 anos.

**Palavras-chave:** Estupro de vulnerável. Presunção relativa. Presunção absoluta. Descriminalização das relações sexuais consentidas. Palavra da vítima.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 A Previsão Legal antes da LEI nº 12.015/09.....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 As mudanças trazidas pela LEI nº 12.015/09.....</b>	<b>13</b>
<b>3 A VULNERABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO.....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 A teoria da presunção relativa.....</b>	<b>18</b>
<b>3.2 A exceção de Romeu e Julieta.....</b>	<b>21</b>
<b>3.3 A Síndrome de <i>Munchhausen</i> nos crimes contra a dignidade sexual.....</b>	<b>23</b>
<b>3.4 A teoria da presunção absoluta.....</b>	<b>24</b>
<b>4 O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM MENORES DE 14 ANOS NO CENÁRIO JURÍDICO- PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....</b>	<b>27</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>32</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de descriminalizar ou não a relação sexual consentida com menores de 14 anos pode ser definida pela capacidade mental do adolescente em se determinar, ou seja, se é capaz de manifestar sua vontade sem vícios. Desta forma, a vulnerabilidade prevista como elemento específico no tipo penal (art. 217-A do Código Penal) deve ser definida pela capacidade mental do menor e não, tão somente, pelo critério biológico.

Para tanto, faz-se necessário uma análise aprofundada da possibilidade desta mudança, através de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Por ser um assunto bastante polêmico e atual, há correntes que se divergem: aqueles que são favoráveis a alteração do critério de vulnerabilidade e os que são totalmente contra, entendendo que o menor de 14 anos, por si só, não tem capacidade para se relacionar sexualmente.

O primeiro capítulo faz uma classificação doutrinária do crime tipificado como estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do CP, buscando explicar o pensamento do legislador ao prevê tal conduta delituosa em dois momentos: antes da lei nº 12.015/09, quando não havia uma previsão autônoma deste crime, sendo apenas uma presunção de violência, enquadrando a conduta no crime de estupro comum; e depois da lei modificadora, que instituiu um tipo penal próprio, onde figura como vítima de estupro o menor de 14 anos. No segundo capítulo, o estudo se concentra na análise do sujeito passivo do crime em tela, qual seja, o menor de 14 anos, descrevendo as teorias existentes acerca da vulnerabilidade com a contraposição dos argumentos de doutrinadores que entendem ser absoluta com aqueles que defendem o reconhecimento da presunção relativa, além da análise jurisprudencial do tema, com apresentação de decisões fundadas nas teorias elencadas. O terceiro capítulo faz um prognóstico dos possíveis impactos de uma relativização da presunção da violência contra menores de 14 anos nos atos sexuais que os envolvam, sobretudo na área jurídico-penitenciária, eis que tal posicionamento geraria a exclusão da tipicidade nos casos em que o menor tiver total discernimento para determinar-se na prática de atos sexuais.

Por fim, este trabalho concluiu que o tema está longe de ter um posicionamento fixo e homogêneo. Isso porque o direito, em todas as suas áreas, regula a vida em sociedade e, por isso, não pode ser engessado a ponto de não acompanhar as mudanças sociais ao longo do tempo. Em consequência disso, o tema continua sendo discutido no campo doutrinário. Já no campo jurisprudencial, atualmente ficou pacificado através de entendimento sumular que a

presunção da violência contra menores de 14 anos para os atos sexuais é absoluta, independente da ocorrência ou não de consentimento, não permitindo que decisões absolutórias sejam proferidas. Entretanto, não se pode concluir que o assunto está findado, daí a importância de se estudar as consequências de uma possível mudança de interpretação, analisando seus pontos positivos e negativos, principalmente sob a ótica jurídico-penitenciária.

## 2 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O crime de estupro de vulnerável está previsto no art. 217-A do Código Penal (CP) vigente. De acordo com o este tipo penal, considera-se crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, conforme *caput* do citado dispositivo, sendo cominada uma pena de reclusão de 8 a 15 anos, havendo ainda formas qualificadas, no caso de resultarem lesões corporais de natureza grave (reclusão de 10 a 20 anos), ou resultar morte (reclusão de 12 a 30 anos), descritas nos §3º e §4º.

O §1º deste artigo prevê ainda que incorre nas mesmas penas quem pratica as condutas descritas no *caput* com alguém que por enfermidade mental ou deficiência, não tem o discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer motivo não puder oferecer resistência. Quanto a matéria deste parágrafo, não há discussões, sendo pacificado o entendimento nas doutrinas e jurisprudências.

Em uma breve classificação deste tipo penal, quando a conduta do agente estiver voltada para a conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão própria, já nas outras situações de atos libidinosos, trata-se de um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, não necessitando possuir alguma característica específica. Quanto ao sujeito ativo, merece atenção a causa de aumento definida no art. 226, II e lembrada por Cunha (2016), afirmando que a pena será majorada de metade se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

O sujeito passivo, peça central deste trabalho, pode ser qualquer pessoa com menos de 14 anos ou, nos outros casos previstos, que não tenha completo discernimento mental para a prática do ato, ou por qualquer outro motivo, não puder oferecer resistência.

O elemento objetivo ou ação nuclear consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Para facilitar a compreensão é possível conceituar estes atos da seguinte maneira:

*Conjunção carnal:* é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher.

*Ato libidinoso:* compreende-se, nesse conceito, outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais como, por exemplo, a cópula oral, anal. (CAPEZ, 2012, p. 100).

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, o agente deve ter a ciência e a vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. É pacificado o entendimento de que o desconhecimento da situação de menoridade de 14 anos por parte do agente, o isenta de pena. Para Cunha (2016, p. 469), “em regra, o erro que conduz o sujeito ativo a desconhecer a vulnerabilidade da vítima o isenta de pena, excluindo o próprio crime, nos termos do art. 20 do CP (erro de tipo)”. Na mesma linha de raciocínio, Capez (2012, p. 102) afirma que “se houver erro de tipo, não haverá a configuração típica, uma vez que nesta o agente desconhece a idade da vítima, ignorando, assim, a existência da elementar típica”.

O crime de estupro de vulnerável se consuma com a prática do ato de libidinagem ou conjunção carnal, sendo admitida a tentativa quando, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Assim como no crime de estupro simples (art. 213), para determinar se o ato se consumou ou foi tentado, é necessário conhecer qual era, de fato, a vontade do agente. Neste sentido, é plenamente possível um agente cometer o crime de estupro de vulnerável na modalidade consumado com apenas um beijo em um menor de 14 anos, se era essa a sua única lascívia.

