

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ana Luíza Silva Santos

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO
NAS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES**

SANTA RITA

2023

ANA LUÍZA SILVA SANTOS

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO
NAS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Clara
Montenegro Fonseca.

SANTA RITA

2023

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S237r Santos, Ana Luíza Silva.

Relativização da vulnerabilidade etária no crime de estupro nas decisões das cortes superiores / Ana Luíza Silva Santos. - Santa Rita, 2023.
79 f. : il.

Orientação: Ana Clara Montenegro Fonseca.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Estupro. 2. Vulnerabilidade etária. 3. Relativização da violência sexual. 4. Distinguishing. I. Fonseca, Ana Clara Montenegro. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



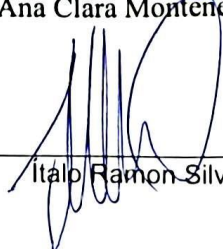
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao vigésimo sétimo dia do mês de Outubro do ano de dois mil e vinte três, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “Relativização da vulnerabilidade etária no crime de estupro nas decisões das cortes superiores”, sob orientação do(a) professor(a) Ana Clara Montenegro Fonseca que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à Aprovação, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Ana Luíza Silva Santos com base na média final de 10,0 (dez). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Ana Clara Montenegro Fonseca



Italo Ramon Silva Oliveira



Werna Karenina Marques Souza

*“Sou como a haste fina
Que qualquer brisa verga
Mas nenhuma espada corta”*

(Trecho da canção Carta de Amor: Maria Bethania e Paulo Cezar Pinheiro).

AGRADECIMENTOS

Neste findo momento da minha graduação, deparo-me com, quiçá, a parte mais importante dessa conclusão: o agradecer. O ingrato tem memória curta, mas aqui tentarei me curvar a todos que deixaram um pouco de si nessa minha jornada. Porém, antes de tudo e de todos, minha maior gratidão se curva à Deus e toda a completude que o rodeia, os meus espíritos amigos, sábios e benevolentes, São Jorge Guerreiro, que me sustentaram na fé, na perseverança e me auxiliaram a converter as angústias em adubo que me favoreceram as árduas tarefas. Sem essa generosidade divina e espiritual nada sou e nada haveria de ter sido.

Agradeço aos meus pais, Telma e Gilton, pelo infinito amor, por tamanha dedicação, o compromisso inenarrável com a minha educação, pelas tantas abdições que fizeram em meu nome, e, acima de tudo, pela credibilidade depositada em mim. Vocês são o meu exemplo de figura divina mais próxima com a qual tive contato, meu exemplo de dignidade, de caráter e honestidade. Obrigada pelo voo e pela confiança em sua criação. Devo tudo isso a vocês! Os amarei até o céu.

Não poderia deixar de mencionar toda a minha família, a minha prima/irmã Emilly que tanto me sustentou em escutas, em conselhos, em tamanha cumplicidade e incentivo. Às minhas avós Ana Maria e Maria, o meu mais sincero agradecimento pelos joelhos tanto vezes colocados ao chão para bradar orações destinadas a mim e às minhas conquistas. Às minhas tias Celi, Lusimar, minha dinda Vanda, gratidão pelo amor desde o meu nascimento, o cuidado e a torcida constante. Às minhas tias Kátia, Gerusa, obrigada pela presença durante a minha infância, o carinho que sempre tiveram comigo e com a minha família e o encorajamento nessa caminhada.

Agora, para uma forasteira vinda de terras baianas aportar no desconhecido paraibano, não teria sobrevivido se não fosse o povo tão acolhedor e amável com o qual tive o privilégio de conviver. Foram verdadeiras figuras divinas dispostas a deixar o fardo mais leve e menos angustiante.

O meu muito obrigada a todos que conheci em Guarabira, quando iniciei a vida acadêmica na UEPB, Campus III, às pessoas que dividi moradia, que me abrigaram ainda que inicialmente em seus corações, Valquíria, Sil, Lucrécia, Iremar, Sabrina, João Vitor, Paulinha e, em especial, Cássio, que pela lei natural dos encontros deixou um tanto de entrega e simplicidade nos nossos anos de convivência, que tantas vezes

me emprestou o coração, o braço e o colo. Graças a Deus nos tornamos partes integrantes um do outro na amizade.

Imensa gratidão também aos que integraram a minha caminhada em João Pessoa, quando transferi o curso para a UFPB e que me fortaleceram e encorajaram a enfrentar, mais uma vez, o desconhecido. Agradeço em especial à Jucilene e Izadora por dilatarmos o sentido da amizade, em que, diariamente, me agradam com a sorte de uma intimidade, de uma conversa descontraída, de uma escuta, companheirismo, de pertencimento a um lar. As guardarei sempre comigo.

À Rômulo, o chefe que virou um amigo, o meu socorro, que tanto me oportunizou em experiências de trabalho e espaço na advocacia, a minha incomparável gratidão por tanto cuidado, compreensão, companheirismo e fidelidade, por me reconhecer nesse espaço-tempo e me agradecer com a possibilidade de crescimento.

À professora Ana Clara Montenegro, minha orientadora, agradeço pela generosidade dos ensinamentos, de passar adiante o seu conhecimento e nos contemplar com o tão vasto e encantador mundo do Direito Penal.

No mais, aos incontáveis com os quais o caminho cruzei, obrigada pelo aprendizado e pela experiência vivida. Todos, sem sobra de dúvidas, compuseram a amalgama que hoje sou e o combustível que me fez atracar onde hoje me deparo com tantas conquistas, aprendizados e amadurecimento.

Minha incansável e eterna gratidão!

RESUMO

A Lei 12.015/2009 inaugurou uma nova perspectiva de tutela no Código Penal com a alteração da nomenclatura do Título VI do citado *codex*, que anteriormente previa os crimes contra os costumes passando a direcionar os crimes contra a dignidade sexual e, também, com a inserção da figura típica do estupro de vulnerável, prevista no atual art. 217-A. Posteriormente, em 2017 e 2018, respectivamente, a edição da Súmula 593 do STJ e a complementação do art. 217-A com a inclusão do §5º, reforçaram a inquietação do legislador constituinte com a relevância da temática. Tais atualizações aportaram como um marco protetivo da dignidade humana e dignidade sexual do público menor de 14 (quatorze) anos, uma preocupação com um desenvolvimento normal de sua personalidade, e, principalmente, preocupação com uma iniciação sexual saudável, sem precipitar riscos imprevisíveis que possam acometer esses destinatários. Todavia, mesmo diante de uma política mais repressiva e proibicionista, em 2021 o STJ afastou a ocorrência do crime de estupro de vulnerável alegando excepcionalidade do caso concreto, utilizando a técnica da *distinguishing*, em vista de critérios balizados casuisticamente como a eventual existência de filho oriundo da relação, a manutenção do relacionamento amoroso, o consentimento da vítima e, principalmente, a proteção constitucional da unidade familiar. Nessa linha, o presente trabalho tem como proposta analisar como vem sendo sopesados os argumentos dos recentes casos levados à apreciação no Plenário da Corte Cidadã e a problemática da exclusão do crime, sua tratativa como atipicidade material, vinculando-se à compreensão *contra legem* adotada pelo tribunal e, conseqüentemente, a inobservância dos direitos das crianças e adolescentes. Para alcançar esse objetivo, a pesquisa foi delimitada entre os anos de 2021 a 2023, a qual foi pautada na análise dos julgados e, sobretudo, os fundamentos hermenêuticos utilizados. Para tanto, valeu-se da pesquisa exploratória, cujo propósito será balizado por meio de procedimentos de análise bibliográfica e documental. Nessa perspectiva, no primeiro capítulo intentou-se compreender a abordagem das diferentes vertentes que rodeiam a temática e o debate atual de manutenção da presunção de violência. No segundo, fez-se um estudo acerca da vulnerabilidade dos menores de 14 quatorze anos, a partir da compreensão da *innocentia consilli*, e a tutela do bem jurídico dignidade sexual. Por fim, o terceiro capítulo tratou da problemática da exclusão do crime na perspectiva da atipicidade material e um recorte de gênero nos crimes de natureza sexual. Como resultado da investigação, verificou-se o caráter antinormativo e a incompatibilidade finalista dos julgados recentes com a tese já fixada pelas alterações legislativas.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerabilidade etária. Relativização da violência sexual. *Distinguishing*.

ABSTRACT

The Law 12.015/2009 opened a new perspective of guardianship in the Penal Code with the amendment of the nomenclature of Title VI of the aforementioned *codex*, which previously provided for crimes against customs and went to direct the crimes to sexual dignity and, also, with the insertion of the typical figure of the rape of vulnerable, provided in the current art. 217-A. Subsequently, in 2017 and 2018, respectively, the edition of the STJ Summary 593 and the supplementation of art.217-A with the inclusion of §5th, strengthened the constituent legislator's concern with the relevance of the topic. Such updates have contributed as a protective milestone of human dignity and sexual dignity of the public under 14 (fourteen) years, a concern with a normal development of their personality, and, above all, concern for a healthy sexual initiation, without precipitating unpredictable risks that may incur these recipients. However, even in the face of a more repressive and prohibitionist policy, in 2021 the STJ removed the occurrence of the crime of rape of vulnerable alleging the exceptionality of the particular case, using the technique of distinguishing, in view of case-specific criteria such as the possible existence of a child from the relationship, the maintenance of the love relationship, consent of the victim and, above all, the constitutional protection of the family unit. In this line, the present work has as its proposal to analyze how the arguments of the recent cases brought for consideration in the Plenary of the Citizen Court and the problem of the exclusion of crime, its treatment as material atypics, linking to the understanding against *legem* adopted by the court and, consequently, the non-observance of the rights of children and adolescents. To this goal, the research was delimited between the years 2021 to 2023, which was indicated in the analysis of the judges and, above all, the hermeneutic foundations used. For this, it has used exploratory research, whose purpose will be marked by means of bibliographic and documentary analysis procedures. In this perspective, the first chapter attempted to understand the approach of the different aspects surrounding the topic and the current debate on the presumption of violence. In the second, a study was done on the vulnerability of minors under 14 years old, from the understanding of the *innocentia consilli*, and the protection of the legal good sexual dignity. Finally, the third chapter dealt with the problem of the exclusion of crime from the perspective of material atypity and a gender cut in sexual crimes. As a result of the investigation, the antinormative character and the finalist incompatibility of recent judgments with the thesis already established by the legislative amendments has been verified.

Keywords: Rape. Age vulnerability. Relativization of sexual violence. *Distinguishing*.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Tabela estupro e tentativa de estupro. Brasil e unidades da federação – 2016-2017.	26
Figura 2: Gráfico Evolução do número de estupros e estupros de vulnerável Brasil - 2011-2022.	30
Figura 3: Tabela Faixa etária das vítimas de estupro e estupro de vulnerável – 2022.	30
Figura 4: Vítimas de estupro e estupro de vulnerável, por sexo - Brasil – 2022.....	40
Figura 5: Número de notificações de violência sexual contra crianças e adolescentes, segundo ano de notificação. Brasil. 2015-2021.....	61
Figura 6: Características individuais de violência sexual contra crianças de 0 a 9 anos notificada por Sinan por sexo. Brasil. 2015-2021.....	61
Figura 7: Características individuais de violência sexual contra adolescentes de 10 a 19 anos notificada por Sinan por sexo. Brasil. 2015-2021.	62
Figura 8: Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas.....	66

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – APELAÇÃO CÍVEL

AGRG – AGRAVO REGIMENTAL

APR – APELAÇÃO CRIMINAL

ARESP – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

ART. – ARTIGO

CP – CÓDIGO PENAL

CPMI – COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO

CRFB – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ERESP – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

HC – HABEAS CORPUS

RESP – RECURSO ESPECIAL

RHC – RECURSO EM HABEAS CORPUS

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA ANTES E DEPOIS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA 12.015/2009.....	14
2.1 O DEBATE DIVERGENTE ACERCA DA PRESUNÇÃO DA VIOLÊNCIA.....	16
2.1.1 Presunção Absoluta.....	16
2.1.2 Presunção Relativa	18
2.1.3 Debate Constitucional.....	19
2.2 A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NAS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES.	20
2.3 A UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA MANUTENÇÃO DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA.	27
3 A CONSTRUÇÃO DA VULNERABILIDADE E O SEU REFLEXO NO DEBATE DOGMÁTICO	33
3.1 A COMPREENSÃO DA VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	35
3.2 A PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO DIGNIDADE SEXUAL	41
3.3 SOBRE O CONSENTIMENTO NO CONTEXTO DA VULNERABILIDADE	47
4 A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL E UM RECORTE DE GÊNERO	52
4.1 A TIPICIDADE COMO UM REQUISITO DO CRIME.....	53
4.2 A EXCLUSÃO DO CRIME NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	57
4.3 UM RECORTE DE GÊNERO NOS DELITOS DE NATUREZA SEXUAL.....	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a tendência de desenvolvimento global, evolução biológica e psíquica, de permanente salto civilizatório suscita em toda sociedade uma crescente de pensamentos e questionamentos que influenciam a moral e os costumes de cada época. Não é à toa que usufruímos ao longo do tempo de significativas mudanças legislativas as quais emergiram da fonte do cambiamento social.

Nessa perspectiva, podemos entender as gradativas mudanças operadas pelo Direito Penal, nas vias de diagnóstico dos interesses sociais e no seu papel principiológico de *ultima ratio*, somente precipitando a tutela ao bem juridicamente relevante quando ele, unicamente, é capaz de evitar perigo direto a esse bem ou de punir, à altura, a lesão provocada. Essa conjuntura possibilita uma análise do bem jurídico além do risco concreto, mas de sua lesividade em contextos de incerteza.

Em 2009, quando da edição e promulgação da Lei 12.015, fruto de intensos debates da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito 02/2003 do Congresso Nacional, a fim de estancar a situação epidêmica de exploração sexual, prostituição e turismo sexual de crianças e adolescentes no Brasil, para além da alteração da nomenclatura do Título VI do Código Penal, que previa os crimes contra os costumes passando a direcionar os crimes contra a dignidade sexual, inaugurou também a figura típica do estupro de vulnerável, prevista no atual art. 217-A, que assim dispõe: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos. Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”

Nessa narrativa, quando visualizamos os crimes contra a dignidade sexual, para além do respeito à dignidade humana, fundamento Constitucional previsto no art. 1º, III da Magna Carta, objetivou-se o livre exercício da sexualidade de todo e qualquer indivíduo e a proteção digna da projeção dessa sexualidade. No caso das crianças e adolescentes, os quais receberam denominação própria, ‘vulneráveis’, especificado no critério objetivo do tipo “menores de 14 (quatorze) anos” mais do que uma proteção à liberdade, o legislador intentou assegurar a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade desses atores sociais.

Com a nova figura, o debate do vulnerável ganha contornos na doutrina e na jurisprudência, alcançando as discussões acerca da presunção ou não de violência nos crimes sexuais cometidos contra esses indivíduos. Antes da alteração legislativa

de 2009 “a doutrina chamava a violência presumida de ficta ou indutiva, exatamente, porque o legislador pressuponha a violência pelas circunstâncias concretas, dentro das quais a vítima não podia validamente dar seu consentimento”.¹ Assim, o nascimento de um novo tipo não sepulta o ânimo relativo ou absoluto dessa violência, que agora é voltada para a vulnerabilidade.

A narrativa ganhou reforço em 2017 com a edição da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor garantia uma presunção absoluta da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 (quatorze) anos:

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 (Brasília, 2017).

Obedece-se a um contexto de que esses indivíduos não podem se autodeterminar sexualmente nem dispor do seu bem jurídico liberdade sexual, pois tem intrínseca uma imaturidade biopsicossocial, que os impede de ter consciência clara e objetiva das suas escolhas e os desdobramentos de suas consequências.

Além disso, o legislador constituinte inseriu outra diretriz normativa através da Lei 13.718/2018, no parágrafo 5º do atual art. 217-A do Código Penal, como forma de blindar as diferentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da relativização da vulnerabilidade no estupro. Tal redação enfatiza que a aplicação das penas independe do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriores, realocando, mais uma vez, a ideia da vulnerabilidade absoluta.

Contudo, apesar dos esforços para afastar o debate a respeito da presunção de violência ou de tentar definir o marco de aquisição da maturidade sexual, a discussão doutrinária e jurisprudencial permanecera, voltando à baila recentemente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Desde 2021, os entendimentos jurisprudenciais permeiam a possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto, situação que se insere na técnica da *distinguishing*, em que, por mais que exista uma aproximação entre a situação e o regramento, as

¹ FONSECA, Ana Clara Montenegro de. *O que ainda podemos presumir sobre a vulnerabilidade no estupro?* PortalNuppod, 2021. Disponível em: <<https://nupod.pluraeditorial.com/o-que-ainda-podemos-presumir-sobre-a-vulnerabilidade-no-estupro/>> Acesso em 08 de jun. 2023.

peculiaridades do caso concreto afastam a aplicação do precedente, sendo a subsunção do fato à norma muito mais prejudicial do que a conduta em si. Abre-se, portanto, uma exceção à tese sumulada que vinha fundamentando os julgados.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar como vem sendo sopesados os argumentos – (1) consentimento da vítima; (2) vítima e réu firmaram relacionamento amoroso; (3) posteriormente, o relacionamento foi cancelado pela família; (4) vítima e réu constituíram família; (5) existência de filho proveniente da relação, cujo genitor o tenha registrado – detentores dessa reproposta de relativização do estupro de vulnerável, sob o manto da proteção constitucional da unidade familiar.

O tema ganha mais relevo e atualidade, tendo em vista os recentes julgados do STJ (2021-2023) e a problemática da exclusão do crime, sua tratativa como atipicidade material, quando as cifras divulgadas em atuais pesquisas indicam um aumento considerável da violência sexual no Brasil, em especial o crime de estupro, em que, dos 205 episódios ocorridos por dia, 6 a cada 10 vítimas tem até 13 anos de idade. Nesse caso, não visualizamos como naturalizar os dados e retirar a responsabilização penal do autor do fato.

Nestes termos, o escopo finalístico desse trabalho é observar se essas mudanças na jurisprudência, precedente em cima de precedente, exceção em cima de exceção, está efetivamente protegendo o desenvolvimento sexual dessas crianças e adolescentes, que, na sua esmagadora maioria, constitui o público feminino e como vem sendo (des)construída o sentido da vulnerabilidade, à luz de uma perspectiva feminista. Para tanto, a monografia é estruturada em três capítulos.

No primeiro, busca-se analisar a abordagem das diferentes vertentes de debates sobre a presunção absoluta e relativa de violência no estudado crime e o debate constitucional que também o rodeia. Ainda, a partir dos julgados atuais, delimitados temporalmente, compreender como vem sendo utilizada a técnica da *distinguishing* para excepcionar a utilização da tese e relativizar o estupro e como outros estados tem utilizado leis alienígenas como manutenção da presunção relativa de violência.

No segundo, faz-se um estudo acerca da vulnerabilidade dos menores de 14 quatorze anos, a partir da compreensão da *innocentia consilli*, a ausência de autonomia da vontade, que reflete na validade do seu consentimento. Além disso, analisa-se o a tutela destinada ao bem jurídico dignidade sexual e o quanto esses indivíduos não desfrutam de um pleno exercício da sua liberdade constitucional em

conformidade com a imatura capacidade cognitiva que portam, necessária para disciplinar os seus desejos e as suas vontades.

Por derradeiro, o último capítulo está direcionado para o contexto de exclusão do crime de estupro, a retirada de um dos requisitos essenciais do fato típico que é tipicidade da conduta, tendo em vista a tratativa dos casos recentes como atípicos materialmente, ou seja, a ausência de lesão ao bem jurídico. Ao final, faz-se um recorte de gênero tão presente em crimes de natureza sexual, em vista de uma sociedade fundamentalmente patriarcal, cujo sintoma de sua estrutura social é a prepotência do masculino e a manutenção das relações de poder.

Cumprе ressaltar que, metodologicamente, trata-se de uma pesquisa exploratória, cujo propósito será balizado por meio de procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental. No que tange à pesquisa bibliográfica, busca-se levantamento de referências teóricas, acadêmicas e científicas de relevância e com alcance interdisciplinar, com suporte em livros, artigos, teses, dissertações e publicações relevantes sobre a temática.

No que concerne à pesquisa documental, um levantamento jurisprudencial das Cortes Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, acerca da natureza jurídica e o bem jurídico tutelado em face do art. 217-A do Código Penal Brasileiro, temática central deste trabalho. A pesquisa será delimitada a partir das decisões entres os anos de 2021 a 2023, entre acórdãos e decisões monocráticas, pela busca das palavras “estupro de vulnerável” e “atipicidade material” no site de jurisprudências do STJ.

Nesse diapasão, não intenta-se esgotar o tema, mas espera-se que a pauta possa contribuir para política criminal em um olhar mais crítico sob o funcionamento do sistema de justiça penal frente aos crimes de natureza sexual, como parte integrante de uma sociedade machista, sexista e que dispõe para além do tecnicismo de controle de conduta, mas um tecnicismo moral que não protege, nem garante o público feminino, mas permanece submetendo à lógica do julgamento solipsista.

2 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA ANTES E DEPOIS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA 12.015/2009.

A Lei 12.015/2009 inaugurou uma nova perspectiva de tutela no Código Penal, acrescida de uma preocupação latente com o direito das crianças e adolescentes, proveniente de longas investigações iniciadas ainda no ano de 2003, mais precisamente nas redes de exploração sexual e violência de crianças e adolescentes no Brasil, fruto da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito 02/2003 do Congresso Nacional.

Dessa forma, o novo tipo penal inserto no Art.217-A do já referido código vislumbra o indivíduo vulnerável e, para além disso, a hipótese de violação dessa vulnerabilidade na situação em que um sujeito tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos ou 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 possa oferecer resistência, como explicita a redação do supracitado artigo.

Contudo, antes da alteração legislativa promovida, havia no Código Penal de 1940 os tipos penais estupro, então previsto no art. 213 e atentado violento ao pudor com previsão no art. 214, ambos tratados, podemos dizer, como uma norma penal em branco, pois eram complementados pelo então art. 224, no qual trazia as causas de presunção de violência: “Art. 224 – Presume-se a violência se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência” (Brasil, Código Penal. Art. 224 de 1940).

No que diz respeito à questão etária, o teor das abordagens e discussões baseavam-se no caráter absoluto ou relativo dessa presunção de violência, ou seja, se a vítima tivesse até 14 (quatorze) anos no dia do seu aniversário o estupro ou atentado violento ao pudor seria presumido ou seria relativo, a partir de uma análise fundada na maturidade e no comportamento sexual desta, o que traduziriam o seu consentimento.

Entretanto, o legislador, numa tentativa de robustecer o entendimento e evitar as brechas da relativização, sacrificou a presunção de violência criando o novo tipo penal com a Lei 12.015/2009, no qual a interpretação passa a ser absoluta e a prática

da conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos passa a ser entendida como estupro. Além disso, para configuração do delito não se depende mais do consentimento do menor, tornando-se irrelevante.

Ainda, conforme assevera Cezar Roberto Bittencourt ² a nova conjectura traz o entendimento de que não se trata mais de discutir presunção de violência, mas sim de entender se o sujeito se enquadra nas elementares do tipo que irão caracterizar o ‘quantum de vulnerabilidade’ daquele indivíduo.

Todavia, apesar dos esforços para afastar o debate a respeito da presunção de violência ou de tentar definir o marco de aquisição da maturidade sexual, a discussão doutrinária e jurisprudencial desdobra-se até os dias atuais, e, como afirma Guilherme de Souza Nucci ³, não ‘sepultou’ o caráter relativo ou absoluto, que agora se coloca diante da vulnerabilidade.

Nesse diapasão, o presente capítulo tem intento de abordar as diferentes vertentes de debates sobre a presunção absoluta e relativa de violência no estudado crime e o debate constitucional que também o rodeia.

A pesquisa realizada no sítio eletrônico do STJ, www.stj.jus.br, na aba “pesquisa de jurisprudência”, com delimitação temporal entre os anos de 2021 a 2023, demonstra que os julgados atuais, pertinentes com a temática, fazem uso da Teoria do *distinguishing* para excepcionar a tese da presunção absoluta de violência, evitando, dessa forma, submeter o réu a uma censura penal por não considerar o fato relevante socialmente.

Além disso, utiliza-se como padrão de fundamentação ao pleito absolutório a eventual existência de filho oriundo da relação, a manutenção do relacionamento amoroso, o consentimento da vítima e, principalmente, a proteção constitucional da unidade familiar, inferindo que a discussão retomada volta a concorrer com a análise do caso concreto e o quanto a maturidade e o comportamento sexual da vítima podem influenciar a sua capacidade de autodeterminação sexual e o seu consentimento.

Após, faz-se uma análise a partir da legislação utilizada pelos tribunais americanos, a Romeu and Juliet Law e a sua compatibilidade com o princípio da adequação social, tendo vista sua aplicação nos tribunais brasileiros como forma de manutenção da presunção de violência.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 105.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. Rio de Janeiro: forense. 2014. p. 72.

2.1 O DEBATE DIVERGENTE ACERCA DA PRESUNÇÃO DA VIOLÊNCIA.

A alteração legislativa tornou-se bastante provocativa no âmbito das decisões judiciais e das discussões doutrinárias. Tantos foram e ainda são os julgados e opiniões não uníssonos, contrastando com a tentativa do legislador de conceder um critério objetivo para o marco da maturidade sexual: 14 (quatorze) anos de idade.

Presumir que a vítima menor de 14 (quatorze) anos não tem maturidade psíquica para lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento (*innocentia consilii*), por um lado é visto como uma forma de conter os riscos imprevisíveis e desordenados de uma iniciação sexual precoce, por outro lado é tido como uma ‘ficção jurídica’ criada pela doutrina, “uma mentira técnica consagrada pela necessidade” como bem define o jurista alemão Rudolf Von Ihering (2010)⁴.

Tal panorama estabeleceu no mundo jurídico-penal incontáveis debates e questionamentos, além de críticas ao legislador constituinte originário, sendo considerado até mesmo intransigente ao delimitar com tamanha objetividade um critério etário, tendo em vista uma sociedade que se desenvolve tão rapidamente e de maneira precoce, conforme a influência das redes e as informações disseminadas.

Nessa perspectiva, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que circunda a matéria suscita 3 (três) diferentes vertentes acerca do assunto, quais sejam: a presunção absoluta, a presunção relativa e o debate constitucional. Aportemos em cada uma delas.

2.1.1 Presunção Absoluta

No que concerne à Presunção Absoluta de Violência, intitulada de presunção *juris et de jure*, esta não admite prova em contrário e o crime se materializa independentemente de consentimento, de experiência sexual anterior ou da existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

O critério objetivo da idade, instituído pelo legislador, se propõe a enfatizar a ausência de maturidade psicológica e ética das crianças e adolescentes para lidar

⁴ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Título original: *Der Kampf um's Recht*. Tradução de Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

com a vida sexual e suas consequências, delimitando que eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor.

Aqui, as constantes indagações sobre o amadurecimento precoce dos jovens, o contato com as mais diversas formas de conteúdo trazidas pela vida nas redes, a evolução dos costumes, não pode servir de subterfugio para normalizar e normatizar a situação em que um adulto se aproveite da imaturidade de uma criança ou adolescente para satisfazer os seus desejos sexuais.

Nesse mesmo raciocínio, também não se pode contrapor a natureza de todo ser humano de, paulatinamente, se entender e se reconhecer nas etapas do ciclo vital (infância, adolescência, idade adulta e velhice). Deve-se ter espaço para que o sujeito desenvolva o seu caráter, a sua personalidade e emoções, tendo em vista que são moldes que contribuirão para o adulto que virá a ser.

E é justamente nesse contexto que para além da edição da Lei 12.015/2009, que trouxe no seu ímpeto todo um aparato protetivo, a ideia da presunção absoluta veio a ser novamente reforçada com a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 06/11/2017, corroborando nos seguintes dizeres: *“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.”* (Súmula 593 do STJ de 2017).

Uma outra inserção normativa importante foi a inclusão do parágrafo 5º no Art. 217- A do Código Penal. Inserido pela Lei 13.718/2018, a redação enfatiza que a aplicação das penas independe do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente, estabelecendo uma vulnerabilidade absoluta, ou seja, mais uma vez, uma tentativa de blindar as diferentes interpretações e, principalmente, de cessar a orientação jurisprudencial que mesmo após todas as alterações legislativas, insistiam no debate da relativização.

Nessa mesma via, nutre-se o questionamento se não estaria abrindo um novo precedente, perigoso, que facilitaria e daria vazão a outras práticas sexuais, a exemplo da pedofilia, sob a justificativa da proteção absoluta da família e da proteção do casamento, já que esse desvio sexual mencionado também é praticado por pessoas comuns, de fácil convívio social, comportamento que muitas vezes dificulta levantar qualquer suspeita até que se tenha um diagnóstico que comprove o transtorno.

Dessa forma, o que se entende no presente contexto, é que deixar à sorte da análise casuística, do dizer e do desdizer do direito, de uma estrutura sexista, patriarcal, que julga a vítima desde o primeiro momento para somente depois julgar o acusado, constituiria indecisões jurídicas o que abalaria a segurança, a isonomia e a coerência do ordenamento vigente. Noutro norte, a lei não pode se envergar às diferentes regionalidades e diferenças culturais tentando abarcar uma a uma, caso a caso, principalmente quando o seu maior atributo é a generalidade.

Assim, como a legislação é taxativa, basear a decisão na análise do caso concreto, sendo contrário ao precedente e desconstruindo a todo custo a vulnerabilidade da vítima, colocando o comportamento da criança/adolescente em constante dúvida para utilizar a interpretação em favor do acusado, juridicamente, nesse caso, o *in dubio pro reo*, é contra *legem*.

2.1.2 Presunção Relativa

No contexto da Presunção Relativa de Violência, também intitulada de presunção *juris tantum*, existe a possibilidade da prova em contrário, a palavra da vítima é refutável e o seu consentimento permeia a análise casuística da capacidade de discernimento para os atos sexuais, o quão precoce a vítima se mostra, principalmente no contexto de influência da mídia e dos novos costumes na construção do ser.

A crítica é constante em relação à necessidade do legislador que querer definir um marco de aquisição da maturidade sexual, quando na verdade a relevância deve se justificar em adequar o rigor formal às mudanças sociais e comportamentais, principalmente em um país de dimensões vastíssimas, tamanha heterodoxia cultural e desigualdades acentuadas.

Se o consentimento da vítima é tido como válido, se a mesma tem capacidade para se autodeterminar sexualmente, não há que se falar em ofensa à dignidade sexual. A subsunção do fato à norma se revelaria muito mais prejudicial à dignidade da pessoa humana, por submeter a vítima a um processo de revitimização na busca pela verdade real dos fatos e ao possível desamparo material e emocional na criação do filho, caso venha a ser gerado, e também prejudicial à dignidade do acusado que não apresentaria risco à sociedade e seria condenado a pena tão aviltante.

Porém, em vista do que foi exposto, existe aqui uma questão que pode ser suscitada. É muito comum que as decisões que relativizam a presunção de violência sigam um padrão de fundamentação em que a menor de 14 (quatorze) anos, mulher, sempre aparenta ter nível mais elevado de discernimento em relação à sua idade ou que apresenta evolução biológica muito precoce, ou que não aparenta ter a idade que realmente tem, situação em que se corrompe a própria vulnerabilidade que é inerente a faixa etária e que percorre todo um caminho de desenvolvimento biológico do que chama a literatura médica de eixo hipotálamo-hipófise-gonadal, ocasião que marca o desenvolvimento dos caracteres sexuais.

Por outro lado, o sujeito ativo, o homem, é colocado como um sujeito inexperiente, exposto às surpresas, um indivíduo que não tem a capacidade de minimamente supor a faixa etária da vítima, ou seja, a conduta do autor é justificada a partir da análise da conduta da mulher. Não é à toa que muitas decisões são avaliadas sob o crivo da teoria do erro de tipo para excluir o dolo e tornar o fato atípico.

O que ocorre, é que a questão da maturidade e gênero sempre desemboca no comportamento da vítima como determinante para os atos do réu e acaba invocando um senso comum que reflete que a situação é ‘essa mesma e será sempre inevitável’.

2.1.3 Debate Constitucional

É cediço que na esfera do Direito Penal julga-se o réu inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória definitiva. Nessa narrativa, considerar a presunção de violência como absoluta, segundo delineia o presente debate, seria um escárnio aos valores que a própria Constituição Federal de 1988 traz no seu bojo, em especial o da dignidade da pessoa humana.

A não admissão de prova em contrário, visualizado na presunção *juris et de jure*, desincumbiria a acusação do ônus que lhe cabe: provar aquilo que tem interesse de afirmar. Tal contexto representaria um verdadeiro tribunal da inquisição, em que reprimiria tudo aquilo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas, constituindo clara ofensa aos princípios atuais do contraditório e da ampla defesa, insertos na Carta Maior e que são tão caros à matéria processual.

Ademais, o debate constitucional suscita a gravidade da responsabilidade objetiva nos casos em que se admite a presunção absoluta de violência. Estar-se-ia a

abrir mão da garantia da presunção de inocência, consagrada no Art. 5º, LVII da CRFB, em nome de um direito penal rigoroso.

Todavia, é preciso reiterar que o entendimento, ainda assim, é contra *legem*, tendo em vista a legislação atual ser taxativa a esse respeito e a vítima, independentemente de comportamento, da precocidade ou de sua aparência não ser compatível com a idade, não está respaldada de maturidade sexual e de autodeterminação, muito menos pode ser considerado um convite para ter o seu consentimento invalidado.

Por fim, não se pode sopesar diferentemente os valores de dignidade humana, ao passo de se diminuir a dignidade da vítima em prol de salvaguardar a dignidade do acusado. No mais, a vítima não deixa de ser vulnerável, não é simplesmente um elemento à disposição do julgador, em que o mesmo avalia qual caso merece tal sujeição.

2.2 A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NAS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES.

Inicialmente, cabe ressaltar, que o presente subtópico tem o condão de dispor sobre a fundamentação das decisões do Superior Tribunal de Justiça, a partir da construção de uma legislação integral e de amparo e como se chegou na relativização e, em vista disso, as delimitações centrais que permeiam o julgamento atual dos acórdãos.

A pesquisa foi realizada no sítio eletrônico do STJ⁵, adentrando a aba “pesquisa de jurisprudência”. Em seguida, no critério de pesquisa, foram utilizados os termos “estupro de vulnerável” e “atipicidade”. Dentre os 65 (sessenta e cinco) acórdãos obtidos como resultado, em vista de uma análise prévia, observou-se que nem todos envolviam o tema estupro de vulnerável e abordava questões específicas como o trancamento de ação penal; trancamento de inquérito; inépcia da denúncia; reconhecimento de justa causa; produção de provas na via do habeas corpus; vulnerabilidade temporária; omissão imprópria; crime continuado.

⁵ Fonte: www.stj.jus.br

Isto posto, na análise dos julgados escolhidos e mais pertinentes com a temática e conforme delimitação temporal entre os anos de 2021 a 2023, – REsp Nº 1.977.165/MS⁶, REsp Nº 2.019.664/CE⁷, REsp Nº 2.029.009/RN⁸, HC 772.844/MT⁹, AgRg no AgRG no AREsp 2.177.806/CE¹⁰ e AgRg no REsp Nº 1.919.722/SP¹¹ – observou-se um padrão na fundamentação em que a praxe leva em consideração a sucessão dos eventos ocorridos após o fato delituoso: a) consentimento da vítima; b) vítima e réu firmaram relacionamento amoroso; c) posteriormente, o relacionamento foi cancelado pela família; d) vítima e réu constituíram família; e) existência de filho proveniente da relação.

Porém, antes de adentrar o teor dos julgamentos e de como tem sido sopesada a possibilidade da relativização, visualizemos, primeiro, o conteúdo do aparato legislativo que reforçou a proteção integral.

Nestes termos, em 26 de agosto de 2015, no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881-PI (2014/0207538-0)¹², presidido pelos Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, narra-se que a vítima, desde os 8 (oito) anos de idade, mantinha um namoro com trocas de beijos e abraços com o réu e aos 11 (onze) anos já teria mantido diversas relações sexuais com este, que desde o início do relacionamento já tinha idade superior a 25 (vinte e cinco) anos. O acusado A.R frequentava a residência da vítima E.M.P.S, tinha amizade com toda a família e era pessoa de confiança de todos.

Neste julgamento a responsabilidade penal do autor não foi afastada, ocasião em que o relator, o Ministro Rogério Schietti Cruz, assentou a seguinte tese, que posteriormente veio a sedimentar o entendimento da Súmula 593 do STJ:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou

⁶ REsp 1.977.165/MS, Relator Olindo Menezes, Sexta Turma, Julgado em 16/05/2023, DJe 25/05/2023.