Este tipo penal está inserido no Título VI que descreve os “crimes contra a dignidade sexual,” sendo este o bem juridicamente protegido nos dispositivos nele contido. A dignidade sexual é uma das espécies da dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, configurando um direito fundamental dos indivíduos. Ingo Sarlet, dissertando sobre o tema, conceitua dignidade como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Dentro do título VI, o crime de estupro de vulnerável aparece no Capítulo II, que trata dos crimes sexuais contra vulnerável. Tal previsão mostra a intenção do legislador em proteger a criança e o adolescente da exploração sexual, delito ferreamente combatido no mundo todo, especialmente devido o tráfico de menores para fins sexuais. Este capítulo é respaldado pela Carta Magna, a qual prevê em seu art. 227, §4º que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

A importância de se conhecer e entender onde está inserido o tipo penal está nas interpretações que podem ser feitas, para melhor compreensão e estudo. É possível realizar uma interpretação sistêmica, eis que as normas não existem isoladas, soltas no direito. De outro modo, é possível realizar uma interpretação teleológica, em que se busca a finalidade da proteção legal, conduzindo o intérprete de forma mais segura. Para o crime de estupro de vulnerável, é possível dizer que a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da sexualidade da pessoa vulnerável (Capítulo II), e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).

## **2.1 A Previsão Legal antes da LEI nº 12.015/09**

A lei nº 12.015/09 trouxe inúmeras alterações ao Código Penal, especialmente no Título VI, objeto de estudo do presente trabalho. Antes desta lei, o ato sexual com vulnerável (considerada assim de acordo com a idade, qual seja, menor de 14 anos), configurava estupro, previsto no art. 213 do CP ou atentado violento ao pudor, tipificado no então art. 214 do CP, mesmo que não houvesse um constrangimento, pois a violência era presumida, conforme previa o art. 224, a do Código Penal. Deste modo, por ficção legal, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos considerava-se que ocorreu constrangimento, pouco importando o consentimento da vítima, uma vez que se entendia que o menor de 14 anos não teria condições de assentir.

A presunção de violência prevista no art. 224 era o ponto central de toda a discussão entre doutrinadores e juristas, se esta presunção era absoluta ou relativa. No início da vigência do Código Penal de 1940, o entendimento predominante era de que, sendo a vítima menor de 14 anos, a presunção seria absoluta, utilizando-se uma interpretação autêntica e teleológica. Entendiam, desta maneira, que pouco importava as condições individuais se, por exemplo, já havia tido relações sexuais anteriores, seria absoluta.

Entretanto, com o passar dos anos, houve uma inclinação ao entendimento de que esta presunção seria relativa, admitindo prova em contrário. Os adeptos a esta corrente entendem que seria possível desvincular o fato incidente ao fato presumido nos casos de erro, em razão do porte físico do menor, na hipótese em que a pessoa supostamente ofendida for prostituta ou ainda quando se demonstre que tinha maturidade e discernimento para autodeterminar-se no campo sexual. Sobre esta mudança de entendimento, Greco (2015, p. 539), escreveu:

A partir da década de 80 do século passado, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224,"a", do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.

Nesta época, a doutrina majoritária entendia ser relativa a presunção da violência, o que influenciou as decisões dos Tribunais neste sentido. Era a posição, por exemplo, de autores como Delmanto, Noronha, Regis Prado, Damásio, Mirabete, Paulo José da Costa Jr., Bitencourt, Fragoso, Alberto Silva Franco, Pierangeli e Marcio Bartoli. Para ilustrar tal corrente, Mirabete (2006, p. 478), leciona:

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado, persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.

Entretanto, tal corrente foi sendo mitigada com o advento da Constituição Federal de 1988. Com a nova Carta Magna, surgiu a grande preocupação em garantir a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Em 1990, foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente que tinha por escopo a proteção dos menores, sobretudo contra a exploração sexual. Foi justamente este viés protetivo que desencadeou o surgimento da nova lei, eis que parte da doutrina discordava categoricamente deste entendimento jurisprudencial. Greco e Capez, por exemplo, alegavam que o critério utilizado pelo legislador ao definir a presunção de violência era objetivo, cuja finalidade era proteger os menores, o que não justificava as decisões dos Tribunais que criavam um novo critério subjetivo, deixando de lado o que a lei penal preconizava para levar em consideração o caso concreto.

Outro ponto de relevante discussão era se o crime de estupro de vulnerável era ou não crimes hediondos, uma vez que o fato de ser um crime de grande repercussão social, havia a celeuma se o tal tipo penal recebia a justa proteção estatal através das sanções previstas. Até a edição da lei 12.015/09, não havia previsão específica na lei de crimes hediondos (lei nº 8.072/90) classificando esta modalidade penal. A lei previa o crime de estupro do art. 213 e suas combinações com o art. 223, o qual trazia formas qualificadas, como hediondos. No que

tange aos crimes cometidos com menores de 14 anos, a referida lei fazia menção em seu art. 9º, o qual dispunha que a pena seria aumentada da metade se cometido contra as pessoas previstas no art. 224 do Código Penal, que previa a situação da vítima menor e aquela que não possuía discernimento mental. Por não estar taxativamente previsto no rol de crimes hediondos do art. 1º da lei 8.072/90, cabia interpretações em sentido de não considerar a hediondez no estupro contra menor de 14 anos. Nesse sentido decidiu a 6ª Turma do STJ no ano de 2009:

*Habeas corpus*. Atentado violento ao pudor, cometido mediante violência presumida. Conduta anterior à Lei 12.015/2009. Afastamento da hediondez. Agravante da reincidência. Constitucionalidade. Roubo circunstanciado. Emprego de arma. Necessidade de apreensão. Afastamento da causa de aumento. 1. A partir do julgamento do *Habeas Corpus* 88.664/GO, houve uma mudança no entendimento da 6ª Turma, para que não mais se considerassem hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei 12.015/09 quando cometidos mediante violência presumida. (STJ, 2009).

Em contrapartida, a 3ª Seção da Corte Superior, com composição mais ampla, entendeu de maneira diversa, em decisão no ano de 2013, interpretando o crime com violência presumida, como é o caso do estupro contra menor de 14 anos, inserido nos delitos hediondos e, portanto, aplicável os ditames da lei 8.072/90, mesmo que anteriores à lei 12.015/09:

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, configuram crimes hediondos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. Embargos de divergência acolhidos a fim de reconhecer a hediondez do crime praticado pelo Embargado. (STJ, 2013).

Atualmente, o posicionamento jurisprudencial é que a presunção é absoluta, não admitindo prova em contrário, motivo pelo qual foram alterados os dispositivos pela citada lei 12.015/09. O entendimento atual é de que se faz necessário uma maior proteção à criança e ao adolescente contra a exploração sexual e a pedofilia e a possibilidade de se flexionar este elemento do tipo penal poderia colocar em xeque todos os esforços em garantir a dignidade sexual dos vulneráveis, assim entendidos.