⁷ AgRg no REsp 2.019.664/CE, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe 21/12/2022.

⁸ AgRg no REsp 2.029.009/RN, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/12/2022, DJe 14/12/2022.

⁹ HC 772.844/MT, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe 21/11/2022.

¹⁰ AgRg no AgRg no AREsp 2.177.806/CE, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/09/2022, DJe 04/10/2022.

¹¹ AgRg no REsp 1.919.722/SP, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021.

¹² REsp 1.480.881/PI, Relator Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015.

pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (Brasília, 2015).

Tal entendimento foi seguido por unanimidade e acentuou o caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos, muito em vista de que a utilização corriqueira de “qualificativos ao comportamento das crianças e adolescentes”¹³ como forma de desviar a análise da conduta criminosa, o etiquetamento da vítima com expressões como “amadurecimento sexual”, “experiência sexual pretérita”, “grau de discernimento” falam mais sobre o comportamento da mulher do que sobre o comportamento masculino o qual deveria estar sob julgamento.

O aparato legal surgiu, justamente, na expectativa de combater e evitar que essa narrativa permeasse o discurso jurisprudencial, um tipo patriarcal e sexista de discricionariedade que tenta encontrar justificativa para os crimes sexuais perpetrados.

Cumpra salientar que em 2010, a Terceira Seção do STJ, no EREsp Nº 762.044/SP¹⁴ também já havia firmado entendimento de que o consentimento da vítima não possui relevância jurídico-penal para desvalidar a ocorrência do crime.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, a suprema corte também prolatou posicionamentos uníssimos nos julgamentos do HC Nº 119.091/SP¹⁵, do AgRg no RHC Nº 97.664/DF¹⁶, do HC Nº 105.558/PR¹⁷, sempre reforçando a compreensão da presunção absoluta de violência nos crimes de estupro de vulnerável (Art. 217-A).

Nos ocorre que em 2021, a Quinta Turma do STJ, sob a relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, de forma ‘excepcional e pontual’, afastou a presunção de violência no AgRg no REsp Nº 1.919.722/SP, na situação em que dois jovens namorados, cujo relacionamento teria sido aprovado pelos familiares, tiveram um filho sobrevivendo do envolvimento amoroso. Na fundamentação, o ministro pontuou que as nuances do caso concreto embora se adequassem formalmente à conduta tipificada, não constituiria o fato uma infração penalmente imputável, pois não haveria mínima relevância social nem efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado.

¹³ REsp 1.480.881/PI, Relator Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015, p. 20

¹⁴ EREsp 762.044/SP, Relator Nilson Naves, Relator para o acórdão Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 14/04/2010.

¹⁵ HC n. 119.091/SP, Relatora Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 18/12/2013.

¹⁶ AgRg no RHC 97.664/DF, Relator Teori Zavaski, Segunda Turma, DJe 21/10/2013.

¹⁷ HC 105.558/PR, Relatora Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 12/06/2012.

O relator delineou a interpretação sob o crivo de se evitar injustiças irreparáveis, alegando que não há como o legislador prever todas as nuances do caso concreto, devendo ficar a cargo do aplicador da lei verificar se a conduta deve ou não merecer a efetiva aplicação da norma, seguindo o preceito da intervenção mínima do Direito Penal, corroborando o pleito absolutório em favor do réu, ao qual havia sido imputada uma pena de 14 (quatorze) anos de reclusão.

Nessa perspectiva, é nesse momento que se abre a exceção para a não aplicação de uma tese já firmada, situação que se insere no instituto da *distinguishing* ou distinção, em que por mais que exista uma aproximação entre a situação e o regramento, as peculiaridades do caso concreto afastam a aplicação do precedente.

A ‘excepcionalidade e a pontualidade’ não ficaram isoladas ao caso mencionado. Nos anos que se sucederam, 2022 e no presente ano de 2023, outros casos de estupro de vulnerável – os julgados mencionados na abertura deste subtópico e que foram escolhidos para análise – ganharam a mesma tonicidade.

No caso do REsp Nº 1.977.165/MS, a vítima contava com 12 (doze) anos de idade à época dos fatos e da relação com o acusado também sobreveio um filho. No voto, o ministro Olindo Menezes prolatou que nessas hipóteses, como não há a imposição de qualquer ‘violência real’ sobrevinda do acusado, ou qualquer resistência por parte da vítima, conclui-se não existir intolerável lesão ao bem jurídico.

Tal ocasião enseja o afastamento do Direito Penal, no sentido de que o mesmo deixa de cumprir o seu funcionalismo teleológico, que, no caso em análise, é a tutela da liberdade sexual e mais ainda da dignidade sexual de crianças e adolescentes. Ao final, o relator toma como medida o pleito absolutório na perspectiva da atipicidade material, rejeitando a denúncia que se impunha sobre o acusado.

Outro caso avaliado foi o AgRg no AREsp 2.177.806/CE, em que a vítima estava com 11 (onze) anos à época dos fatos e cujo relacionamento com o autor culminou no nascimento de dois filhos. No voto, o relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca acatou o pleito absolutório em favor do acoimado, que havia sido condenado nos termos do art. 217-A a uma pena de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, e mais uma vez excepcionou a aplicação da norma invocando que a sua incidência não se mostraria “adequada nem necessária, além de não ser justa” (AREsp 2.177.806/CE), revelando-se muito mais severa do que a conduta do agente.

Ainda, considerou que a tese firmada no RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881-PI não poderia ser utilizada como parâmetro de aplicação no caso dos autos, em

virtude das particularidades analisadas, em especial a constituição de núcleo familiar, hipótese que destituiria a tipicidade material da conduta.

Tal interpretação, segundo o relator, impediu o julgamento uniforme do caso e a impossibilidade de seguir a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, excepcionando, assim, a utilização do precedente.

No que concerne aos outros casos avaliados REsp Nº 2.019.664/CE, REsp Nº 2.029.009/RN e HC 772.844/MT, todos de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em que pese os mesmos fundamentos e justificativas, já que vem sendo perpetrado na Quinta Turma do STJ um entendimento minoritário no âmbito de decisões dessa natureza, também fora utilizado o instituto da *distinguishing* ou distinção para evitar a subsunção do fato à norma.

Dessa forma, convém reiterar o que foi dito alhures, na abertura deste subtópico, em que se observa um padrão na fundamentação das decisões, que tem levado em consideração a sucessão dos eventos ocorridos após o fato delituoso: *a)* consentimento da vítima; *b)* vítima e réu firmaram relacionamento amoroso; *c)* posteriormente, o relacionamento foi cancelado pela família; *d)* vítima e réu constituíram família; *e)* existência de filho proveniente da relação. Infere-se, ainda, que a visualização desse padrão leva os aplicadores da norma a fazer uso da técnica da *distinguishing* ou distinção.

Derivado do sistema processual civil, a técnica da *distinguishing* é uma exceção à técnica do *stare decisis*, que comumente avalia o novo na perspectiva do que já está firmado, ou seja, encontra soluções viáveis tendo em vista soluções já encontradas em casos como aquele. Obedece-se aqui, os precedentes já criados por determinada corte.

Noutro norte, a técnica da *distinguishing* coloca à prova, a todo momento, o precedente, tendo em vista a narrativa de que a norma não é limitada às hipóteses imaginadas na sua criação e não consegue prever todas as situações que possam vir a ocorrer no mundo fático, e é a partir disso que avalia se o caso atual tem o mesmo padrão de abrangência do que já está posto. A função aqui é dinâmica.

Todavia, apesar da dinamicidade, existem limites que esbarram na aplicação do instituto: as diferenças substanciais que justificam a *ratio decidendi* do caso atual e dos casos que modularam o precedente. Assim, se as razões do fato atual são análogas ao precedente, não se justifica uma decisão diferente do que já está posto. Entretanto, se as particularidades do caso concreto não forem uníssonas com o

precedente, há que se justificar uma interpretação diferente para encontrar uma solução.

Importante ressaltar que as peculiaridades do caso analisado devem embasar a discricionariedade do aplicador da norma na construção de uma fundamentação robusta e devem demonstrar que são suficientes para adotar um novo caminho, uma solução inédita e específica para aquela situação e que a aplicação do direito seria muito mais prejudicial e injusta.

Nesse segmento, ao analisarmos a teoria da distinção e o entendimento minoritário quem vem permeando as decisões jurisprudenciais, percebe-se que o próprio tribunal vem quebrando a construção do sentido da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos, se baseando em argumentos frágeis de desenvolvimento da sociedade, a influência da mídia nos padrões e nos costumes, e mesmo colocando a criança/adolescente na posição de instigadora do comportamento masculino, para justificar a prática sexual criminosa.

A última alteração legislativa promovida pela Lei 13.718/2018 veio como ultimato para reiterar a gravidade do crime de estupro na sociedade brasileira, coligida pelos números encontrados na pesquisa realizada pelo 12º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, que revelou que em 2017 ocorreram 61.032 estupros no Brasil, com índice de 28,9 casos a cada 100.000 habitantes, representando uma elevação de 10,1% em relação ao ano de 2016.

Figura 1 – Tabela estupro e tentativa de estupro. Brasil e unidades da federação: 2016-2017.

Brasil e Unidades da Federação	Estupro ⁽²⁾					Tentativa de estupro ⁽³⁾				
	Ns. Absolutos		Taxas ⁽⁴⁾		Variação (%)	Ns. Absolutos		Taxas ⁽⁴⁾		Variação (%)
	2016	2017	2016	2017		2016	2017	2016	2017	
Brasil	55.070	61.032	26,7	29,4	10,1	6.130	5.997	3,0	2,9	-2,9
Acre	277	210	33,9	25,3	-25,4
Alagoas	1.278	1.485	38,0	44,0	15,6	124	127	3,7	3,8	1,9
Amapá	450	397	57,5	49,8	-13,5	34	21	4,3	2,6	-39,4
Amazonas	958	865	23,9	21,3	-11,1	152	118	3,8	2,9	-23,6
Bahia	2.845	3.270	18,6	21,3	14,4	366	416	2,4	2,7	13,2
Ceará	1.670	1.755	18,6	19,5	4,4	283	250	3,2	2,8	-12,2
Distrito Federal	803	1.039	27,0	34,2	26,7	92	111	3,1	3,7	18,2
Espírito Santo	390	408	9,8	10,2	3,5	215	167	5,4	4,2	-23,2
Goiás ⁽⁵⁾	2.313	2.495	34,5	36,8	6,5	427	357	6,4	5,3	-17,4
Maranhão	955	1.199	13,7	17,1	24,7	229	242	3,3	3,5	5,0
Mato Grosso	1.614	1.705	48,8	51,0	4,4	163	192	4,9	5,7	16,4
Mato Grosso do Sul ⁽⁶⁾	1.694	1.792	63,2	66,0	4,6	170	165	6,3	6,1	-4,0
Minas Gerais	4.692	5.199	22,3	24,6	10,2	613	628	2,9	3,0	1,9
Pará	3.002	3.334	36,3	39,8	9,8	176	173	2,1	2,1	-2,8
Paraíba	464	365	11,6	9,1	-21,8	18	20	0,5	0,5	10,4
Paraná	4.595	5.966	40,9	52,7	28,8	479	427	4,3	3,8	-11,5
Pernambuco	2.067	2.049	22,0	21,6	-1,5	275	227	2,9	2,4	-18,0
Piauí ⁽⁶⁾	653	773	20,3	24,0	18,1	160	155	5,0	4,8	-3,3
Rio de Janeiro	4.705	4.952	28,3	29,6	4,7	426	395	2,6	2,4	-7,7
Rio Grande do Norte ⁽⁶⁾	210	213	6,0	6,1	0,5	52	33	1,5	0,9	-37,1
Rio Grande do Sul	4.079	4.372	36,1	38,6	6,8	652	698	5,8	6,2	6,7
Rondônia	790	941	44,2	52,1	17,9	138	186	7,7	10,3	33,4
Roraima ⁽⁶⁾	82	193	15,9	36,9	131,6	17	23	3,3	4,4	33,1
Santa Catarina	3.588	3.993	51,9	57,0	9,8	782	757	11,3	10,8	-4,4
São Paulo ⁽⁶⁾	10.055	11.089	22,5	24,6	9,4
Sergipe ⁽⁶⁾	373	389	16,5	17,0	3,3	45	41	2,0	1,8	-9,8
Tocantins	468	584	30,5	37,7	23,4	42	68	2,7	4,4	60,1

Figura 1: Tabela estupro e tentativa de estupro. Brasil e unidades da federação – 2016-2017.

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; SINESP; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Em relação ao substrato das decisões (in)jurídicas analisadas, é de se perguntar: em que base de dados, de estudos de estatísticas, estudos biológicos, estudos da perspectiva criminológica, os aplicadores da norma têm utilizado para justificar que o consentimento da vítima é válido, já que a mesma tem acesso à uma gama de informações que constituirão o seu caráter, o seu discernimento, a sua maturidade? Nas palavras do relator Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, citado anteriormente, o mesmo concluiu que o órgão julgador

“reduziu a questão a uma lógica tão simples quanto perversa”¹⁸ no sentido de colocar a vítima na situação de que ela tinha consciência e sabia o que fazia e o comportamento do autor ser irrelevante por não ferir a dignidade sexual desta.

Nessa via, não se pode inferir que o acesso à informação seja sinônimo de maturidade e experiência e que desse ponto a vítima não estaria apta a receber a devida proteção. Nem sequer afirmar que o convívio do denunciado com a vítima, a hipótese de ambos firmarem relacionamento amoroso, a chancela da família, a existência de filho proveniente da relação, é o sinal de alerta para afastar a violação ao bem jurídico dignidade sexual e excluir a responsabilidade da conduta do agente.

A vulnerabilidade da vítima está nas mãos dos tribunais que não baseiam as decisões em dados mais consistentes e fundamentalmente biológicos, mas meramente em uma escolha legal. O julgamento consiste em uma previsão de natureza futurológica, precoce e fajuta de sucesso matrimonial e de resignação daquela estrutura familiar, que à propósito já nasce desestruturada, “vendendo” solidez e garantia de família promissora, sem medir possíveis desordens de natureza emocional e psicológica que possam vir a ocorrer.

Nesse ponto, o que se observa, é que o casamento que antes era considerado um verdadeiro pleito absolutório nos casos de estupro, em que a punibilidade do réu era extinta caso contraísse casamento com a vítima, vem ressurgindo, com argumentos modernos e romantizados, como uma possibilidade de salvaguardar a honra deflorada.

2.3 A UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA MANUTENÇÃO DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA.

A tragédia ocorrida no final do século XVI, narrada pelo dramaturgo e escritor inglês Willian Shakespeare, em que dois jovens apaixonados, Julieta que contava com 13 (treze) anos de idade e Romeu com 17 (dezesete) anos, a despeito de toda dificuldade familiar e proibidos de viver o amor que nutriam, para além do destaque na literatura mundial, ganhou palco, também, na literatura jurídica.

¹⁸ REsp 1.480.881/PI, Relator Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015, p. 22

A obra dos amantes inspirou os Estados Unidos da América na chamada *Romeo and Juliet Law*, legislação utilizada pelos tribunais americanos que visualiza a possibilidade da relativização do estupro de vulnerável quando existentes critérios como: a) existência de relacionamento amoroso entre agente e a vítima; b) consentimento da vítima no ato sexual; c) diferença de idade entre os sujeitos de até 5 (cinco) anos. Frisa-se que o direito americano não considera para fins de utilização da teoria quando não há o consentimento da vítima ou quando a vítima é criança.

O grande cerne da questão, mais uma vez, consiste no critério objetivo da diferença de idade entre sujeito ativo e passivo e na maturidade para consentir. Apesar do rigor formal na repressão de crimes, o direito americano admite que a conduta seja tratada como atípica quando os dois sujeitos são adolescentes e cuja diferença de idade não ultrapasse os 5 (cinco) anos.

O que se entende no direito alienígena, é que um relacionamento com uma diferença de idade mais tenra entre ambos teria um senso de razoabilidade mais bem quisto pela sociedade, pois existiria uma expectativa de maturidade mais proporcional entre os jovens.

E é nessa narrativa que se insere o princípio da adequação social. Idealizado pelo jurista e filósofo alemão Hans Wezel, a percepção fundamental do princípio nos aduz que apesar de um fato se submeter a determinada norma, este não será considerado típico, pois trata-se de uma conduta socialmente adequada e, portanto, aceitável. Dessa forma, se o fato é aceito pela comunidade não há lesão ao bem jurídico tutelado, então não pode passar pelo juízo da tipicidade.

Quando migramos para o Estado Brasileiro, para além do processo de utilização da presunção relativa, majoritariamente já revogado, mas contrariamente utilizado de forma escancarada nas decisões atuais do Superior Tribunal de Justiça, alguns tribunais estaduais utilizam como principal fundamentação a exceção de Romeu e Julieta como mais uma margem de flexibilização para diminuir a potência do ilícito cometido e admitir e perpetrar os crimes dessa natureza.

Tribunais de Justiça como o de Goiás em 2017 e o do Rio grande do Sul em 2020, utilizaram o direito comparado para, respectivamente, reformar a sentença e julgar improcedente a representação, considerando a conduta do acusado materialmente atípica:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. **EXCEÇÃO ROMEO E JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW)**. ABSOLVIÇÃO. (TJ-GO- APR 03471174020138090095, Relator Desembargador Leandro Crispim, Segunda Câmara Criminal, julgado em 02/05/2017, Dje 27/07/2017).

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ESTUPRO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADA. **APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEO E JULIETA**. CABIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. (TJ-RS- AC 70084660364 RS, Relator Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, julgado em 11/12/2020, de 15/12/2020).

Em ambos julgados, os aplicadores utilizaram o princípio da adequação social para justificar a liberdade sexual do indivíduo e a modernidade como marco de aceitação da precocidade dos adolescentes e manutenção das relações sexuais. Inclusive, na Apelação Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o relator alega que a vítima, com “leveza e espontaneidade”, afirmou que consentia com a relação. Mais uma vez, o julgador reduzindo a questão a uma lógica tão simples quanto perversa.

E nesse ínterim, é de se perguntar: até que ponto a prática da relação sexual com menores de 14 (quatorze) anos passa pela régua da conduta socialmente aceita? Trazendo para a realidade brasileira, em um país que em 2022, conforme o 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (figura 02),¹⁹ registrou o maior número de casos de estupro de vulnerável da história, crescendo 8,2% e chegando a 36,9 casos para cada grupo de 100 mil habitantes, até que ponto o que é tradicional ao senso comum pode lastrear decisões (in)jurídicas que estão sentenciando o comportamento feminino à violência, principalmente quando 61,4% dessas vítimas possuíam no máximo 13 (treze) anos de idade (figura 03)²⁰?

Figura 2 – Gráfico Evolução do número de estupros e estupros de vulnerável Brasil: 2011-2022.

¹⁹ 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública [livro eletrônico] / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 27 jul 2023.

²⁰ 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. op. cit.

Evolução do número de estupro e estupro de vulnerável
Brasil - 2011-2022

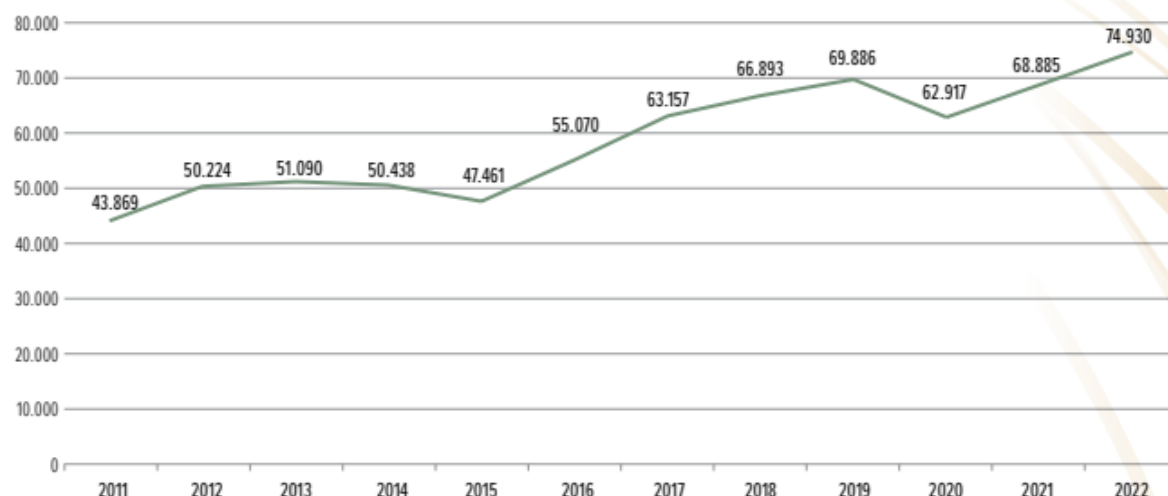


Figura 2: Gráfico Evolução do número de estupro e estupro de vulnerável Brasil - 2011-2022.

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP); Polícia Civil do Estado do Amapá; Polícia Civil do Distrito Federal; Polícia Civil do Estado de Roraima; Fórum Brasileiro de Segurança Pública

Figura 3 – Tabela Faixa etária das vítimas de estupro e estupro de vulnerável: 2022.

GRÁFICO 40

Faixa etária das vítimas de estupro e estupro de vulnerável
Brasil - 2022

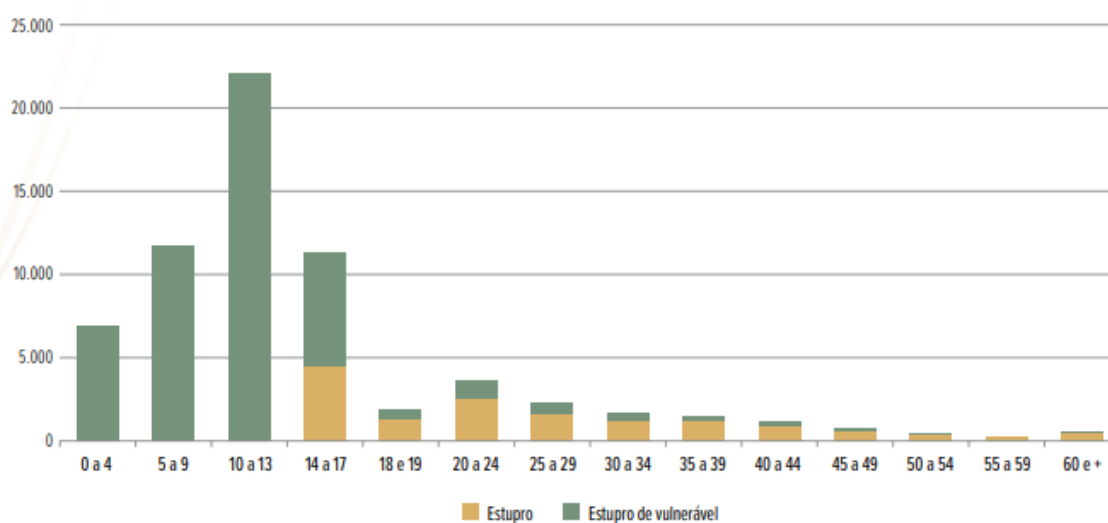


Figura 3: Tabela Faixa etária das vítimas de estupro e estupro de vulnerável – 2022.

Fonte: Análise produzida a partir dos micros dados dos registros policiais e das Secretarias estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social. Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023).

A evolução do olhar sobre as crianças e adolescentes, a contribuição sobre o rito de passagem materializou uma proteção tanto constitucional quanto infraconstitucional, de responsabilidade duplicada, estatal e de setores sociais, que reforçam que esse público é sujeito de direitos e que esses direitos são inerentes à sua condição de infante.

É um garantismo que faz com que os indivíduos usufruam da plena capacidade de se desenvolver individualmente e coletivamente, ao passo de sua evolução biológica e experiencial ordenada, a fim de lhes facultar, conforme a narrativa do art.3º do Estatuto da Criança e do Adolescente “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” ²¹.

Não pode os tribunais se imunizar de tomar decisões coerentes e em conformidade com o ordenamento jurídico e de forma simplória repousar no colo de um menor de 14 (quatorze) anos uma carga de subjetivismo moral, enquadrando o estupro numa espécie de normalidade social aceitável para abrandar a responsabilidade do acusado.

Os tribunais brasileiros perpetuam a violação do corpo feminino, estabelecendo cada um os seus limites do que seria o justo, corroborando a cultura sexista e paternalista transfigurada de ineditismo jurídico. O bem jurídico dignidade sexual é constantemente agredido pelo dispositivo de poder, que de forma utilitária utiliza a manutenção do relacionamento amoroso e a constituição de família como destino final da felicidade e bem-estar.

A política criminal se investiu no cargo de falar mais alto do que os aspectos próprios de formação biológica dos indivíduos, em que cada aplicador da norma, em vista de encontrar soluções que não levem à subversão do direito penal, desdizem o que já está dito, modula o entendimento a partir de critérios inteiramente subjetivos e sem base de dados, pautado no senso comum, desuniformizando a construção do entendimento e a coerência do ordenamento vigente, submetendo a lei a cada diferente segmento da população, criando um verdadeiro cenário normativo caótico e de confiança desgastada.

²¹ BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Diário Oficial da União de 16 de jul de 1990, p. 13563, col. 2. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 ago. 2023.

Nessa perspectiva, sob a ótica do que foi exposto, na balança da realidade que se debruçou até o momento, pendemos para o prato em que o apelo simplório do interprete de adequação do rigor normativo às mudanças sociais não pode servir como contexto para reprimatizar o antigo molde de avaliação em que o comportamento da vítima é o condutor da análise do comportamento do agente, principalmente quando esse apelo não é amparado por nenhum dado científico ou documentalmente comprovado, que retire o enquadramento da vulnerabilidade.

O legislador constituinte, através das edições normativas, para além de suprir a carência legal e protetiva de um público, representou o seu intento em cessar a contínua orientação jurisprudencial, que insistia e ainda persiste no debate da relativização. O direito, apesar da sua face *mutatis mutandis*, não pode ser balizado em fatos socialmente tolerados, em que uma pequena diferença de idade autorize a desconstituição de um crime, abrigando um critério não abrangido pela lei, mas no padrão intersubjetivo do intérprete, reunindo insegurança jurídica e desconfiança institucional. A lei é clara, a jurisprudência é precisa, devendo ser impermeável ao desague moral do julgador.

3 A CONSTRUÇÃO DA VULNERABILIDADE E O SEU REFLEXO NO DEBATE DOGMÁTICO

O conceito de vulnerabilidade ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 12.015/2009, de forma que o legislador, no seu afã de sentenciar a rubrica da presunção da violência, construiu um tipo penal autônomo. Assim, delimitou, como “o incapaz de consentir validamente para o ato sexual ‘ganha’ uma denominação própria: vulnerável (passível de lesão, despido de proteção)”²².

O novo tipo, reforça o núcleo previamente estabelecido no antigo Art. 224 do Código Penal. Dessa forma, o constituinte normativo orienta a sua tutela elegendo, mais uma vez, os menores de 14 (quatorze) anos, os enfermos e os doentes mentais como sujeitos vulneráveis. Além disso, estabeleceu, legalmente um padrão objetivo, qual seja o critério etário, como um marco característico do amadurecimento sexual, seguindo o exemplo de outros países.

A faixa etária limítrofe de 14 (quatorze) anos, exatamente, atribuída ao público infantojuvenil, tratado pelo Art. 227 da Constituição Federal e que teve extensa interpretação na Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, infere a vontade do legislador de prestigiar o grupo abaixo dessa faixa etária com uma vulnerabilidade absoluta, ante a sua ausência de autonomia para decidir, compreender e refletir sobre comportamentos relevantes, encontrando-se, pois, mais passíveis de terem a inocência explorada por terceiros.

Em suma, a construção dessa norma autônoma (Art. 217-A, CP) estabeleceu parâmetros para além da vulnerabilidade: trata da ideia de consentimento do sujeito passivo, expõe quão apto o indivíduo está para discernir de forma livre e desimpedida sobre suas vontades/escolhas e aborda a sua capacidade cognitiva para renunciar subjetivamente ao seu bem jurídico.

Nesse sentido, pode-se mencionar três requisitos indispensáveis de validação do consentimento e que vão permear esse indivíduo: “(1) autonomia para dispor do bem jurídico; (2) consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente; (3) disponibilidade do bem jurídico”²³.

²² NUCCI, op. cit., p. 71.

²³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011, p. 9. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/DYFzvLN5GL3WMTQRcVghF5g/> Acesso em: 07 de ago. 2023.

Por essa narrativa, no subtópico a seguir será tratada a vulnerabilidade das crianças e adolescentes, a partir da compreensão da *innocentia consilli*, uma ausência de autodeterminação e de autonomia da vontade, fruto de uma imaturidade biopsicossocial intrínseca a esse público, que os impede de ter consciência clara e objetiva das suas escolhas e os desdobramentos de suas consequências.

Após isso, será abordada a tutela do bem jurídico dignidade sexual, situação em que o legislador projeta no sentido da dignidade humana, a dignidade sexual, tornando-a uma espécie desse gênero, passando de um Direito Penal e de um Estado inexpressivo, no tocante à dignidade sexual, para uma política criminal que repisa a preocupação com o saudável desenvolvimento de uma iniciação sexual, sem precipitar riscos imprevisíveis que possam acometer os destinatários de tão robusta proteção.

Por fim, será estudado o consentimento do ofendido partindo da perspectiva da sua vulnerabilidade e o quanto esse indivíduo não desfruta de um pleno exercício da sua liberdade constitucional – como representação de uma imatura capacidade cognitiva necessária a disciplinar os seus desejos e as suas vontades, como legítima ao exercício da liberdade.

3.1 A COMPREENSÃO DA VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Já foi citado anteriormente que o tipo penal autônomo intitulado estupro de vulnerável, criado pelo legislador e tipificado no Art. 217-A do Código Penal, teve como pano de fundo a situação epidêmica de exploração sexual, a prostituição e o turismo sexual de crianças e adolescentes no Brasil, sendo fruto das investigações da CPMI ocorrida em 2003.

A mudança reflete uma proposta de estancar o debate acerca da liberdade sexual que vinha sendo destinada aos menores de 14 (quatorze) anos. Entendia-se que não existe uma plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, até porque a própria vulnerabilidade, biologicamente, é intrínseca a esse público, tendo em vista que o processo de maturidade sexual começa em várias idades e depende de fatores tanto endógenos quanto exógenos.

Nessa via, o novo prognóstico descartou o debate da presunção de violência, afastando qualquer análise subjetiva ou circunstancial para aplicação da norma, renovando, justamente, o esforço de combate à omissão e violação de direitos. A nova conjectura normativa, indiscutivelmente, especifica o critério objetivo da idade, desencadeando a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos imediata subsunção ao crime de estupro de vulnerável.

Dessa forma, por meio da redação do Art. 217-A do referido código e seus parágrafos, o legislador elenca como vulneráveis (1) os menores de 14 (quatorze) anos, (2) as pessoas com enfermidade ou doença mental que não possuem discernimento necessário para a prática do ato sexual, ou (3) que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência. Todavia, nesse subtópico, concentraremos a análise na vulnerabilidade etária, tema central deste trabalho de conclusão de curso e que corresponde ao público das crianças e adolescentes e que mais tem sido alvo das recentes decisões de relativização do estupro.

Nessa direção, a análise da vulnerabilidade dos menores de 14 (quatorze) anos deve permear a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, uma total inaptidão para compreensão dos atos da vida sexual, a ausência de autodeterminação e autonomia de vontade para validar a prática, de modo que não se pode destinar qualquer valor

ao consentimento da vítima, pois o seu condicionamento psíquico ainda está em estágio de emergente expansão.

Tal situação ocorre em virtude de uma imaturidade biopsicossocial, que atribui o caráter do ser humano imaturo às crianças e adolescentes. Isso porque conforme a neurociência do desenvolvimento, para que o cérebro evolua é preciso contato direto com variadas experiências e estar exposto a estímulos. Eis que, nesse sentido, a maturidade retarda e não é uniforme para todos os indivíduos ²⁴.

Esse contato direto com experiências e a exposição a estímulos faz parte do fenômeno que influi no desenvolvimento desses atores sociais, que é justamente o contexto em que estão inseridos, o meio cultural em que vivem e as relações que estabelecem com os adultos e que vão delinear o modo de agir, de pensar e de se emocionar. É a construção das subjetividades, de especificidades próprias, que parte do espaço social para o espaço íntimo do 'ser'.

Na obra *Émile ou de l'éducation* (Emílio ou da educação), o escritor e filósofo genebrino Jean-Jacques Rousseau narra a vida de um menino órfão, do seu nascimento até o casamento, a partir do horizonte pedagógico da educação, do social e do político. O autor ao conceituar a infância aduz “queixamo-nos da condição infantil e não vemos que a raça humana teria perecido se o homem não tivesse começado por ser criança”²⁵. Nessa trilha, é justamente a partir da infância que o indivíduo começa a ganhar percepção das suas necessidades, é o início do longo processo formativo do homem, de refinamento da sua essência.

O mesmo contorno de importância reflete na passagem para a adolescência, em que o jovem não mais se reconhece criança e até se nega a aceitar tal condição. São bombardeados de uma complexidade hormonal e uma rebeldia acentuada, um eu lírico de melodramas existenciais. É o início da trama de inserção no mundo adulto.

São, portanto, fases que comprometem a racionalidade e a apreciação na tomada de decisões, já que possuem uma autonomia diminuída em razão de desordens emocionais, que influem no seu agir e pensar, causas de sua própria vulnerabilidade.

²⁴ LORDELO, Eulina da Rocha; BICHARA, Ilka Dias. *Revisitando as funções da imaturidade: uma reflexão sobre a relevância do conceito na educação infantil*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/DYFzvLN5GL3WMTQRcVghF5g/> Acesso em: 07 de ago. 2023.

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *Emílio ou Da Educação*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo, 1999. p.8.

A resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde²⁶, nos seus termos e definições, precipita a definição de vulnerabilidade como sendo o:

Estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido. (Brasil, Resolução nº 196, de 1996).

Podemos interpretar, por esse esclarecimento, que essa condição desfavorecida oportuniza a situação de hipossuficiência, favorecendo a fragilidade e dando encaixo a vulnerabilidade, condição intrínseca daqueles que ainda são dotados de uma escassez de autonomia e de agir com responsabilidade, de tomar para si um autogoverno para lidar com as vicissitudes do seu destino.

Assim, o fenômeno da imaturidade pode ser melhor entendido como uma função adaptativa de preparação para a vida humana, para aprender, de forma gradual, a lidar com as complexidades de cada fase, a desenvolver identidade própria, capacidades cognitivas, tomada de consciência e senso de pertencimento e ter uma evolução e desenvolvimento normais da personalidade, contornos da construção de uma trajetória humana ²⁷.

Nessa ótica, as políticas de amparo, sejam de assistência social, psicológica, ou no campo jurídico, a partir da conscientização da humanidade desses sujeitos, entram em ação como mecanismos de garantia dos direitos e das liberdades desses seres vulneráveis, que não possuem capacidade substancial para tutelar os seus próprios interesses.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente ao ampliar a interpretação do artigo 227 da Constituição Federal, em que garante à criança, ao adolescente e ao jovem:

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 (Brasil, Constituição Federal, de 1988)

²⁶ Conselho Nacional de Saúde (Brasil). *Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996. Diretrizes e Normas Regulamentadoras de pesquisa envolvendo seres humanos*. Brasília, 2012. Disponível em: https://unibave.net/download?arquivo=/2016/07/Resolu%C3%A7%C3%A3o-196_96-Vers%C3%A3o-2012.pdf, termos e definições - II. 28.

²⁷ LORDELO, Eulina da Rocha; BICHARA, Ilka Dias, op. cit.

A Carta Maior assegura, definitivamente, o papel de cidadão desde a primeira infância, mas acentuando a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento ²⁸. Tal aparato legislativo, um dos filhos da redemocratização, transforma em política pública a primazia da dignidade dessas crianças e adolescentes, promovendo conjuntamente com os setores sociais, a conscientização do seu bem-estar, a plenitude de sua priorização e o seu protagonismo. É a transferência do *status a quo* de objeto de controle e disciplinamento dos adultos, para um *status ad quem* de sujeitos de Direito.

Nesse ponto, por óbvio, como em toda relação jurídica, existe a contraprestação do dever. Assim, a condição peculiar de crianças e adolescentes em desenvolvimento gera essa condição especial de direitos específicos e deveres também específicos, que encontra limite na não violação dos direitos de terceiros, da mesma forma que ocorre com os adultos, em que gera deveres jurídicos específicos e correspondentes ²⁹.

As consequências legais denotam um peso diferente em razão do *quantum* de autonomia nas diferentes faixas etária e em respeito ao princípio da isonomia, em que concede tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na exata medida das suas desigualdades.