## 2.2 As mudanças trazidas pela LEI nº 12.015/09

O Título VI da parte especial do Código Penal, onde está inserido o tipo penal em estudo, foi totalmente modificado pela Lei nº 12.015/09, dando a ele as disposições que vigoram atualmente. A primeira alteração foi justamente em seu nome, alterando o disposto “dos crimes contra os costumes” para a atual expressão “dos crimes contra a dignidade sexual”. Ao falar dos costumes, era possível concluir que o Direito Penal estava tutelando a moral média da sociedade, erigindo a categoria de delitos aqueles comportamentos mais graves, que causava reprovação à sociedade. A este respeito Hungria (1983, p. 93) conceituou a expressão costumes como “um vocábulo empregado para significar (sentido restrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, equivale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”. Nota-se que de acordo com a mentalidade da época, os direitos humanos como o direito à vida e à integridade física não eram as prioridades da tutela estatal, os quais eram resguardados de forma indireta pois estavam conectados aos delitos contra os costumes, contra a moral social defendida. Agora, com a nova redação, se verifica que a proteção jurídica foi alterada, não se preocupando mais com o interesse de terceiros, mas sim com a dignidade do indivíduo, com os seus interesses e necessidades de vida, os quais se resumem na dignidade da pessoa humana, eis que todo o ordenamento jurídico deve acompanhar sua norma ápice a qual prevê a proteção aos direitos como um de seus fundamentos.

Quanto aos capítulos alterados no citado título, nos interessa abordar sobre o Capítulo II, no qual encontra-se inserido o crime de estupro de vulnerável. Este capítulo era intitulado “dos crimes de sedução e corrupção de menores”. O delito de sedução já havia sido revogado antes da lei em comento, a qual alterou a rubrica deste capítulo para “dos crimes sexuais contra vulneráveis”, passando a contemplar novos tipos penais, tais como: estupro de vulnerável (CP, art. 217-A); a mediação de menor de 14 anos para satisfação da lascívia de outrem (CP, art. 218, sem nomenclatura legal); satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A); e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (CP, art. 218-B).

O advento desta lei trouxe fim à discussão acerca da presunção de violência no que tange as relações sexuais com menores de 14 anos, eis que o novo tipo penal, previsto no art. 217-A, eleva a conduta de ter conjunção carnal com menor de 14 anos como antijurídica deixando de integrar o art. 213 do CP para configurar um crime autônomo, com sanções próprias, distintas daquele com violência real. Anteriormente, como já mostrado acima, o

intérprete ou órgão julgador utilizava de uma ficção legal do art. 224 para enquadrar o sujeito ativo em uma das penas do art. 213. Concomitante com o *novatio criminis*, ocorreu a revogação do art. 224, não havendo mais o que se falar em presunções relativas de violência, de acordo com a visão do legislador, o qual escreveu na justificacão ao projeto que culminou com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 que:

[...] 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 em 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. (GRECO, 2015, p. 540).

A nova interpretação dada a este tipo penal de que a presunção da violência é absoluta e, portanto, não admite prova em contrário, trouxe uma solução aos juízes para a interpretação da lei, mas não pacificou a discussão entre os doutrinadores. Enquanto Greco (2015) se mostra satisfeito com a nova definição, quando afirma que sempre defendeu a posição de que a presunção da violência é absoluta pois não há critério mais objetivo senão a idade, outros estudiosos mantêm o entendimento da necessidade de se relativizar a violência neste crime. De acordo com Nucci (apud CUNHA, 2016, p. 467-468):

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 tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em

relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 11 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Segundo esta corrente da qual Nucci e Cunha fazem parte, a presunção da violência deve ser relativa quando o indivíduo que pratica qualquer ato libidinoso seja adolescente, de acordo com o que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tal ordenamento, considera-se adolescente a partir dos 12 anos e os menores desta idade são consideradas crianças. Estes doutrinadores entendem que a presunção de violência deve ser absoluta apenas para as crianças. Analisando a sociedade atual, que é aquela em que o Direito está inserido, entende-se ser este o posicionamento mais coerente.

Outra discussão que a lei em comento trouxe solução foi a questão sobre a hediondez do estupro de vulnerável sem violência real, se seria considerado um crime hediondo ou não. Como visto anteriormente, não havia nenhuma previsão no rol de crimes hediondos disciplinadas na lei especial. Para o estupro de vulnerável, a lei 8.072/90 previa uma causa de aumento em seu art. 9º, vinculado às presunções definidas no art. 224 do Código Penal. Porém, a lei 12.015/09 revogou expressamente o art. 224 do CP e, por perda de seu objeto, o art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos foi tacitamente revogado. Nesse sentido, Gonçalves (apud GRECO, 2015, p. 102), esclarece que:

O art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos foi tacitamente revogado, vez que revogado expressamente o art. 224 do Código Penal, ao qual ele se referia. É certo que há semelhança entre a situação de vulnerabilidade, mencionada nos arts. 217-A e 218 e aquelas descritas no revogado art. 224 do Código, mas não se assemelha possível o emprego da analogia no caso - pois seria *in malam partem*. O necessário aumento da pena do roubo, da extorsão e da extorsão mediante sequestro, praticados contra vítimas menores de 14 anos, com doença mental ou que não poderiam oferecer resistência, fica, assim, prejudicado. É a dificuldade da técnica do 'tipo remetido': revogado o artigo mencionado, fica sem aplicação o que o menciona.

Com o novel tipo penal que a lei 12.015 trouxe, elevando a conduta de ter relação sexual com menores de 14 anos a um crime autônomo, era necessário que houvesse uma previsão taxativa no rol de crimes hediondos. E foi isso que aconteceu. Para não haver mais interpretações divergentes, a lei de crimes hediondos recebeu o inciso VI em seu art. 1º, que trata dos crimes considerados hediondos e, portanto, não há mais dúvidas. O crime de estupro

de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal é um crime hediondo e segue as regras prevista na lei especial, no que tange ao processo penal.