Nessa perspectiva, retomando a análise das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, o aplicador da norma tem reformado completamente o sentido da vulnerabilidade da vítima do estupro do Art. 217-A do Código Penal, à medida da sua parca análise circunstancial e subjetiva da realidade do caso concreto, tratando apenas como uma presunção do legislador de que a adolescente menor de 14 (quatorze) anos é vulnerável e que não pode consentir.

A hipótese do namoro entre a vítima e o acusado, a existência de filho proveniente do relacionamento e a mera pretensão de constituir família tem sido suficiente para afastar a incidência da norma e minimizar a prevalência da vulnerabilidade. Essa nova hermenêutica vem sendo fundamentada em detrimento de garantir um julgamento justo e imparcial, tendo em vista que a aplicação normativa revelar-se-ia muito mais gravosa ao acoimado. Por esse sentido, é o homem quem é

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

²⁹ ZAPATER, Máira Cardoso. *Direito da criança e do adolescente*. Disponível em: Minha Biblioteca, (2ª edição). Editora Saraiva, 2023, p. 25. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624603/epubcfi/6/8%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo1.xhtml%5D!4/2%5B_idContainer000%5D/2/1:7%5BDEC%2CIME%5D. Acesso em: 08 ago 2023.

tomado como ponto de referência na análise do fato e à menor, é garantido apenas a sua função colateral.

Os tribunais – que na sua atividade judicante deveriam promover o importante papel na solução de conflitos, uniformizando o entendimento sem comprometer a segurança do ordenamento vigente e tutelar o mister maior que é a dignidade da pessoa humana – relativizam a vulnerabilidade. Desse modo, toleram a brutalidade sexual ao corpo imaturo, enfatizando uma autonomia da vontade, uma autodeterminação e a capacidade da “criança libertina”³⁰ e da “adolescente precoce” de desenvolverem o seu próprio destino. Tudo isso desprezando possíveis mudanças biopsíquicas, justamente quando esses indivíduos estão despertando para a realidade da vivência, adaptando suas convicções pessoais e éticas, vivendo turbulências internas, sem falar da não consideração ao acréscimo hormonal que reflete no comportamento moral e emocional na passagem de uma fase para outra.

Criou-se um palanque para julgamento futurológico de competências pessoais. Os aplicadores da norma querem dar conta da construção das subjetividades humanas, a partir de suas visões heterodoxas, garantindo, nada mais do que a prerrogativa do descaso e a exposição ao risco.

A decisão de alterar o sentido da vulnerabilidade reforça o estratagema que dá ao homem o direito sob o corpo da mulher, restaurando, ou, podemos dizer, reestruturando em novas bases os costumes provincianos, em defesa da ideologia patriarcal e, dessa forma, sendo a menor de 14 (quatorze) anos merecedora do estupro. Afinal, chancela-se a capacidade do consentimento, de autodeterminar-se e de ter plena noção para lidar com as adversidades e os contornos de uma trajetória precipitada. Então, dessa forma, o homem não teria feito nada demais, não houve ofensa ao bem jurídico, não houve violência e, portanto, não existiu o crime.

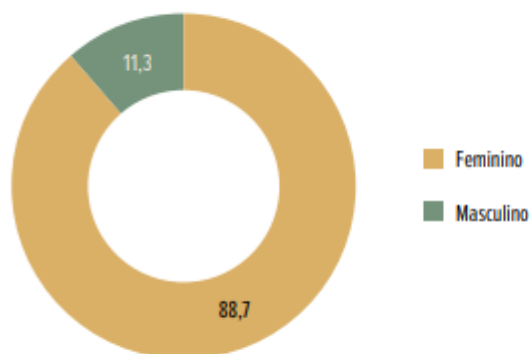
Porém, a violência é descortinada quando a própria judicância vicia o consentimento, perpetra a naturalização da invisibilidade das vítimas de estupro, frente às decisões judiciais, e minimiza a gravidade do dano causado a estas. O que deveria ser um garantismo, um suprimento para a deficiência normativa, uma tutela dos direitos, permanece gerando efeito perverso e nocivo à vida dos menores de 14

³⁰ Termo utilizado pelo sociólogo francês Georges Vigarello na sua obra História do Estupro. Violência sexual nos séculos XVI-XX, em que faz um percurso histórico e crítico de como a narrativa da violência sexual foi construída na sociedade francesa, as mudanças no direito, no processo e na validação da palavra da vítima.

(quatorze) que representa na sua maioria garotas (figura 04)³¹, legitimando a violência aos corpos femininos.

Figura 4 – Vítimas de estupro e estupro de vulnerável, por sexo - Brasil – 2022

Vítimas de estupro e estupro de vulnerável, por sexo
Brasil - 2022 (em %)



Fonte: Análise produzida a partir dos microdados dos registros policiais e das Secretarias estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.

Figura 4: Vítimas de estupro e estupro de vulnerável, por sexo - Brasil – 2022

Fonte: Análise produzida a partir dos micros dados dos registros policiais e das Secretarias estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social. Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023).

O que se tem visto é um verdadeiro “governo dos juízes”³² em que o tribunal no lugar de atuar nos moldes da intenção normativa, vem julgando a lei, ultrapassando o limite da sua competência, beirando a atuação legiferante. Como não existe uma teoria da inconstitucionalidade da decisão judicial, é o próprio magistrado quem está determinando o que é direito e o que não é direito.

Em alusão a Niklas Luhmann no seu estudo da Teoria Sistêmica e a sua ótica da autopoiese do direito, em que tal ciência cria e recria a sua organização normativa com base nos seus próprios elementos, as decisões refletem mais uma autofagia do organismo normativo, em que não se cria, mas se degrada os próprios componentes de sua referência inicial.

³¹ 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. op. cit.

³² Expressão utilizada no período de 1880-1937 como crítica à Corte Suprema dos Estados Unidos que interpretava a Constituição como uma espécie de superpoder para bloquear as decisões emanadas pelo voto popular e favorecer os interesses econômicos das grandes empresas. Esse termo também foi utilizado pelo professor neozelandês Jeremy Waldron nos seus estudos sobre a produção legislativa e a decisão judicial nos tribunais.

São Tomás de Aquino na questão XCVI, Artigo VI da Summa Theologica ³³ indaga o movimento do intérprete legislativo, aduzindo se “àquele que está submetido à lei, é lícito agir à margem das palavras da lei?”, ou seja, essa competência para o entendimento de que a vulnerabilidade deve ser interpretada a partir dos diferentes e genéricos contextos, da existência de relacionamento amoroso, ou da presença de um filho fruto dessa relação, da composição de uma unidade familiar, deveriam ser critérios de competência estabelecidos exclusivamente pelo legislador constituinte originário e não pelo tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça vem transformando uma garantia constitucional prevista no Art. 227 da Magna Carta, especializada e ampliada infraconstitucionalmente através da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em letra morta na realidade processual brasileira, puramente símbolo da presunção, do achismo do legislador à época de sua instituição. Inclusive, a despeito de tanta interpretação diversa, é de se indagar o que restará da vulnerabilidade e da garantia da proteção integral aos menores, quando o próprio sistema digere partes vitais de si mesmo?

Pelo visto, as letras da Constituição Federal, tida como parâmetro de legitimação das leis, só de fato detêm a sua força normativa se forem interpretadas pelos membros da referida corte e não por elas próprias, nem ao menos pela vontade do legislador constituinte originário. Frisa-se que o Superior Tribunal de Justiça não é órgão legiferante, mas sim órgão decisional. A atuação do tribunal constrange a proteção ao bem jurídico dignidade sexual, o qual nos debruçaremos a seguir.

3.2 A PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO DIGNIDADE SEXUAL

É cediço que em um Estado Democrático de Direito é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, valores fundamentais, consagrados no Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que desembocam nos interesses da sociedade e nutrem uma necessidade de proteção integral.

³³ TOMÁS, de Aquino, Santo. 1225?-1274. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 106. Disponível em <https://portalconservador.com/livros/Santo-Tomas-de-Aquino-Escritos-Politicos.pdf>.

É por essa relação de salvaguarda dos valores humanos, que os indivíduos, através do direito, regulam e ditam suas normas e, em razão disso, as suas perspectivas de comportamento em sociedade. Dessa forma, a proteção e o garantismo fazem com que o sujeito usufrua da plena capacidade de se desenvolver individual e coletivamente.

Nessa escala de amparo, em vista de uma convivência social pacífica e valores essenciais consagrados constitucionalmente, é que o Direito Penal encontra o seu sentido na tutela de bens jurídicos. Vislumbra-se, nessa seara, um relacionamento intrínseco entre a relevância do que se pretende proteger e a extensão da norma penal incriminadora.

A teoria do bem jurídico foi anunciada no mundo jurídico-penal pelo autor alemão Johann Michael Franz Birnbaum, quando publicou em 1834 um estudo sobre a tutela da honra. Neste, o teórico idealizou um conceito primitivo em que consistia em “um conjunto de valores, de conteúdo liberal, que fosse apto a basear a punibilidade dos comportamentos que os ofendessem”³⁴. Após essa inserção, a temática ganhou maior relevância ao final da Segunda Guerra Mundial, em vista de tamanha desumanidade vivenciada, como limite a atuação punitiva do legislador, garantindo a seara penal uma função subsidiária.

Assim, sabe-se que o Direito Penal, no seu papel principiológico de *ultima ratio*, somente precipita a tutela ao bem juridicamente relevante quando ele, unicamente, é capaz de evitar perigo direto a esse bem ou de punir, à altura, a lesão provocada. Depreende-se, portanto, que o limite material do direito penal e do *jus puniendi* estatal, é o bem jurídico. É o intento teleológico da ordem penal.

Nestes termos e condições, quando visualizamos os crimes previstos no Título VI do Código Penal, antes da alteração realizada, o contexto histórico fazia prevalecer os bons costumes e a moral sob a dignidade da vítima, havendo uma vasta ingerência na vida íntima e privada dos cidadãos

Depois da alteração promovida pela Lei 12.015/2009 – ao abolir a nomenclatura “dos crimes contra os costumes” e adotar a inscrição “dos crimes contra a dignidade sexual” e excluir condutas como o rapto de mulher honesta (antigo Art. 219, CP), sedução de mulher virgem (antigo Art. 217, CP) – o legislador projetou no sentido da

³⁴ RUDOLPHI, 1975 *apud* BECHARA, 2009. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/441/1>. Acesso em 13 set 2023.

dignidade humana, a dignidade sexual, tornando-a uma espécie desse gênero, pois não havia mais uma moral sexual e social a ser tutelada. Há, agora, o ímpeto de reconhecer e respeitar a integridade física, a autonomia e a liberdade dos indivíduos. Foi uma tentativa de superar a subordinação entre os sexos e a submissão da mulher sob o carnal. Também, observa-se que houve uma referência ao princípio constitucional da igualdade, visto que a redação do crime de estupro retira a mulher como vítima exclusiva, abrangendo no novo contexto tanto o gênero feminino quanto o masculino.

Mas, retomando o debate acerca da dignidade, esta foi recepcionada pela Constituição de 1988 como princípio norteador e fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, prerrogativa de todo sujeito, o fim último de toda a sociedade e o simbolismo da existência do próprio Estado, já que o mesmo foi criado para que as necessidades de todo corpo social pudessem ser atendidas. Conforme afirma Kant (2004, p. 65) ³⁵ “[...] a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade [...]”

Nesse contexto, importante salientar, que o Brasil, em 9 de junho de 1994, firmou instrumento internacional denominado Convenção de Belém do Pará ³⁶, em que assumiu o compromisso formal de reconhecimento irrestrito aos direitos humanos das mulheres, como forma de tentar erradicar a violência projetada nestas, entendendo-se por violência “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” – Art.1º do Decreto 1.973, de 1 agosto de 1996 –, em observância ao gozo e ao pleno exercício de suas liberdades fundamentais, reconhecendo que qualquer violação a seus direitos constitui ofensa direta à dignidade humana.

Sob esse enfoque, a mudança ocorrida no Código Penal evidencia um choque laico no que anteriormente era vislumbrado pelo padrão da moralidade, da incriminação do pudor, agora, privilegiado na proteção a um desenvolvimento pleno e sadio da liberdade sexual e da capacidade de autodeterminação.

³⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

³⁶ BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1 de agosto de 1996. *Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm.

No caso dos menores de 14 (quatorze) anos, circunscritos no tipo autônomo estupro de vulnerável, privilegiou-se a tutela da vulnerabilidade do sujeito passivo e não a plena disponibilidade do direito e do exercício da liberdade sexual, pois entende-se, justamente, que ainda não houve a expansão do seu condicionamento biopsíquico que influencia no desenvolvimento dos contornos de sua maturidade.

Sob essa ótica, ocorre a transição de um sistema legal e um Estado inexpressivo no tocante à dignidade sexual para uma política criminal que reforça o compromisso com o estímulo a iniciação sexual saudável, evitando potenciais e irreparáveis consequências de ordem emocional. Tal abordagem também se opõe à exploração de segmentos da população em fase de desenvolvimento, por adultos inescrupulosos que buscam satisfazer seus incontroláveis prazeres.

Todavia, apesar da submissão a esse construtivismo que elevou a reprovabilidade e que repensou as arestas do discurso pelo viés da proteção integral, o bem jurídico dignidade sexual reforçadamente discutido, entendido e utilizado como base para as decisões, talvez por uma manutenção hedonística do instinto sexual, vem sendo permanentemente lesionado pela Corte do STJ, no tocante à promoção dessa dignidade envolvendo os menores vulneráveis.

Conforme abordado alhures, no capítulo 1(um), subtópico 2.2, que trata da relativização do estupro de vulnerável nas recentes decisões (2021-2023) do Superior Tribunal de Justiça, a lesão ao bem jurídico vem sendo tolerada e minimizada por fatores colaterais, em nome da proteção do que é justo, estando o estrito cumprimento do dever legal na contramão da justiça. Vejamos como a fundamentação vem sendo apreciada na jurisprudência:

Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, **denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.** (Brasília, 2023, grifos nossos)" ³⁷

A condenação de um jovem que, na época dos fatos, tinha 19 anos, hoje com 25 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, **revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo**, utilizando-se as outras técnicas e formas

³⁷ REsp 1.977.165/MS, Relator Olindo Menezes, Sexta Turma, Julgado em 16/05/2023, DJe 25/05/2023.

legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional)". (Brasília, 2022, grifos nossos).³⁸

Frisa-se, que este mesmo padrão se repete nos demais julgados já citados no subtópico 2.2 do capítulo 1(um), quais sejam, REsp Nº 2.019.664/CE, HC 772.844/MT AgRg no AgRG no AREsp 2.177.806/CE REsp Nº 1.919.722/SP, tendo em vista que é o mesmo relator, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, e o mesmo órgão julgador, a quinta turma do STJ.

É importante ponderar que a norma penal incriminadora prevista no Art. 217-A prescinde da análise da razoabilidade ou da proporcionalidade do intento criminoso para ser tipificada, afirmando o doutrinador Cleber Masson³⁹ que tal princípio é posto a funcionar como uma "forte barreira impositiva de limites ao legislador". Também não pode servir de sucedâneo para minimizar a culpabilidade do agente outros critérios colaterais como o consentimento da vítima, eventual contato sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso. Muito menos influi na tipificação delituosa as condições pessoais do acusado ou se o mesmo oferece risco ou não à sociedade.

Aqui, também não precisa de constrangimento ou violência para incidir a culpabilidade do agente. O elemento especializante da norma é a idade da vítima, "menor de 14 anos", punindo, portanto, qualquer prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.

O direito, que aparentemente era para ser um local seguro e atento aos deslindes sociais, passa a ser palco do drama criminal que é a tolerância do abuso. Os destinatários imediatos da proteção integral, as crianças e adolescentes, estão, agora, na pauta da indiferença institucional, de um Estado que afirma o seu desinteresse pela tutela da dignidade desse público, que na sua esmagadora maioria compreende as mulheres menores de 14 (quatorze) anos.

Conforme explicita a teoria constitucional do direito penal, quem elenca os valores a que deverão ser destinados a devida importância, é a Constituição Federal e, a partir disso, o direito penal estende a sua proteção. E no tocante à tutela das crianças e adolescentes, a Magna Carta é exponencial nos cuidados e na promoção desses atores sociais, destinando nos seus artigos 226 e 227 especial atenção.

³⁸ AgRg no REsp 2.029.009/RN, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/12/2022, DJe 14/12/2022.

³⁹ MASSON, Cléber. Direito Penal - parte geral (arts. 1º a 120). São Paulo: Método, 2019, p. 135.

Além disso, o Brasil, perante os seus pares internacionais também é signatário de tratados e acordos que conferem maior amplitude à tutela irrestrita de crianças e adolescentes, como no caso da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, de 21 de novembro de 1990 ⁴⁰, em que compromete todos os Estados-partes à proteção contra todas as formas de abuso e exploração sexual

Nessa perspectiva, quando o intérprete da norma considera que a conduta “embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado” além do menosprezo à teoria dos bens jurídicos, ofensa clara e direta à Constituição e descumprimento de tratados internacionais, é um grande indicativo de que a lei penal se tornou ineficaz, haja vista que perdeu o seu intento teleológico.

Outro fator de gravidade e que é desencadeado em consequência, é a violação ao artigo 97 da Constituição Federal, que denota a Cláusula da Reserva de Plenário. Assim, conforme redação, só poderá ser declarada inconstitucional uma lei ou ato normativo do poder público pelo voto da maioria absoluta dos membros ou pelos membros do respectivo órgão especial.

Como a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos confere imediata subsunção ao tipo penal e foi essa a opção do legislador constituinte originário, não permite que o tribunal se contrarie e tome posicionamento diverso, simplesmente afastando a sua incidência, e, principalmente, adotando critérios que não estão elencados, incorrendo, nesse caso, na violação do supracitado artigo.

E em vista da fundamentação a que vem se propondo o aplicador da norma, é se de indagar o que seria a “prevalência do justo” na balança do tribunal? Seria, pois, a demonstração do seu desinteresse ao atribuir valor tão ínfimo à dignidade sexual dos menores de 14 (quatorze) anos, que chega a não merecer a extensão da norma penal? Ou talvez o entendimento de que a proteção ao bem jurídico dignidade sexual foi transferida para a tutela da dignidade do homem?

Nesse caso, sopesar diferentemente os valores de dignidade humana, ao passo de se diminuir a dignidade da vítima em prol de salvaguardar a dignidade do acusado representaria a tão citada não subversão do direito penal? É a política criminal sob a simples retórica da evolução dos costumes legitimando a sua absoluta

⁴⁰ BRASIL. Decreto Nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. *Promulga a Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

tolerância com a cultura da violência, do estupro e perpetuando a desigualdade de gênero.