Todas as alterações no Código Penal, sobretudo as trazidas pela Lei 12.015/09, são um reflexo dos ditames da Constituição Federal, que cuida dos direitos e garantias individuais e o entendimento era de que havia a necessidade de garantir uma maior proteção aos menores, trazendo o conceito de vulneráveis, com o escopo de erradicar a exploração sexual infantil. Em contrapartida, há aqueles que discordam da previsão, principalmente pelo caráter absoluto da presunção de violência, ou seja, que não admitem prova em contrário, pois estaria na contramão da evolução da sociedade, a qual está marcada por um liberalismo sexual, onde os considerados vulneráveis, muitas das vezes já possuem vida amorosa ativa, de acordo com suas manifestações volitivas, livre de qualquer coação. Como o direito é uma ciência dinâmica, esta não pode se enrijecer a ponto de não acompanhar as modificações comportamentais da sociedade que regula. Tem-se que esta última corrente seja a mais coerente, eis que deve se levar em conta o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o qual preceitua que o Estado só deve intervir por meio do Direito Penal quando os outros ramos do direito não conseguirem reprimir, devendo intervir somente quando imprescindível ou em *ultima ratio*. Uma conduta tida como normal perante a sociedade, sem que haja nenhum tipo de violência ou grave ameaça em que há a vontade do menor de 14 anos, capaz de determinar-se, não é prudente que se eleva essa relação amorosa ao status de violação da norma penal e, assim, movimente toda a máquina pública com investigações, inquéritos e processos sem nenhuma necessidade, ou ainda pior, que deste processo seja proferida uma sentença condenatória para um agente que, na verdade, não lesionou nenhum bem jurídico.

### 3 A VULNERABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO

De acordo com o novo tipo penal trazido pela Lei nº 12.015/09 previsto no art. 217-A do CP, a vulnerabilidade do sujeito passivo é a situação elementar para configuração do crime. Se esta elementar não estiver presente, a conduta será atípica e, portanto, não há violação da norma.

A citada lei trouxe ao arcabouço penal a expressão “vulnerável” em substituição ao estupro presumido, que era a previsão legal acerca das relações sexuais com menores de 14 anos, cujo entendimento do legislador era de que havia presunção de violência quando ocorria conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menores desta faixa etária.

A vulnerabilidade vem do termo em latim *vulnerabilis*, que significa lesão, corte ou ferida exposta, não cicatrizada, feridas com sangramento e com sérios riscos de infecção. Pode ser entendida também como a fragilidade ou a incapacidade de uma pessoa. Segundo o dicionário Aurélio “vulnerabilidade é estar pronto para ser atacado, ser alguém sem defesa, ser fraco”. Em sua obra, Nucci dissertou acerca da vulnerabilidade como:

[...] estado de quem está privado da capacidade de resistência, sujeito à lesão ou despido de proteção. Há variadas formas para alguém se encontrar, em algum momento da vida, vulnerável a algo. No contexto do art. 217-A, trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. (NUCCI, 2016, p. 826).

Neste diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro passou a entender vulnerável o menor de 14 anos e aqueles que por deficiência ou enfermidade mental não possuem o discernimento para decidir sobre seus atos sexuais, sendo considerados os mais fracos os quais não reúnem condições iguais a um cidadão comum. Assim como em outros ramos do direito, há uma preocupação em equilibrar as relações entre as pessoas que se encontram em situações desiguais. No Direito do Trabalho, por exemplo, o legislador se preocupou em editar normas que protegessem o trabalhador, por entender ser o elo mais fraco da relação entre ele e o empregador. A mesma ideia foi utilizada ao determinar a proteção aos vulneráveis, para que pudessem ser preservadas a sua liberdade e dignidade sexual.

Com a nova interpretação dada pela lei supracitada, a vulnerabilidade é absoluta, ou seja, a presunção de violência não admite prova em contrário. Portanto, o entendimento é de

que não há possibilidade de exceções. A conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoas em situação de vulnerabilidade é considerado crime.

Acerca do tema vulnerabilidade, a doutrina desenvolveu várias teorias, dentre elas a presunção relativa e a presunção absoluta, além de posicionamentos do direito alienígena que também são observados pelos doutrinadores brasileiros, as quais serão analisadas adiante.

### **3.1 A teoria da presunção relativa**

A presunção relativa da vulnerabilidade da vítima de 14 anos para os crimes sexuais, durante muito tempo, foi utilizada por juristas na análise de casos levados a julgamento. Tal presunção entende que é admissível prova em contrário para elidir a vulnerabilidade e assim afastar a ilicitude do fato. Serve como prova a comprovada experiência sexual do menor de 14 anos, o desconhecimento da idade do menor, configurando um erro de tipo (art. 20 do Código Penal) ou o comprovado discernimento do menor que apresentou vontade em manter relações sexuais. Estes são alguns exemplos de provas que serviram para formar a convicção dos magistrados e que resultaram em sentenças absolutórias.

Apesar das alterações trazidas pela Lei 12.015/09, que pôs termo na discussão acerca da vulnerabilidade, entendendo ser absoluta, parcela da doutrina continua se posicionando a favor de um estudo do caso concreto e, portanto, admissíveis as provas em contrário. Neste sentido, Estefam (2011, p. 166) escreveu:

[...] entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considera-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se trata de adolescentes (indivíduos com 12 anos completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua 'dignidade sexual').

O nobre autor alega que a vulnerabilidade não pode ter caráter absoluto quando se tratar de adolescente, que de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é aquele que possui 12 anos completos. Para o crime em comento, a presunção relativa da vulnerabilidade seria aplicada na suposta vítima entre 12 e 14 anos. Entende-se que este

posicionamento é relevante, visto que a realidade social deve ser levada em conta ao analisar as condutas que serão erigidas à categoria de crime. Atualmente, inúmeros adolescentes iniciam a vida sexual cada dia mais precoces e com seu total discernimento e vontade. Levar tal situação à apreciação do Direito Penal configura uma violação aos princípios da ofensividade e da intervenção mínima, eis que este ramo do direito deve se preocupar apenas com os fatos que ofenda ou exponha a perigo um bem jurídico. Nucci corrobora este entendimento. Segundo o autor:

[...] o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. 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). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. (NUCCI, 2016, p. 827).

Ao encontro dessa corrente doutrinária relativista, há decisões jurisprudenciais que entenderam ser possível afastar a vulnerabilidade da suposta vítima, culminando em decisões absolutórias. Neste diapasão, o Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI) decidiu em 25 de maio de 2015:

**EMENTA: PENAL PROCESSUAL PENAL À APELAÇÃO CRIMINAL AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CP) À CONDENAÇÃO AO APELO DEFENSIVO À PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE À ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO.** 1. Em que pese a vítima contar à época dos fatos com 13 (treze) anos de idade, a hipótese em concreto, por se tratar de situação especial da vida humana, afasta a maior culpabilidade do apelante e o injusto penal, dificultando o enquadramento típico e demandando a aplicação do princípio da intervenção mínima e do seu correlato princípio da ofensividade. In casu, torna-se razoável a flexibilização da presunção de violência prevista no tipo descrito no art. 217-A do CP, tomando-a por relativa para, assim, admitir como conduta legítima e juridicamente possível que o acusado e até a própria vítima possam produzir prova em contrário, em que se constatou a ausência de violência real e a existência de relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, notadamente diante da notícia de que o casal, desde o início do relacionamento, demonstram interesse em constituir família, além de manterem-se resguardados de qualquer outro relacionamento ao aguardarem, resignados, o desfecho do processo

para firmarem a união, apenas obstados pela preocupação e vigília da família da vítima; 2. Mesmo os fundamentos fáticos apresentados pelo juízo sentenciante não são hábeis para embasar a sua conclusão quanto à falta de discernimento da vítima. Com efeito, o fato de que ela tenha preferido a colheita do seu depoimento sem a presença do acusado não permite concluir, em absoluto, quanto à existência de temor do relacionamento ou de falta de liberdade em expor suas opiniões, até porque ela não negou seus sentimentos e intenções. Pelo contrário, manifestou-se de forma equilibrada e razoável neste sentido, inclusive deixando claro qual a escolha realizada e permanecendo firme no sentido de que seja respeitada, conclusão que, aliás, depreende-se dos autos desde o início do relacionamento, diante da sua insistência no namoro e coabitação, mesmo diante dos obstáculos impostos pela mãe; 3. Recurso conhecido e provido, à maioria, no sentido de que seja mantido o posicionamento firmado pelo TJPI, para que, no caso concreto, seja afastada a presunção absoluta de vulnerabilidade e, diante da constatada ausência de violência real, existência de relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, bem como, em respeito à escolha do casal em constituir família e à maturidade e firmeza da vítima quanto das suas manifestações de vontade, reformando-se a sentença para fins de absolvição, ressalvado o posicionamento do relator. (PIAUI, TJPI, 2015)

Para fundamentar sua decisão em absolver o réu, o Desembargador Pedro de Alcântara da Silva Macêdo afirmou que deve se levar em conta no caso concreto as palavras da vítima, verificando em seu depoimento se houve concordância em praticar os atos com o suposto autor. Em um fragmento de seu voto ele disse:

DA PALAVRA DA VÍTIMA. Sabe-se que nos crimes contra a dignidade sexual, os quais são praticados, em muitos dos casos e inclusive na hipótese, distante da presença de testemunhas oculares e sem deixar vestígios, a palavra da vítima reveste-se de alto valor probante, notadamente quando isenta de má-fé e coerente com as demais provas colhidas nos autos. No caso dos autos, em que pese a vítima contar com 13 anos de idade à época dos fatos e com 14 quando da oitiva judicial, a sua palavra verifica-se firme e isenta de má-fé, encontrando coesão e harmonia com o conjunto probatório, notadamente com o interrogatório e oitivas judiciais de informantes e testemunhas, formando um plexo de provas que caminha no mesmo sentido, traduzindo uma única linha fática e extirpa de dúvidas, de que não houve violência real e de que os atos foram permeados por um relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, que ainda persiste no tempo.

Na mesma linha de interpretação, outros Tribunais mantiveram por muito tempo o entendimento de que, se não ocorresse violência real ou grave ameaça, a presunção da vulnerabilidade seria relativa, admitindo a atipicidade da conduta em caso de concordância da suposta vítima menor de 14 anos. Esse foi o acórdão emanado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em 2015, no julgado que segue:

EMENTA: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. Réu que manteve relações sexuais com vítima menor de catorze anos. Presunção relativa de vulnerabilidade. Demonstração de ciência da vítima quanto aos atos que praticou. Inocorrência de violência ou grave ameaça. Fato atípico. Recurso não provido. (SÃO PAULO, TJSP, 2015).

Mais uma vez o ponto central da decisão foi a manifestação volitiva da suposta vítima, mostrando a preocupação dos magistrados em analisarem o caso concreto e não a letra fria da lei. Em seu voto, o relator Dr. Francisco Bruno não deixou de lado o que preconiza a lei acerca da vulnerabilidade absoluta da vítima, porém salientou a necessidade de analisarem os fatos. Merece atenção o que escreveu o desembargador:

O conjunto probatório é robusto e claríssimo no sentido de indicar que o réu praticou conjunção carnal com a vítima que, há época dos fatos, tinha menos de catorze anos. O legislador considera tratar-se de estado de vulnerabilidade pois, em razão da idade, a vítima não possui o discernimento necessário para a prática do ato (também considerando vulneráveis enfermos e deficientes mentais sem tal discernimento). No entanto, Jéssica, por vontade própria, namorou o réu. Também por autodeterminação, por mais de uma vez, rebelou-se contra a mãe, que era contrária ao namoro e passou a conviver com o réu, na casa da avó deste. Ainda por vontade própria, viajou de Campinas a Recife, tudo no intuito de manter o relacionamento com o réu. Por fim, declarou em Juízo que não só manteve relações sexuais com ele por vontade própria, mas como já não era virgem quando tiveram o relacionamento. Embora haja divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da presunção da vulnerabilidade, se absoluta ou relativa (ou, anteriormente, da violência presumida, no caso do revogado art. 224 do Código Penal), parece-me que este é um exemplo bastante ilustrativo de situação em que menor de 14 anos possui capacidade de compreender e consentir a relação sexual e, portanto, não se encontra em situação de vulnerabilidade.

Admitir a presunção relativa da vulnerabilidade parece ser a medida mais sensata e coerente com as práticas da sociedade moderna. O direito não pode se enrijecer a ponto de não acompanhar as mudanças comportamentais que se tornaram costumeiras. Para tanto, valorar o depoimento pessoal da vítima, sem sombra de dúvidas, é o melhor caminho para se tomar decisões justas, não permitindo que uma possível absolvição cause uma sensação de impunidade.

### **3.2 A exceção de Romeu e Julieta**

A exceção de Romeu e Julieta foi o nome dado a uma espécie de interpretação para determinar a presunção relativa da vulnerabilidade. Ela é baseada em uma lei norte-americana chamada *Romeo and Juliet Law*, que foi inicialmente publicada no estado da Flórida no ano de 2007 e posteriormente foi sendo adotada por outros estados norte-americanos. O texto legal foi inspirado na clássica obra do inglês William Shakespeare, na qual Julieta tinha 13 anos quando

manteve relações amorosas com Romeu que tinha 18, fato esse que, no Brasil, se enquadraria em estupro de vulnerável. O dispositivo da citada lei do direito alienígena prevê que se a diferença de idade entre o autor e a vítima for de até 5 anos e a relação se deu com consentimento, a pena poderá deixar de ser aplicada.

Parcela da doutrina brasileira e até mesmo magistrados passaram a aderir esta corrente, entendendo que a relação amorosa entre um jovem e um adolescente seria uma descoberta sexual das partes, não havendo dolo do maior de 18 anos em explorar sexualmente o adolescente. Seguindo este raciocínio, o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) reformou sentença condenatória no ano de 2017, adotando a exceção de Romeu e Julieta, conforme é apresentado adiante:

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

Novamente o ponto inicial para a formação do juízo de convicção do desembargador foi a análise do caso concreto. Para aqueles que entendem o caráter relativo da presunção da vulnerabilidade os fatos sobrepõem a letra da lei. Ratificando a teoria em estudo que entende que a relação entre duas pessoas em idades próximas seria considerada uma descoberta, o relator do supracitado acórdão encerra seu voto afirmando:

[...] diante de tudo aqui exposto, na hipótese excepcional dos autos, há de se considerar, na verdade, que os protagonistas do fato – dois jovens -, estavam em momento de descoberta da sexualidade e envoltos na efervescência de uma experiência juvenil.

Portanto, o objetivo desta teoria é não permitir que condutas consideradas corriqueiras na sociedade sejam elevadas à categoria de crime e sejam tuteladas pelo Direito Penal, o que acarretaria em decisões injustas e poderia causar traumas no desenvolvimento dos jovens e adolescentes envolvidos nessas relações.

### 3.3 A Síndrome de *Munchhausen* nos crimes contra a dignidade sexual

Conforme foi apresentado, a presunção relativa da vulnerabilidade leva em conta o discernimento da vítima e, para tanto, a palavra da vítima recebe um tratamento determinante para caracterizar a ocorrência ou não do crime sexual contra vulnerável. Porém, existe uma corrente que mitiga a importância da palavra da vítima, pois se não houver um conjunto probatório robusto, podem ocorrer condenações de pessoas inocentes, visto que a vítima pode errar. Os adeptos desta teoria alegam que crianças e adolescentes podem ser acometidas de um transtorno psicológico denominado Síndrome de *Munchhausen*, que pode se iniciar aos 5 anos de idade e perdura, mais frequentemente, até os 21 anos de idade. Em suma, esta síndrome recebeu este nome em referência a Karl Friedrich Hieronymus von Munchhausen (1720-1797), um barão conhecido pelas mentiras que contava. É daí que surge o reconhecimento desta síndrome, também chamada de transtorno da mentira que é assim conceituada:

A síndrome de Munchhausen é, portanto, uma doença psiquiátrica em que o paciente, de forma compulsiva e deliberada, inventa, simula ou causa sintomas de doenças sem que haja uma vantagem óbvia para tal atitude que não a de obter cuidados médicos e de enfermagem. Meadow, em 1977, observou que alguns pais adotavam a mesma postura, porém utilizavam crianças para atingir aquele objetivo. Foi, então, acrescentado o termo “por transferência” (ou “por procuração” ou “by proxy”) ao nome da síndrome, quando o mentiroso não é o próprio paciente, mas um parente, quase sempre a mãe (85% a 95%), que persistente ou intermitentemente produz (inventa, simula ou provoca), de forma intencional, sintomas em seu filho, fazendo com que seja considerado doente, podendo eventualmente causar-lhe uma doença, colocando-o em risco e em situação que requeira investigação e tratamento. (CARDOSO, HIRSCHHEIMER, 2011, p. 63).

Por este conceito verifica-se que a vítima pode fantasiar uma situação que não ocorreu de fato. Estas mentiras podem ainda ser introduzidas na mente do menor através dos pais, por querer uma condenação do acusado, chamada de síndrome por transferência. Os defensores desta teoria, portanto, alertam que a palavra da vítima não pode ser isolada, eis que poderá conduzir a uma condenação de um acusado pautado apenas em fantasias oriundas de um transtorno psicológico da suposta vítima.

### 3.4 A teoria da presunção absoluta

A presunção absoluta da vulnerabilidade do sujeito passivo menor de 14 anos é a teoria adotada pelo legislador ao prever o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, através da Lei 12.015/09 que alterou todo o título do arcabouço penal que tutela os chamados crimes sexuais. A nova redação do tipo penal foi comemorada pela parcela da doutrina que defende a presunção absoluta. Sobre o tema, Greco (2016, p. 587) opinou:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.

De acordo com o ilustre doutrinador, a expressão vulnerável foi empregada para identificar a fragilidade da vítima e por isso merecem uma maior reprimenda do Estado aqueles que atentam contra a dignidade sexual dos menores. No mesmo raciocínio, Capez (2012) explica que o menor de 14 anos de idade, por sua imaturidade, não pode validamente consentir na prática de conjunções carnis ou outros atos libidinosos.

Para os defensores desta teoria, o objetivo de se asseverar a conduta de ter conjunção carnal com menor de 14 anos é garantir o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, na tentativa de erradicar a exploração sexual infantil.

Divergindo das jurisprudências apresentadas no título anterior, em que o caso concreto foi sempre levado em conta, sobrepondo a própria lei, muitos Tribunais mantiveram uma interpretação autêntica do texto legal, aplicando o art. 217-A do CP, sem se ater ao fato de ter havido ou não consentimento por parte da vítima. Foi assim que decidiu o Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), em 2015, conforme abaixo:

EMENTA: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE. REGRA GERAL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. No crime de estupro de vulnerável a regra é a presunção legal e absoluta de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, de modo que o relacionamento amoroso da adolescente ou mesmo o fato de a ofendida

já ter mantido relações sexuais não tem relevância jurídico-penal, salvo em circunstâncias excepcionalíssimas, a ser apurada segundo as singularidades do caso concreto. (RONDÔNIA, TJRO, 2015).

No julgado em questão, o relator votou pela absolvição do acusado, entendendo que o consentimento da vítima é suficiente para retirar o caráter ilícito da conduta, o que mostra que tal magistrado é adepto à teoria relativista da vulnerabilidade. Porém, teve seu voto vencido pelos outros desembargadores que compõem a câmara criminal, os quais fundamentam suas decisões no caráter absoluto da vulnerabilidade. Vale destacar o que disse a desembargadora Ivanira Feitosa Borges em seu voto:

[...] ocorre que, para mim, somente é possível afastar a presunção legal de vulnerabilidade quando presentes circunstâncias excepcionalíssimas, o que não observo no caso concreto, em especial pelo fato de o relacionamento amoroso ocorrer de forma clandestina, sem o consentimento da mãe da vítima, fato que agrava a reprovabilidade da conduta do apelante, bem como pelo fato da ofendida ser virgem quando do relacionamento sexual do acusado. Assim, diante das peculiaridades deste caso concreto, entendo que o consentimento da vítima para o ato passa a ser irrelevante, devendo prevalecer o posicionamento majoritário do STJ e STF acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade.