Não se pode conferir espaço para interpretações brandas quando o legislador constituinte foi obstinado ao garantir absoluta prioridade no combate à toda forma de opressão e violência às crianças e adolescentes. Não pode o julgador aquilatar o discernimento da vítima e nessa perspectiva fazer uma compensação dos valores de consentimento, para mais ou para menos, como forma de legitimar a lesão ao bem jurídico dignidade sexual.

É um mecanismo hermenêutico que vem cultuando repugnante impunidade, pois não se trata de um público fisiologicamente ajustado e muito menos com uma liberdade plena e idônea e, portanto, não se pode igualar as experiências e atribuir o mesmo tratamento àquele que é destinado às faixas etárias mais distantes.

3.3 SOBRE O CONSENTIMENTO NO CONTEXTO DA VULNERABILIDADE

Conforme abordado no primeiro subtópico, a compreensão da vulnerabilidade perpassa fatores tanto externos quanto internos, variantes do contato com diversas experiências sociais e exposição a estímulos, em que contribui o contexto a que estão inseridos, o meio cultural em que vivem e as relações que estabelecem com os adultos. São aspectos que comprometem a racionalidade e a apreciação na tomada de decisões, em razão de uma autonomia, como já vista, momentaneamente diminuída.

Nesse ponto, necessariamente, dentro de um Estado Democrático de Direito, a autonomia é um norteador que conduz o indivíduo na sua capacidade de autodeterminação, a disciplinar os seus desejos e as suas vontades e se entender a partir da sua construção, da construção da sua subjetividade e das relações sociais. Por sua excelência, pode-se considerar um dos valores de maior preponderância do sujeito contemporâneo.

Dessa forma, só é autônomo aquele que tem desenvolvida certa capacidade de discernimento, um senso racional do que é certo e do que é errado, a consciência da sua realidade, um autogoverno de si mesmo. É aqui que a autonomia valida o

consentimento. Este último trata-se de uma permissão, uma autenticidade externada pelo próprio indivíduo.

Para ter o consentimento válido, o indivíduo precisa ter consciência livre e esclarecida sobre aquilo que consente e os efeitos e consequências advindos desse comportamento. Além disso, esse padrão precisa ser concedido previamente ou simultaneamente e o sujeito precisa ter autonomia para dispor do bem jurídico. Aqui, a vítima “conhece e geralmente demonstra querer o resultado lesivo, deixando para o autor o encargo da lesão ao bem jurídico” ⁴¹.

Como a vulnerabilidade se destaca justamente por uma inaptidão para compreensão, uma imaturidade biopsicossocial intrínseca àqueles que possuem uma autonomia escassa, esta surge, então, como um fator de invalidação do consentimento. O indivíduo vulnerável não desfruta de toda uma capacidade cognitiva necessária para renunciar subjetivamente ao bem jurídico, como representação do exercício da sua liberdade constitucional. Portanto, nesse ponto, ele não tem capacidade para consentir.

Parte da doutrina brasileira, como Damásio de Jesus ⁴² e Pierangeli ⁴³ assim como outros códigos alienígenas, concordam e sustentam como guia da capacidade de consentimento o critério etário, sendo no caso brasileiro o do maior de 18 anos, padrão estabelecido na cessação da menoridade disposta no Código Civil e da imputabilidade penal presente no Código Penal.

Por outro lado, outros autores como Juarez Cirino ⁴⁴ e Juarez Tavares ⁴⁵ afirmam que tal capacidade não deve ser mediada pelo critério etário, não constituindo meio idôneo de análise, devendo, portanto, ser deduzida e determinável pela observância do caso concreto e do “juízo do titular do bem jurídico afetado,

⁴¹ FONSECA, Ana Clara Montenegro. *Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito do Recife. Recife, p. 164. 2009, p. 127. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4736/1/arquivo6332_1.pdf. Acesso em 14 set 2023.

⁴² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal (parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 403.

⁴³ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.138.

⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.262.

⁴⁵ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Revista da Faculdade de Direito da Ufpr, Curitiba, 1969, pp. 257-270. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7163/5114>>. Acesso em 30 ago. 2023.

determinável como questão de fato, independentemente da idade”⁴⁶. Claus Roxin⁴⁷ também abarca o mesmo entendimento, em que, excetuando as crianças, a capacidade de compreensão deve ser balizada de acordo o caso concreto.

Inclusive, nessa perspectiva do direito, a capacidade de consentimento do ofendido pode atuar como uma causa de exclusão da ilicitude ou da própria tipicidade, sendo considerada causa supralegal de exclusão da responsabilidade e renúncia à proteção penal. A frase presente no Livro 47 do Digesto do jurista romano Ulpiano *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, com tradução “o que se realiza com a vontade do lesado não constitui injusto” consolida o apego dos penalistas que utilizam a célebre frase como uma máxima jurídica e um socorro na aplicação das causas de exclusão.

É tanto o consentimento da vítima rechaçar a possibilidade do crime, que a absolvição do acusado sob essa justificativa é muito embasada na etimologia da palavra ‘estupro’, que denota uma relação sexual com emprego de violência ou grave ameaça, não havendo, portanto, nenhum tipo de presunção de violência, devendo ser comprovando o dissenso do sujeito passivo pelo uso da força.

Apesar da controvérsia doutrinária e em que medida se concorre a capacidade de consentimento e a responsabilidade penal, na temática em questão, aportamos no contexto que trata a vulnerabilidade como uma causa que invalida o consentimento, tendo em vista tratar-se da liberdade de disposição de um bem jurídico, do contexto de que o ofendido é quem suporta sozinho a lesão a esse bem e da tamanha relevância que adquire a manifestação da vontade quando destinada ao público das crianças e adolescentes, menores de 14 (quatorze) anos.

Sob esse enfoque, com relação às condições de validade do consentimento – consciência livre e esclarecida sobre aquilo que consente e os efeitos e consequências advindos desse comportamento, necessidade de concessão prévia e autonomia para dispor do bem jurídico – o vulnerável etário, em razão de sua condição desfavorecida, que oportuniza a sua hipossuficiência e fragilidade frente as vicissitudes da vida e por todo aparato protetivo construído e reforçado no ordenamento jurídico ao longo dos anos, por óbvio, não é o ser mais ajustado para se

⁴⁶ SANTOS, op. cit., p. 262.

⁴⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 538.

responsabilizar e dispor do seu bem jurídico, precipitando danos de ordem psíquica por consequência dos desdobramentos de sua decisão, devendo ser protegido de si mesmo.

Quanto ao sujeito ativo, destinatário do consentimento, este tem, diante de si, um bem jurídico inteiramente disponível, se beneficiando como bem entender, e é justamente o ponto em que a Política Social e Criminal, no seu intento teleológico, redobra os cuidados a fim de evitar o aproveitamento dos corpos imaturos e a iniciação sexual precoce por indivíduos que se valem da imaturidade e inocência para satisfazer os seus prazeres carnavais. Busca-se evitar a exploração, uma produção explícita, sexual e pornográfica, em torno de crianças e adolescentes, a conhecida prática da pedofilia, cuja característica é a obsessão e compulsão sexual por esse público.

Nesse sentido, por meio da promoção legislativa e jurisprudencial, o ordenamento jurídico brasileiro foi categórico e taxativo na proteção à dignidade sexual e disposição da liberdade do menor de 14 (quatorze) anos, na literalidade da Lei 13.718/2018, que aperfeiçoou o art. 217-A do Código Penal inserindo o parágrafo 5º e da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, enfatizando que no crime de estupro de vulnerável o consentimento da vítima é irrelevante e as penas se aplicam independentemente. Além disso, a lei 12.015/2009 alterou a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) introduzindo no art.1º inciso VI o referido estupro.

Porém, ainda assim, a vulnerabilidade é descortinada e exposta sob a ótica da adequação social e contemporânea, das mudanças ocorridas ao longo do tempo nos costumes, esquecendo que a legislação que alterou o *codex* penal é relativamente atual, datada de 2009 e não mais do *modus operandi* de 1940, um lapso temporal de 69 (sessenta e nove) anos.

À propósito, as fundamentações atuais reforçam mais o pensamento sexista e retrógrado daquela época, frequentemente observado em processos que tratam de crimes de natureza sexual, atribuindo a imagem de provocadoras e libertinas às crianças e adolescentes para justificar a todo custo a sua capacidade de consentir e de se relacionar sexualmente, como pretexto para julgar o seu comportamento e criar com contornos duvidosos uma excludente de ilicitude.

Além disso, atribuem a estas uma conduta degradante, estabelecendo uma espécie de idiosincrasia que leva a afirmação de que as vítimas desejaram ou mesmo buscaram a violação sexual e estão satisfeitas com isso. O magistrado cria um caminho antípoda, frágil, despido de lastro científico, em que o próprio sujeito passivo

é quem favorece a sua exploração sexual e por isso leva à dicção do direito o entendimento de um dever de abstenção.

Outro ponto que surge e que fora comentado acima, é que como o crime de estupro necessariamente exige o dissenso da vítima e o uso da violência, grave ameaça ou o próprio constrangimento sexual para ser contemplada a incidência normativa, os intérpretes atribuem essa mesma necessidade ao estupro de vulnerável, criando a carência de uma “violência real” e, diante da sua ausência, utilizam o pretexto do consentimento da menor vulnerável para excluir o crime e quebrar o próprio fundamento da norma.

Atribui-se, portanto, um consentimento inexistente em um contexto normativo que não permite exploração contrária e nem ativismo judicial em nome da construção de uma entidade familiar que já nasce desajustada. A norma é fechada e com critério objetivo especializante, dessa forma, independentemente de consentimento. Assim, como o regramento não prevê nenhum tipo de exceção, trata-se de uma obrigação cogente a sua aplicação uniformizada.

4 A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL E UM RECORTE DE GÊNERO

É cediço que onde há sociedade existe crime. Nessa senda, o papel fragmentário, subsidiário do Direito Penal vem à baila para dispor normativamente sobre as condutas dos agrupamentos sociais a fim de preservar a convivência pacífica e igualitária dos seus cidadãos.

Neste último capítulo, em vista dos requisitos que compõem um evento criminoso (fato típico + ilícito + culpável) e do funcionalismo teleológico proposto por Claus Roxin, por efeito de um direito que componha questões finalísticas e valorativas, nos empenhamos em observar, inicialmente, a importância da conduta humana na teoria do delito e a sua contribuição para a construção da tipicidade.

Em seguida, levando em consideração a delimitação da tipicidade, observa-se os argumentos utilizados nas decisões, a partir da perspectiva do Princípio da Insignificância, a qual vem culminando no pleito absolutório do acusado pela perspectiva da atipicidade material e, por óbvia, a consequente não responsabilização do criminoso.

Por fim, revolvemos a análise no olhar mais crítico sob o funcionamento do sistema de justiça penal frente aos crimes de natureza sexual, como parte integrante de uma sociedade machista, sexista e que dispõe para além do tecnicismo de controle de conduta, de um tecnicismo moral que inverte os polos da ação e transmuta o posto da vítima para o de culpada.

4.1 A TIPICIDADE COMO UM REQUISITO DO CRIME

Sob a ótica do brocardo *nullum crimen sine conducta*, não há crime sem conduta. A conduta humana é a base na qual a Teoria do Delito constrói a sua solidez e compõe os seus conceitos de fato típico, antijurídico e culpável.

Por fato típico, entende-se a adequação da conduta à norma que esta positivada; antijuridicidade significa um juízo de reprovabilidade daquela determinada conduta; e culpabilidade, é o juízo de reprovabilidade que agora recai sobre o autor do fato. Lembrando, que a conduta humana se expressa tanto pela ação quanto pela omissão, constituindo duas formas essenciais de um fato punível.

Bittencourt ⁴⁸, ao explicitar a contribuição de Von Liszt na elaboração do conceito causal de ação, repercute que para o teórico alemão, a ação é um ato volitivo de manifestação de vontade, um movimento corporal voluntário, seja ele ativo ou omissivo, que produz modificações no mundo exterior. Assim, a *manifestação da vontade*, o *resultado* e a *relação de causalidade* são os elementos que compõe esse conceito de ação elaborado pelo jurista germano.

Essa perspectiva reforça o ideário penal presente em todo Estado Democrático de Direito, em que o indivíduo será punido pelo seu ato e não por sua personalidade. Rechaça-se o sistema jurídico do direito penal do autor, inconcebível no mundo contemporâneo, mas tão fortemente construído em anos de história nazista, de perseguição a judeus, negros e homossexuais, em que se visualiza uma espécie de deficiência moral, genética a qual merecia punição.

Todavia, na concepção atual de reprovação da conduta do autor do fato, considera-se que nem todo agir humano poderá ser apreciado como relevante e é justamente por isso, como afirma Claudio Brandão ao esclarecer a respeito da tipicidade na sua obra *Curso de Direito Penal - Parte Geral* ⁴⁹, que o legislador precisa reduzir a conduta penalmente expressiva a um *tipo*.

Nesse sentido, Brandão, ao reforçar que o conceito de ‘tipo’ foi formulado pelo penalista alemão Ernest Von Beling e desenvolvido na sua obra “A Doutrina do Delito”,

⁴⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 159. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3792-8/pageid/201>. Acesso em: 04 set 2023.

interpreta que tipo “seria uma pura descrição objetiva, isenta de qualquer juízo de valor” ⁵⁰.

Contudo, o próprio autor discorda da análise desenvolvida por Beling, pois constata que “nem todo tipo penal é uma pura descrição objetiva”, podendo comparecer elementos subjetivos que expressam um determinado juízo de valor. É o que ocorre no caso do §1º do Art. 130 do código penal, em que o elemento subjetivo é expressado no sentido da palavra ‘intenção’, que será norteadada pelo agente: “Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado. § 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia [...]”.

Assim, não sendo o tipo considerado como uma mera descrição objetiva, seria o conjunto de elementos que vão compor um determinado crime, dentre eles a conexão entre a tipicidade e a antijuridicidade. E é o tipo quem orienta a tipicidade, sendo esta última, como já citada, a adequação da conduta humana ao tipo penal incriminador, a correspondência entre o fato e a descrição do delito.

Nessa perspectiva, Brandão ⁵¹ elabora que a tipicidade deve ser vista como a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, ou seja, o meio pelo qual se deduz que determinado fato é ilícito, é antijurídico, o primeiro indicativo de desvalor da conduta e da existência de um crime.

Além disso, o elemento tipicidade, também guarda relação com o Princípio da Legalidade, pois funciona como uma garantia de que “somente será possível imputar uma pena como consequência jurídica de uma conduta criminosa, caso a mesma esteja prevista na lei” ⁵². Não sendo a conduta adequada a determinado tipo, está não será relevante para o mundo jurídico-penal.

A partir da concepção e construção da *conduta*, notou-se, que a mesma estava divorciada da missão do Direito Penal. Assim, na década de 1970, as teorias funcionalistas ganham relevância, buscando adequar a dogmática penal aos seus fins. Na ocasião, o jurista e teórico alemão Claus Roxin ⁵³ desenvolve a sua Teoria do Funcionalismo Teleológico, trazendo um marco na evolução do direito, manifestando

⁵⁰ BELING *apud* BRANDÃO, 2010.

⁵¹ BRANDÃO, op. cit., p.161.

⁵² BRANDÃO, op. cit., p. 164.

⁵³ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 18-19.

que o Direito Penal tem no seu mister a proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes ao convívio pacífico em sociedade e fundamentais aos indivíduos. Para o teórico, a simbiose entre a conduta e bem jurídico revela que a conduta é um comportamento humano voluntário causador de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Logo, sendo esse o seu contorno maior, pode-se aferir que não há tipicidade quando a conduta humana, embora enquadrada na norma que esta positivada, no seu tipo penal incriminador, não viola o bem jurídico a que se pretende tutelar. Depreende-se, nesse caso, a associação entre a conduta e o seu valor destinado à missão do Direito Penal

Tal entendimento é acompanhado do brocardo *nullum crimen sine iniuria* (não há crime sem ofensa) que estabelece o Princípio da Ofensividade, o qual assenta que o Direito Penal só deve se manifestar quando a conduta do agente produzir efetiva ou potencial lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Assim, pela perspectiva do que foi até então exposto, devemos compreender que a tipicidade, como um requisito do crime, se desenvolve de duas maneiras: Formal e Material. Por tipicidade formal, entende-se a perfeita subsunção da conduta ao preceito primário da norma, ao seu tipo penal, como por exemplo o preceito inscrito no Art. 121 - Matar alguém; ou no Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel; ao passo que a tipicidade material se qualifica quando há a efetiva lesão de um bem jurídico penalmente tutelado, como a vida, a liberdade, patrimônio, entre outros.

Anteriormente, para a compreensão do cometimento do ilícito, a doutrina se contentava apenas com a tipicidade formal, a partir do momento que o comportamento do agente se enquadrava no tipo. No entanto, na contemporaneidade, os teóricos complementam a dimensão formal com a dimensão material, deixando de ser a tipicidade a mera subsunção do fato à norma, passando a operar por um juízo de valor que compreende a relevância da lesão ao bem tutelado. O crime, portanto, na sua totalidade, exige uma dupla ordem de valoração.

Nesse sentido, existindo a tipicidade formal segue-se à análise da tipicidade material. Se não houver àquela, esta não será apreciada e o fato é tido, desde então, como atípico formalmente, afastando-se a responsabilidade penal. Por outro lado, se a tipicidade formal estiver presente, mas faltar relevante lesão a bem jurídico, trata-se o fato como atípico materialmente e também se elimina o crime.

É o que ocorre, por exemplo, quando se aplica o Princípio da Insignificância, em que a tipicidade material é afastada, pois a lesão ao bem jurídico é pequena demais para justificar a intervenção penal. Aqui, o fato típico, substrato do delito (fato típico + ilicitude + culpabilidade) é excluído por tal princípio.

Somado a isso, a sua ligação com os crimes de bagatela enfatiza o papel subsidiário do direito penal na intervenção de casos jurídicos, reconhecendo a sua intervenção somente nas hipóteses em que a lesão a determinado bem seja realmente de certa gravidade, intolerável e expressiva.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça utilizam como parâmetro para aplicação do Princípio da Insignificância ou crime de bagatela requisitos como (1) mínima ofensividade da conduta do agente; (2) ausência de periculosidade social da ação; (3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (4) inexpressividade da lesão jurídica causada. Por outro lado, em crimes que envolvam violência ou grave ameaça à pessoa, a sua aplicabilidade é vetada. Depreende-se, então, que tal princípio se empenha em concretizar a intervenção mínima do Direito Penal e o princípio da ofensividade.