Conforme lembrou a citada desembargadora, os Tribunais Superiores sempre mantiveram o posicionamento majoritário de considerar o caráter absoluto da vulnerabilidade dos menores de 14 anos. Antes mesmo da lei 12.015/09 que encerrou o debate (pelo menos na previsão legal) e definiu a presunção absoluta da vulnerabilidade, as instâncias superiores sempre adotaram esta postura, por entender a necessidade de garantir proteção aos imaturos de atos que pudessem afetar no futuro o seu desenvolvimento como indivíduos pertencentes a uma sociedade. Em julgamento de Recurso Especial acerca da matéria em estudo, o Ministro Rogério Schietti Cruz, em 2015, demonstrou a importância de se preservar a dignidade sexual dos vulneráveis ao escrever:

De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. (BRASIL, STJ, 2015).

O recurso em comento seguiu o rito de Recurso Especial Repetitivo, com fulcro no art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC), haja vista a multiplicidade de matérias idênticas que aportavam nos Tribunais Superiores. Como o entendimento dominante sempre foi por considerar o caráter absoluto da vulnerabilidade, assentou-se uma tese que serviria de orientação aos Tribunais sempre que estivessem de frente a casos análogos. A tese em questão serviu de mola propulsora para que o Superior Tribunal de Justiça editasse em 2017 o entendimento sumular de nº 593, que prevê:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, STJ, 2017).

Com a edição desta súmula, o entendimento dos Tribunais, a partir de agora, está pacificado em considerar a presunção da vulnerabilidade absoluta, não abrindo exceções quanto à possibilidade de consentimento da vítima. Entre aqueles que entendem ser necessário valorar o discernimento do menor de 14 anos e a realidade dos fatos, posicionamento homogêneo das autoridades judiciárias não põe fim à discussão.

Entende-se que este não é o melhor caminho, pois aumentam-se as chances de alcançar um veredito injusto, ou seja, punir aquele que não lesionou um bem jurídico, uma vez que a vítima consentiu e tinha pleno discernimento para anuir os atos sexuais. A preocupação dos adeptos à teoria absolutista em asseverar a interpretação visando uma maior proteção às crianças e adolescentes não está de todo errada, eis que o desenvolvimento de um país passa pela preocupação em garantir a dignidade da pessoa humana na qual está inserida a dignidade sexual. Entretanto, o Direito não pode parar no tempo e considerar crime aquilo que se torna costumeiro na sociedade.

#### **4 O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM MENORES DE 14 ANOS NO CENÁRIO JURÍDICO-PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Atualmente, um dos graves problemas enfrentados pelo Brasil é a superlotação do seu sistema penitenciário e a busca por soluções é uma constante de todos os governantes do país. Outra situação adversa a ser solucionada é o grande número de processos tramitando nas Varas e Tribunais de Justiça, que impedem desfechos céleres de casos levados à justiça e, muitas das vezes, nem recebem a tutela jurisdicional, uma vez que o lapso temporal em muitos casos leva à prescrição da pretensão punitiva do Estado, impedindo que sejam apenados aqueles que cometeram crimes.

Só para se ter uma ideia da situação caótica, de acordo com os últimos dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) em 8 de dezembro de 2017, o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016, superando a Rússia e se tornando o 3º país com maior população prisional do mundo, atrás apenas de Estados Unidos e China. Conforme relatório do Infopen, 89% dessa população carcerária estão em unidades superlotadas.

Ciente dessa crítica situação, não parece sensato condenar pessoas que mantiveram relações sexuais consentidas com menores de 14 anos a cumprirem pena nestas prisões. Isto porque, de acordo com a teoria da pena adotada pelo Brasil, qual seja a teoria mista, a pena tem um viés retributivo ao condenado pela realização de um delito e um caráter preventivo, evitando que novos delitos ocorram através da reeducação e ressocialização do detento. Surge então uma lesão ao princípio da proporcionalidade, eis que considerar esse ato sexual voluntário um estupro de vulnerável apenado com reclusão, fará este autor cumprir pena em uma unidade prisional, como forma de retribuição pelo seu ato, que socialmente não possui reprovação. No que tange ao caráter preventivo, não parece cabível neste caso, pois não parece correto dizer que este condenado necessitaria de uma ressocialização para retornar ao convívio com as pessoas.

Na hipótese de uma condenação pelo crime de estupro de vulnerável e um cumprimento de pena em penitenciária pelo maior de 18 anos que manteve relações sexuais consentidas com menor de 14 anos, incurso na pena do art. 217-A do Código Penal, é possível analisar os pontos negativos que serão experimentados por este condenado. O primeiro deles é

a situação precária e desumana das unidades prisionais, que acarretam inúmeros problemas de saúde. Neste contexto, Bitencourt (2011, p. 166) disserta:

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos.

Além das doenças físicas que podem acometer o condenado, há também as doenças psicológicas, como a depressão, que poderá destruir para sempre a vida desta pessoa, eis que o motivo de sua estadia neste local não lhe pareceu ilícito.

Outra condição perigosa a ser enfrentada por este condenado será o convívio com os outros reclusos. Infelizmente, as penitenciárias tem funcionado como verdadeiras escolas do crime e os indivíduos ao ingressarem nas unidades são obrigados a seguirem regras daqueles criminosos que pertencem a organizações. Segundo Bitencourt (2011, p. 186):

A influência do código do recluso é tão grande que propicia aos internos mais controle sobre a comunidade penitenciária que as próprias autoridades. Os reclusos aprendem, dentro da prisão, que a adaptação às expectativas de comportamento do preso é tão importante para seu bem-estar quanto a obediência às regras de controle impostas pelas autoridades.

No mesmo sentido, o procurador Eugênio Pacelli de Oliveira, que foi relator da comissão responsável pelo projeto de lei do novo Código de Processo Penal, afirmou em entrevista à Débora Zampier (2011) da Agência Brasil que muitas vezes a prisão produz o próximo problema. Colocar uma pessoa que não tem nenhum histórico presa é algo muito complicado, pois a prisão é um ambiente de violência, e isso afeta as pessoas.

Portanto, o problema do abarrotado sistema penitenciário que não cumpre a sua função de ressocializar o recluso e, pelo contrário, faz muitos saírem prontos para delinquirem, mostra-se uma medida negativa a de condenar uma pessoa que tenha mantido relações amorosas consentidas com menores de 14 anos, eis que poderá, de fato, transformá-la em um criminoso em potencial, imbuído de revolta por ter cumprido pena por algo que com certeza não lesou ninguém. Além de evitar o surgimento de um delinquente, a não condenação contribuirá para

que a população prisional não aumente, grave problema que ainda não foi encontrada solução eficaz.