E é nessa via de pensamento, que o Superior Tribunal de Justiça vem atuando frente aos casos atuais de estupro de vulnerável. O Tribunal vem utilizando da retórica da intervenção mínima do Direito Penal e o seu controle subsidiário para justificar que a realidade descritível dos casos concretos não valora uma situação injusta e que, embora a conduta do réu seja formalmente típica, o fato não constitui infração penal, pois não tem relevância social e mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Assim, o aplicador da norma derrota o precedente normativo e no jogo dos pesos e contrapesos pondera a mais o pleito absolutório na perspectiva da atipicidade material, eliminando a responsabilidade do autor do fato, valorando minimamente a sua conduta.

Retomemos, abaixo, a análise das recentes decisões do STJ, os desdobramentos da exclusão do crime a partir da prevalência da atipicidade material e a utilização discreta dos contornos do princípio da insignificância na desconsideração do delito.

4.2 A EXCLUSÃO DO CRIME NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A variedade dos casos de estupro de vulnerável que vem desaguando recentemente às margens da Quinta Turma do STJ, revelam um contexto que carece de argumentos idôneos e que obedeçam, minimamente, a estrita legalidade normativa. O afastamento de norma cogente com base nas especificidades da análise casuística, excluem o crime e, conseqüentemente, retira a responsabilidade penal do autor do fato.

Conforme o Art. 4º do Código Penal, que explicita a respeito do momento em que o agente comete o delito, “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”, depreende que a tutela penal deve ser analisada à época da prática da conduta criminosa (ação ou omissão).

Todavia, o que se tem visto nos julgados da Corte Cidadã, é uma análise que leva em consideração o panorama que foi desenvolvido após a consumação do delito. A linha de intelecção considera que a manutenção do relacionamento amoroso entre autor e vítima, a concordância dos pais e a existência de filho proveniente dessa relação, cujo genitor o tenha registrado, impede a aplicação do enunciado sumular 593 do STJ e a aplicação da dosimetria da pena, chegando a corte se convencer de um resultado zero de fixação da penalidade, devido ao reconhecimento da atipicidade material da conduta.

É como se o aplicador da norma aguardasse os futuros desdobramentos do precoce envolvimento amoroso para balizar, para mais ou para menos, a gravidade ou não de suas conseqüências, e somente a partir daí aferir se a conduta merece a resposta penal. Não se avalia o contexto social em que aquela criança ou adolescente está inserida, nem mesmo imprevisíveis riscos de ordem emocional e psíquica que possam vir à tona. É uma teratologia jurídica patente, em que o tempo do crime se prolonga em perigosas conseqüências advindas do tocante à prática de atos sexuais com menores de 14 (quatorze) anos.

Não se evoluiu no discurso da autodeterminação sexual, muito pelo contrário, como já abordado em linhas anteriores desse trabalho, abre-se um precedente perigosíssimo de um problema social que é a prática da pedofilia e agora, legalmente assistida, em que o aplicador da norma flerta entre relações de abuso e afeto, visando a construção de um núcleo familiar.

O STJ persiste em devanear com o passado, seja com a frequente busca de uma presunção de violência já estancada em alterações legislativas, seja retomando a concepção do já revogado art. 1.520 do Código Civil em que permitia o casamento com menores de 16 (dezesesseis) anos para evitar a pena criminal do agente e do também revogado art. 228 do Código Penal de 1830, em que o matrimônio entre o estuprador e a vítima constituía hipótese de perdão ao acusado.

Dito isso, retomando a análise do conteúdo dos julgados já citados no decorrer desse texto, podemos interpretar a fundamentação da Quinta Turma a partir de uma utilização discreta da razão fundamental de ser do Princípio da Insignificância, a sua validade nos moldes de infrações relativamente insignificantes, em que a aplicação da pena se mostra injusta e mais gravosa, mostrando o atual entendimento, nas palavras do ministro Olindo Menezes no REsp Nº 1.977.165/MS uma forma de “combater a visão intransigente da lei”.

Como abordado no subtópico anterior, tanto o STF quanto o STJ utilizam como parâmetro de validação de tal princípio requisitos como (1) mínima ofensividade da conduta do agente; (2) ausência de periculosidade social da ação; (3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (4) inexpressividade da lesão jurídica causada. Associemos cada um deles com o teor das fundamentações jurídicas dos acórdãos já citados: REsp Nº 1.977.165/MS, REsp Nº 2.019.664/CE, REsp Nº 2.029.009/RN, HC 772.844/MT, AgRg no AgRg no AREsp 2.177.806/CE e AgRg no REsp Nº 1.919.722/SP.

No que diz respeito à mínima ofensividade da conduta do agente, é sempre uníssono no atual entendimento minoritário a inexistência de relevante lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, a ponto de resultar a desnecessidade de aplicação da sanção ao acusado. Tal fato é evidenciado por fatores como a existência de filho, as partes estarem com o intuito de constituir família, o filho ter sido registrado pelo genitor e, principalmente, que a vítima já possuía compreensão para ter plena consciência do que estava fazendo, a ponto de ensejar a sua invulnerabilidade.

Aqui, a impressão revelada, é que a vulnerabilidade é um elemento pelo qual a vítima deve demonstrar, de fato, que merece a sua sujeição.

Quanto ao requisito da ausência de periculosidade social da ação, a justificativa varia em torno do comportamento do denunciado, que, à propósito, é visualizado como irrelevante de forma que não coloca em risco o meio social nem o bem jurídico protegido. Portanto, para não se sujeitar à aflição de ter que suportar a “estigmatização

pela sociedade, diante da etiqueta de estuprador”, a sua condenação não demonstra nenhum proveito.

A análise detida das particularidades do caso concreto providencia um etiquetamento *in bonam partem* da conduta do agente pela perspectiva do comportamento da vítima, sempre o colocando como protagonista e a menor sendo um “apêndice”, mantendo a sua função colateral de provocadora e consentida. Tal juízo é suficiente para reduzir o terceiro requisito, que é o grau de reprovabilidade do comportamento, de modo que afasta a necessidade de intervenção do direito penal a fim de evitar responsabilidade penal subjetiva.

Como último requisito, a inexpressividade da lesão jurídica causada se revela na medida final tomada, que é o pleito absolutório na perspectiva da atipicidade material, ou seja, a exclusão do crime, evidenciado quando da discricionariedade do julgador em não considerar o fato relevante socialmente e a inexistência de ofensa ao bem jurídico dignidade sexual, tampouco que tenha ocorrido lesão ou ameaça à formação moral da vítima. Assim, a situação é sopesada de acordo o *quantum* de gravidade concreta, medida pela discricionariedade do intérprete, e não pela adequação da conduta à norma.

Outro ponto já balizado no capítulo anterior e que influencia na aplicação do Princípio da Insignificância, é o cometimento do ilícito com uso de violência ou grave ameaça à pessoa.

Para caracterizar o delito de estupro, necessariamente, deve integrar o tipo o dissenso da vítima em meio ao uso da violência ou grave ameaça para constrangê-la à prática sexual. Como o estupro de vulnerável não traz nenhum desses elementos na sua descrição típica, a carência de uma “violência real” é utilizada para descontemplar a vulnerabilidade da vítima com o contexto de que a mesma quis manter as relações sexuais com o acusado, não sendo, em nenhum momento, constrangida por violência ou grave ameaça, para tal desígnio.

Dessa forma, analisando a compreensão da funcionalidade do Princípio da Insignificância, ousamos acreditar que a Corte Superior o esteja utilizando, como já dito, de maneira discreta, atribuindo o juízo da tipicidade negativa em casos dessa natureza, apesar de ser um crime, indiscutivelmente, com relevante e expressiva lesão à dignidade sexual e que pode gerar consequências futuras e consideráveis à vida das vítimas.

Nesse ínterim, é possível perceber que o julgador, sequer, considera a culpabilidade do agente quando afasta o aspecto material da conduta, considerando-a inócua diante da tutela do bem jurídico. Tal atribuição fere o princípio da legalidade, “pois o julgador se mostraria alheio ao fato de que a lei sempre fixa uma pena mínima a ser imposta quando mínima seja a culpabilidade” ⁵⁴.

Em recente pesquisa desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas, em que analisou 12.546 decisões envolvendo crianças e adolescentes, em parceria com o Instituto Alana, obtida com exclusividade pelo portal de notícias UOL ⁵⁵, mais precisamente em 16/09/2023, os crimes contra a dignidade sexual permeiam a maior parte das decisões proferidas pelo STF e pelo STJ, tendo em vista o lapso temporal analisado (1988-2019), compondo, em média, uma decisão por semana.

Nas palavras da coordenadora da pesquisa, Eloísa Machado de Almeida, *ipsis litteris*, “Os dados mostram uma grande incidência de crimes contra a dignidade sexual. É um elemento preocupante, indicador de que a violência sexual contra crianças é um problema social grave.” Ainda, a pesquisa demonstrou que os casos insistem em chegar às cortes maiores devido às divergências de interpretação do Estatuto da Crianças e do Adolescente nas instâncias inferiores.

Todavia, como já tratamos e reiteramos tantas vezes nesse trabalho, ainda que esses processos desaguem no STF e no STJ por meio de recursos, as decisões atuais denotam ainda mais uma (in)segurança jurídica na discussão, seja nos questionamentos de aplicação literal da lei no caso do Superior Tribunal ou da Constituição no caso da Suprema Corte. As disputas morais de juízes que optam pela via menorista, não garantista, sequer considera o debate do impacto que esse tipo de violência exerce na vida desses atores sociais.

Em outra pesquisa publicizada em maio do presente ano (2023), um boletim epidemiológico divulgado pelo Ministério da Saúde, apontou que entre os anos de 2015-2021, ocorreram no Brasil 22.948 casos de violência sexual cometido contra crianças e adolescentes, sendo, em média, cerca de 80 notificações por dia. Do total,

⁵⁴ RAMALHO. Andréa Ávila. *Princípio da insignificância: considerações sobre atipicidade material e desproporcionalidade da pena*. Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes. 2013. 69 f. TCC (Graduação). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6848/1/2013_AndreaAvilaRamalho.pdf. Acesso em 07 set 2023.

⁵⁵ PEREZ. Fabíola. *Crime sexual domina decisões do STF e STJ sobre menores de 18 anos vítimas*. Do UOL, em São Paulo. 16 de setembro de 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/09/16/crimes-sexuais-decisoes-cortes-criancas-adolescentes.htm>. Acesso em 17 set 2023.

41,2% correspondia ao público da primeira infância (0 a 9 anos) e 58,8% correspondendo a idade de 10 a 19 anos. Importante frisar que as meninas são os principais alvo dos agressores.

Figura 5 - Número de notificações de violência sexual contra crianças e adolescentes, segundo ano de notificação. Brasil. 2015-2021.

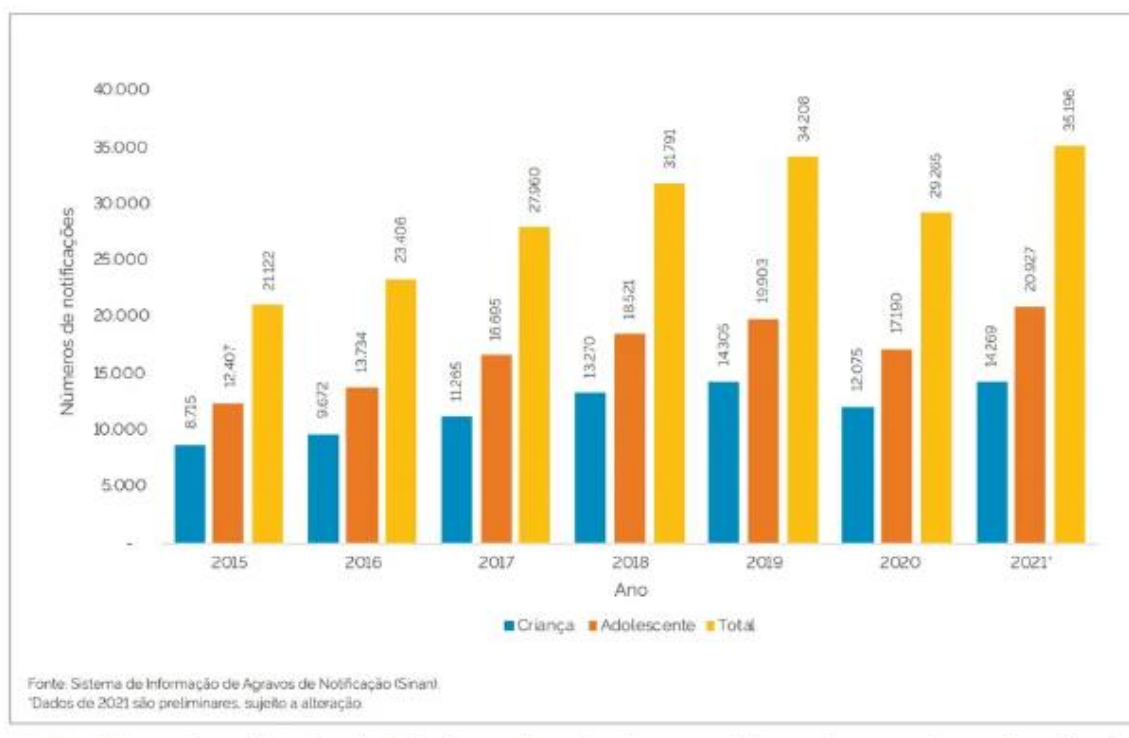


Figura 5: Número de notificações de violência sexual contra crianças e adolescentes, segundo ano de notificação. Brasil. 2015-2021.

Fonte: Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan). Dados de 2021 são preliminares, sujeito a alteração.

Figura 6 - Características individuais de violência sexual contra crianças de 0 a 9 anos notificada por Sinan por sexo. Brasil. 2015-2021.

Características	Meninas (N = 64.230; 76,9%)		Meninos (N = 19.341; 23,1%)		Total (N = 83.571; 100%)	
	N	%	N	%	N	%
Faixa etária (anos)						
<1	2.853	4,4	533	2,8	3.386	4,0
1 a 4	26.981	42,0	7.193	37,2	34.174	40,9
5 a 9	34.396	53,6	11.615	60,1	46.011	55,1

Figura 6: Características individuais de violência sexual contra crianças de 0 a 9 anos notificada por Sinan por sexo. Brasil. 2015-2021.

Fonte: Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan). Dados de 2021 são preliminares, sujeitos a alterações.

Figura 7 - Características individuais de violência sexual contra adolescentes de 10 a 19 anos notificada por Sinan por sexo. Brasil. 2015-2021.

Características	Meninas (N = 110.657; 92,7%)		Meninos (N = 8.720; 7,3%)		Total (N = 119.377; 100%)	
	N	%	N	%	N	%
Faixa etária (anos)						
10-14	74.983	67,8	6.397	73,4	81.380	68,2
15-19	35.674	32,2	2.323	26,6	37.997	31,8

Figura 7: Características individuais de violência sexual contra adolescentes de 10 a 19 anos notificada por Sinan por sexo. Brasil. 2015-2021.

Fonte: Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan). Dados de 2021 são preliminares, sujeitos a alterações.

Nessa ótica, em face de decisões que desviam da própria lisura normativa, a qual aponta para outra direção, percebe-se o quão o Poder Judiciário não se intimida nem se constrange em ir na contrariedade de preceito de lei federal e nos ditames da Constituição. Estamos assistindo ao Humpty Dumpty⁵⁶ dos tribunais, personagem do livro “Alice através do espelho e o que ela encontrou por lá” em que, dialogando com a protagonista Alice, ele afirma:

— Quando eu uso uma palavra — disse Humpty Dumpty em tom de escárnio — ela significa exatamente aquilo que eu quero que ela signifique: nem mais nem menos.”
 — “A questão é”, disse Alice, “se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.”
 — “A questão”, disse Humpty Dumpty, “é saber quem vai mandar — só isto. (Dumpty, 2003).

Assim, não importa o mais óbvio dos significados, o mais óbvio entendimento uniformizado, na interpretação “humptydumtiana” e na sua postura autointitulada de guardião do sentido das palavras, o julgador atribui à norma a interpretação que quiser, pois é ele quem dá a cartada final, é ele quem a Constituição conferiu a

⁵⁶ Humpty Dumpty é um personagem presente no livro “Alice através do espelho e o que ela encontrou por lá”, do escritor inglês Charles Lutwidge Dodgson, pseudônimo de Lewis Carroll. A característica marcante do personagem é a sua arrogância e autoritarismo, muito evidenciados nos diálogos com a protagonista.

competência para atuar a lei (nesse caso, deveria reconhecer a lei e não ir acima dela).

É mais um caso que se enquadra no rótulo do juiz solipsista brilhantemente ensinado pelo jurista Lênio Luiz Streck ⁵⁷, em que tal indivíduo atribui às palavras o sentido arbitrário que quiser, é uma espécie de assujeitamento do mundo, diante do seu ponto de vista interior. Assim, ele atribui ao ordenamento a noção que o corresponde. É um risco à integridade do Estado Democrático de Direito

O que vem ocorrendo é uma admoestação do positivismo jurídico, exceção em cima de exceção, precedente em cima de precedente. Cumprir a lei, aos olhos do aplicador, tornou-se uma iniciativa intransigente, que venhamos e convenhamos, por discordar do seu padrão moral. As decisões se imunizam do princípio da proteção constitucional da família, como se a construção da Lei 12.015/2009, a edição da súmula 593 e a uniformização da jurisprudência, a inserção do §5º no Artigo 217-A do Código Penal através da Lei 13.718/2018, estivessem todos desindexados de princípios tão importantes quanto, e constitucionais.

Em alusão ao texto “E a professora disse: você é um positivista” ⁵⁸ do já citado Lênio Streck, na coluna Senso Incomum da página Consultor Jurídico, o tribunal homenageia o positivismo discricionário de Hebert Hart e utiliza a “ponderação como um álibi interpretativo”, contornando a aplicação do dispositivo legal.

Aduz, nesse aspecto, que *“Não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei — democraticamente legitimada — com base numa suposta “superação” da literalidade do texto legal [...]”*. A lei, portanto, não está à disposição do intérprete nem do seu subjetivismo que nem de perto segue os múltiplos precedentes da corte.

Essa ótica busca uma nova argumentação para recuperar uma antiga ordem já deposta, busca submeter o precedente a uma reavaliação depreciativa para modificá-lo os contornos. Utiliza de uma sensibilidade seletiva diante das consequências do encarceramento do réu, que provocará uma situação de revitimização à menor, ante o desfazimento do casal e o abandono material do filho gerado.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do direito, 2020, p. 411 -419.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Senso incomum. E a professora disse: “você é um positivista”*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em 12 set 2023.