O segundo ponto a ser analisado é o sistema jurídico brasileiro. É de sabença geral que a justiça do país é vagarosa, com milhões de processos em tramitação, o que dificultam desfechos céleres e faz multiplicar na sociedade o sentimento de impunidade em muitos casos. Desta realidade, verifica-se que o princípio constitucional da celeridade processual não tem sido observado, retirando a credibilidade do Poder Judiciário. Para ilustrar, dados do Conselho Nacional de Justiça através do relatório “Justiça em Números” (CNJ, 2016) apontam que o ano de 2015 encerrou com quase 74 milhões de processos em tramitação e, deste total, 70% dos feitos não obtiveram decisões definitivas. Para melhor compreensão, em 100 processos levados a juízo, apenas 30 tiveram sentenças.

Neste cenário de sobrecarga do judiciário, em que se buscam soluções para diminuir os processos em trâmite, não parece correto levar ao conhecimento do magistrado estas relações sexuais com menores de 14 anos que ocorreram através de consentimento, sem qualquer tipo de violência ou grave ameaça. Vale salientar que tal medida está sendo defendida naqueles casos que envolvam adolescentes, ou seja, aqueles que estão na faixa etária entre 12 e 14 anos, os quais são a maioria dos casos, mantendo-se a tutela do Direito Penal apenas naqueles fatos que envolvam crianças que, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, são aquelas menores de 12 anos.

Sem sombra de dúvidas, se tais atos sexuais não forem considerados crimes, haverá um impacto positivo no judiciário, uma vez que deixarão de tramitar inúmeros processos com este mérito nas Varas Criminais de todo país. Este impacto poderá ser sentido ainda em outros órgãos de defesa social, tais como as polícias civil e militar. Isto porque não haverá registros de boletins de ocorrência relatando que ocorreu um crime de estupro de vulnerável, tampouco ocorrerá a persecução criminal em suas duas fases: a pré-processual que envolve a polícia civil através de inquérito e investigação policial; e a processual, que se resume na ação penal que seria proposta pelo Ministério Público. Deixar de movimentar toda a máquina pública com este tipo de crime, assim considerado, o qual não lesou nenhum bem jurídico, finalidade do Direito Penal, significa direcionar todos esses esforços para outros crimes que de fato merecem uma sanção penal.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo apresentado concluiu que, com o advento da Lei nº 12.015/09, o legislador manifestou o entendimento de que a presunção da vulnerabilidade dos menores de 14 anos é absoluta, ao criar o tipo penal estupro de vulnerável previsto no art.217-A do Código Penal, no qual considera crime o simples fato de ter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menores desta idade, não necessitando da ocorrência de violência real para configurar o ilícito.

Apesar da previsão legal, parcela majoritária da doutrina continuou entendendo que se deve relativizar esta presunção, ou seja, cada caso deve ser analisado e, se houver consentimento da vítima e total discernimento para validar sua vontade, deve-se afastar a tipicidade da conduta. Ao encontro desta corrente, houveram várias decisões jurisprudenciais que decidiram por absolver o réu, valorando o consentimento da vítima em patamar superior à previsão da lei.

No entanto, os Tribunais Superiores sempre mantiveram o entendimento pacífico de que a presunção da vulnerabilidade é absoluta, como forma de garantir a proteção das crianças e adolescentes contra a exploração sexual infantil. Neste diapasão, proferiram entendimento sumular em 2017 de que o consentimento da vítima é irrelevante nestes casos, orientando todos os órgãos judiciários a entender desta maneira.

Porém, como foi visto, manter o direito enrijecido com comandos de caráter absoluto é retroagir no tempo. Em apertadas palavras, o direito é a ciência que regula as condutas dos indivíduos em uma sociedade. Desta forma, ele é dinâmico, pois precisa acompanhar as modificações dos comportamentos sociais ao longo dos anos. É de conhecimento geral que os jovens e adolescentes estão cada dia mais precoces no que tange ao início da vida sexual e, apesar das opiniões contrárias a isso, já é considerado normal na sociedade. Além do mais, estas relações ocorrem de maneira voluntária, sem importunações violentas. Manter estas relações vedadas com o crivo do Direito Penal é ferir os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, além da possibilidade de gerar problemas muitos maiores como traumas e revoltas tanto naquele considerado autor como na suposta vítima.

Portanto, seguindo a posição majoritária, o mais coerente seria garantir a possibilidade de provar em contrário a presunção da vulnerabilidade nas relações que envolvam adolescentes, quais sejam aqueles que se encontram na faixa etária entre os 12 e 14 anos, pois na sociedade

atual, estes indivíduos já possuem discernimento completo para decidirem se querem ou não uma relação sexual. O critério objetivo, ou seja, a presunção absoluta deve ser mantida para as crianças, que são aquelas menores de 12 anos, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, mantem-se a proteção da infância contra as explorações sexuais, conforme preocupação das Cortes Superiores, sem que o direito, o qual tem o escopo de buscar justiça, alcance injustiças com normas rígidas que não refletem a realidade da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão** - Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT)>. Acesso em: 02 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 1480881/PI, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/100235883/stj-17-09-2015-pg-5990>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 593. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

CARDOSO, Antônio Carlos Alves; HIRSCHHEIMER, Mário Roberto. **Síndrome de Munchausen por transferência**. Brasília: Ideal, 2011. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/manual%20atendimento%20crianca%20a%20adolescente.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial 3**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOIÁS. **Tribunal de Justiça de Goiás**. Apelação criminal nº 03471174020138090095, Relator: Des. Leandro Crispim, Data de Julgamento: 02/05/2017, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ 2316 de 27/07/2017. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485225885/apelacao-criminal-apr-3471174020138090095>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015. v. 3.

HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 8.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Nos crimes contra a dignidade sexual, especialmente de pessoas vulneráveis, a palavra da vítima ganha destaque. Mas, isso é bom?**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5393, 7 abr. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65206>>. Acesso em: 1 maio 2018.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 8.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIAUI. **Tribunal de Justiça de Piauí**. Apelação criminal nº 00006100220128180056 PI 201400010089915, Relator: Des. José Francisco Nascimento, Data de Julgamento: 13/05/2015, Câmara Criminal, Data de publicação: 25/05/2015. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292184932/apelacao-criminal-apr-5749120118180056-pi-201400010077780>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

RONDÔNIA. **Tribunal de Justiça de Rondônia**. Apelação criminal nº 00005915320138220701 RO 0000591-53.2013.822.0701, Data de Julgamento: 31/03/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 16/04/2015. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295406201/apelacao-apl-5915320138220701-ro-0000591-5320138220701>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação criminal nº 00054615420098260125 SP 0005461-54.2009.8.26.0125, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 10/09/2015, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/09/2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233397279/apelacao-apl-54615420098260125-sp-0005461-5420098260125>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAMPIER, Débora. **Nova Lei da Prisão Preventiva deve soltar milhares de presos que ainda não foram julgados**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-07-03/nova-lei-da-prisao-preventiva-deve-soltar-milhares-de-presos-que-ainda-nao-foram-julgados>>. Acesso em: 02 abr. 2018.