Assim, nas vias de diagnóstico do comportamento da vítima como determinante para ocorrência do evento criminoso, o intérprete cria a expectativa que toda forma de conduta verbal ou não verbal do sujeito passivo é uma autocolocação em risco. Tal interpretação ampara o sofrimento e a dignidade masculina à custa do desamparo feminino.

4.3 UM RECORTE DE GÊNERO NOS DELITOS DE NATUREZA SEXUAL

O processo de reformulação dos crimes sexuais se desenvolveu no Brasil com uma certa lentidão. As alterações legislativas realizadas entre os anos de 2005 a 2009 objetivavam retirar a ingerência do Estado na vida privada do seu corpo social, na qual tutelava uma moral sexista e que sempre manteve a figura feminina em uma posição de domínio e subalternidade frente à figura masculina, para contemplar a liberdade e a autodeterminação sexual destas.

Todavia, em uma coletividade fundamentalmente patriarcal, cujo sintoma de sua estrutura social é a prepotência do masculino e a manutenção das relações de poder, as expectativas de valores minam o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos e, por óbvio, a atuação legiferante nem sempre garante a proposta.

Nessa senda, em vista dos dados já apresentados anteriormente e o contrassenso das recentes decisões que fomentam uma discussão preconceituosa e desigualitária sob o manto do tecnicismo moral, revolvemos a análise na perspectiva de gênero, tão comumente presente em crimes de natureza sexual.

Assim, seria pertinente questionar até que ponto a Justiça Criminal, como parte de um sistema influenciado pelo pensamento “patriarcalesco”, desde a sua gênese, androcêntrico, moldado em valores nos quais o homem detinha poder e autoridade dominante, estaria cumprindo a operatividade legislativa no âmbito da violência sexual e das inovações garantistas suscitadas desde 2009 com a Lei 12.015. Dessa forma, vejamos.

É evidente, que o estupro é um dos crimes em que a vítima, predominantemente mulheres/garotas, é quem tem que provar a sua inocência. A práxis dos tribunais costuma exaurir o comportamento do sujeito passivo de forma que encontre brecha para converter os polos da ação penal: transforma em réu, a vítima e em vítima, o autor do fato.

Além disso, outro juízo muito comum e presente nesse sistema cultural, é a valoração desigual atribuída, por exemplo, a crimes patrimoniais em comparação aos crimes que se acentuam na questão de gênero. Àqueles, ofendem muito mais o estado de legalidade normal e a disposição harmônica da ordem pública do que estes últimos, o qual é colocado sob o dilema da individualidade, em que a vítima, diante da sua imoralidade, deve repercutir o delito com si própria, com a sua honra e a sua depravação moral, já que foi a culpada pela iniciativa masculina. E assim o Direito se conforma.

Em consonância com o que afirmam Pandjarian, Pimentel e Schritzmeyer⁵⁹ o momento de aplicação da ciência jurídica é muito mais do que a simples subsunção do fato à norma. É um reflexo de valores incrustados no inconsciente dos operadores do direito, “impedindo-os de desempenharem suas funções”.

O subjetivismo experimentado pelos julgadores e evidenciado nas suas decisões, dá conta de um patriarcalismo que fomenta a crítica violência institucional, cujas feições não vislumbra ou uma aplicação mais eficaz da norma, ficando tal requerimento a cargo do bradar das reivindicações feministas, ou o fomento de políticas públicas a fim de diminuir os alarmantes índices da violência sexual e sanar o problema social que há séculos subtrai os humanos diretos das mulheres.

Essa tonicidade ganha o contorno da ideologia da neutralidade, em que se comportando apenas como espectadores, os intérpretes jurídicos se eximem de sua serventia, docilizando o corpo⁶⁰ feminino à prática do estupro com a ideia do consentimento e de uma invulnerabilidade presumida, transformando esse corpo em apolítico, obediente e sem produtividade, deixando de ter importância para o seio social.

Nas palavras da teórica feminista Catherine McKinnon⁶¹ “o corpo da mulher é uma propriedade cujo limite de violação não é dado por ela, mas por um paradigma desigual fundado em uma supremacia masculina: “o homem propõe e a mulher dispõe””. Dessa forma, no momento em que o intercuro sexual passa pela fase do consentimento, a mulher perde a propriedade do seu próprio corpo.

⁵⁹ AUGUSTO, 2017, p.6 *apud* PANDJIARJIAN; PIMENTEL; SCHRITZMEYER, 1998, p. 206.

⁶⁰ A ideia da docilização dos corpos foi trabalhada pelo filósofo Michel Foucault na obra Vigiar e Punir: “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” - FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.134.

⁶¹ MACKINNON, 1989, p. 172 *apud* PAIVA; SABADELL, 2018, p.19.

Tanto é, que se não existe o confronto, a violência, não se consolida o crime. Exige-se um comportamento de polidez e passividade feminina frente ao masculino agressivo e só assim se vislumbra qualquer tipo de abuso. A “experiência” feminina precisa chegar ao limiar do risco de vida para considerar legítima a violência do seu direito, da sua humanidade.

A ideia perpetuada de controle ao corpo e ao comportamento da mulher/garota faz com que a violência sexual seja tolerada socialmente. Tal conjuntura reproduz uma corrente rechaçada pelo ativismo feminista, que é a cultura do estupro. Em pesquisa realizada no Brasil no ano de 2016, desenvolvida pelo instituto de pesquisa Datafolha e intitulada “#A Polícia Precisa Falar sobre Estupro”⁶², 42% dos homens entrevistados afirmaram que “mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”:

Figura 8 - Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas.

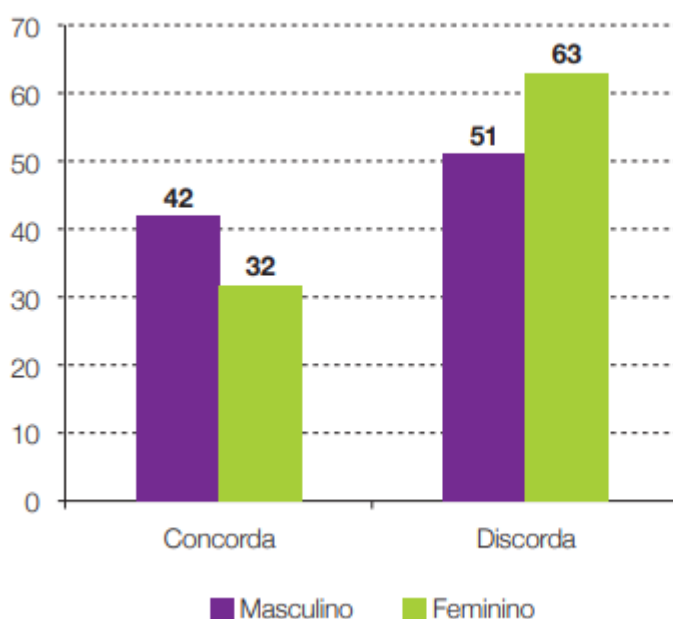


Figura 8: Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas

Fonte: Pesquisa #APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro.Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Datafolha (2016).

⁶² Pesquisa “#APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro: Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais”. Disponível em: http://fopir.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_Policia_precisa_falar_estupro_2016.pdf. Acesso em: 24 set. 2023.

Nesse raciocínio, temos ainda, que segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023, já anteriormente citado neste trabalho, o país registrou cerca 94.730 casos de estupro em 2022, cerca de 205 episódios por dia. Desses, 6 a cada 10 vítimas tem até 13 anos de idade. Diante de tal marca, não tem como não associar as cifras divulgadas e eleger a igualdade de gênero como a inimiga número 1 da política social.

O Judiciário brasileiro, recentemente, revisita e reproduz a violência de gênero, a discriminação contra as mulheres e a cultura da tolerância e docilização feminina ao estupro, em forma de anacronismo, sempre evidenciando a dinamicidade dos valores culturais e que a evolução da sociedade em tempos de informações disseminadas de maneira irrestrita e mais rapidamente moldam a intelectualidade dos indivíduos de forma cada vez mais precoce, não podendo passar uma régua e dizer que essas mulheres/garotas são realmente vulneráveis sexualmente.

Todavia, não se pode banalizar a análise casuística em nome da hodiernidade e “passar a boiada” numa tentativa de mudar as regras do jogo quando as cifras sociais pedem cuidado e clemência. Tal análise leva a entender como uma forma de retaliação pelo avanço da luta pela igualdade de gênero e tentativa de rompimento das estruturas que sustentam esses papéis sociais historicamente atribuídos. A isso, dá-se o nome de “*backlash*”, teoria difundida na prática dos estudos feministas.

Em uma espécie de comprometimento a essa perspectiva, as informações documentadas, no relatório da Anistia Internacional Informe 2016/17: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo⁶³, revelam que “*o Brasil é um dos piores países da América Latina para se nascer menina, em especial devido aos níveis extremamente altos de violência de gênero e gravidez na adolescência, além das baixas taxas de conclusão da educação secundária*”, ou seja, há uma incapacidade latente em minimamente respeitar, proteger e cumprir os direitos desse público.

Nestes termos, no cerne de toda questão, quando balizamos o funcionalismo teleológico proposto por Claus Roxin, percebemos que o *jus puniendi* estatal tem desviado da finalidade precípua do Direito Penal, que é a tutela de bens jurídicos relevantes, necessários ao convívio pacífico em sociedade e fundamentais aos

⁶³ Relatório Anistia Internacional Informe 2016/17: *O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf, p.86. Acesso em 22 set. 2023.

indivíduos. Na ocasião, reconhecer lesão a determinado bem é reconhecer autoria e consequentemente validar o status de vítima.

Contudo, na análise dos casos envolvendo os crimes de violência sexual basear-se em questões estritamente pessoais, que desenrolam-se no âmbito privado dos indivíduos e agrega valores a elementos irrelevantes, que não compõe a estrutura do tipo penal e inviabiliza a lesão sofrida, é negar a posição de vítima do sujeito passivo e validar o posicionamento daquele que altera o convívio pacífico e igualitário da sociedade.

É o que ocorre, por exemplo, no crime do Art.217-A, em que argumentos como o conhecimento da família de que autor e vítima mantinham relacionamento amoroso, o genitor ter registrado o filho fruto da relação e a expectativa de continuidade do namoro forjam a conduta da vítima no consentimento presumido e na normalidade delitiva. Nesse caso, é muito mais cômoda uma construção argumentativa seletiva do que referenciar os sujeitos e os seus devidos postos.

Paiva e Sabadell evidenciam a estrutura machista reproduzida nas decisões jurídicas, através de indicadores muito perpetuados no sistema de justiça:

São eles: **(1)** a descaracterização da infância, quando no discurso judicial percebe-se a negativa do status de criança (empregam-se expressões como mocinha, jovem, mulher) **(2)** a descaracterização do estupro, quando o julgador nega a violência sexual, afirmando ter existido consenso ou alega que o estupro foi apenas uma ação insensata **(3)** a inversão da condição de vítima, nos casos em que a vítima passa a ser julgada toda vez que se comprova que esta tem vida sexual ativa. **(4)** a reprodução do discurso patriarcal, quando esses julgados se tornam referência para cortes a quo e **(5)** a violação do princípio da legalidade penal, quando se percebe analogias ou alegações de erro de tipo, por exemplo, para não seguir a orientação do legislador.⁶⁴

Temos, portanto, que o cumprimento da operatividade legislativa pela justiça criminal, invoca uma hermenêutica muito pautada na naturalização da conduta do agente, ou seja, na situação de que o comportamento da vítima é a elementar determinante para a não responsabilização do autor. Há um outro impacto muito relevante e que pode ser visualizado nessa dinâmica, que é a composição da turma julgadora do STJ, mais precisamente a Quinta Turma, que é quem vem julgando os recentes processos envolvendo estupro de vulneráveis.

⁶⁴ PAIVA; SABADELL, 2018, p.29 *apud* SABADELL 2017, p. 242-245.

Conforme a informação do site do Superior Tribunal de Justiça, a turma especializada em Direito Penal é composta pelos ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira. Nesse caso, não podemos imiscuir em dizer que há uma disposição maior de um julgamento enviesado na perpetuação da cultura androcêntrica, em razão de que a construção da neutralidade cimentada no julgo da atipicidade material, é uma construção masculina.

O obstáculo do acesso à justiça por mulheres em razão do gênero, de um enquadramento estereotipado, da culpabilização da vítima, da construção de um retrato de loucas, vingativas, de uma expectativa de comando idealizada pela sociedade e por juristas como dispositivo de poder e controle aos corpos femininos, em que as colocam no reduto da passividade e subalternidade, caso contrário passam para a posição de culpadas, a dúvida induzida nos seus depoimentos, são todas formas de violação aos direitos humanos, e em um século em que vivemos sob o manto do constitucionalismo avançado e efervescente nas garantias.

Todavia, nos casos de natureza sexual inclina-se ao pseudogarantismo, tendo em vista que, na primeira oportunidade, se recolhe à trama da desigualdade arraigada na esfera social e na consciência individual que repercute a prática do judiciário. Na análise da conduta, o réu chega a desfrutar de uma cortesia falocêntrica que é a sensibilidade com que se aplica o *in dubio pro reo*, em limites demasiados, para acolher a sua não responsabilização.

Contudo, tal juízo cede cada vez mais espaço para a cultura da impunidade visível no senso comum de que a situação é essa mesma e será sempre inevitável. O direito que se pratica se afasta do direito que está posto e que exprime uma vontade democraticamente legitimada. Nessa via, na perspectiva da igualdade, a exegese deve, da mesma forma, dispor de tamanho comprometimento na análise da questão de gênero, pois, no Direito, o humano também precisa experienciar o feminino.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegado o momento das últimas ponderações sobre a temática em voga. Assim, como salientado na introdução, o escopo desse trabalho de conclusão de curso foi observar, analisar e compreender o viés das mudanças ocorridas desde a edição da lei 12.015/09, a qual altera significativamente o código penal ao inserir um novo tipo e inaugura uma nova perspectiva de tutela acrescida de uma preocupação latente com o direito das crianças e adolescentes, e em que momento se deu a quebra belicosa que nos transporta 12 anos depois (2021) para a problemática da relativização da vulnerabilidade no crime de estupro.

Percebemos, assim, que a realização da presente pesquisa possibilitou, a partir do raciocínio formalizado até o presente momento, observar que a práxis dos tribunais vem criando novos critérios de análise e não recepcionados pela norma cogente, que adota critério único e especializante, qual seja, “menor de 14 (quatorze) anos” e utilizando como padrão de fundamentação ao pleito absolutório a sucessão dos eventos ocorridos após o fato delituoso: *a)* consentimento da vítima; *b)* vítima e réu firmaram relacionamento amoroso; *c)* posteriormente, o relacionamento foi cancelado pela família; *d)* vítima e réu constituíram família; *e)* existência de filho proveniente da relação.

Demais disso, no que se refere à análise da utilização de tal padrão finalístico, parte da doutrina, seja da vertente da presunção relativa ou da vertente do debate constitucional consentem e consideram legítima, sob o estratagema do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência, a análise casuística e a produção de provas em contrário para avaliar a capacidade de discernimento da vítima para os atos sexuais, o quão precoce ela se mostra, principalmente no contexto de influência da mídia e dos novos costumes na construção do ser.

Em sentido contrário, a outra parte rechaça esse pensamento anacrônico, indagando que o espaço destinando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, espaço destinado à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, deve ser respeitado e primado dignamente, promovendo conjuntamente com os setores sociais, a conscientização do seu bem-estar, a plenitude de sua priorização e o seu protagonismo.

Em decorrência, filiamo-nos a esse último posicionamento doutrinário e da jurisprudência sumulada (593) do STJ, em vista que, como as peculiaridades do caso analisado devem embasar a discricionariedade do aplicador da norma na construção de uma fundamentação robusta e devem demonstrar que são suficientes para adotar um novo caminho, tal análise se baseia em argumentos frágeis de desenvolvimento da sociedade e dinamicidade dos valores, e mesmo colocando a criança/adolescente na posição de instigadora do comportamento masculino, para justificar a prática sexual criminosa. Não se pode garantir que a continuidade do namoro será sinônimo de sucesso familiar. O tribunal vende solidez e garantia de família promissora, sem medir possíveis desordens de natureza emocional e psicológica que possam vir a ocorrer. A entidade familiar já nasce desajustada.

Ainda, não podem os juristas de forma simplória repousar no colo de uma menor de 14 (quatorze) anos uma carga de subjetivismo moral, enquadrando o estupro numa espécie de normalidade social aceitável para abrandar a responsabilidade do acusado. O papel fundamental da judicância é garantir a esse público que usufruam da plena capacidade de se desenvolver individualmente e coletivamente, ao passo de sua evolução biológica e experiencial ordenada, a fim de lhes facultar, conforme a narrativa do art.3º do Estatuto da Criança e do Adolescente “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Por derradeiro, é sabido que o objeto desta pesquisa evidencia-se através da constatação de que não evoluímos no discurso da autodeterminação sexual, até porque o desenvolvimento sexual das meninas/garotas não vem sendo protegido, muito pelo contrário, abre-se um precedente perigosíssimo de um problema social grave que é a prática da pedofilia. O bem jurídico dignidade sexual é constantemente agredido pelo dispositivo de poder, em nome da manutenção do relacionamento amoroso e a constituição de família como destino final da felicidade e bem-estar.

O judiciário brasileiro perpetua a violação do corpo feminino, estabelecendo cada um os seus limites do que seria o justo, corroborando a tolerância e a cultura sexista e paternalista do estupro, transfigurada de ineditismo jurídico. Tal fato corresponde à sintomática maior da estrutura social que é a prepotência do masculino e a manutenção das relações de poder, além da reprodução de estereótipos sociais, que coloca a mulher na encosta da sociedade, direcionando-a ao impulso masculino tolerável e a inumanidade incrustada ao seu próprio corpo despido de valor.

Chega-se, por derradeiro, à conclusão de que o bem maior de todo indivíduo, que é a dignidade humana, é colocado na rota de colisão da desumanidade, na ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito, a partir do momento em que a moral preda a ciência jurídica. O jurista solipsista está a um passo de canibalizar o ordenamento jurídico. Esperamos, esperançosos, que isso acabe bem.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, J. P.; FRANCO, T. De S.; SANTOS, G. M. D. **A relativização da presunção absoluta do estupro de vulnerável em situações que envolvam menores entre 12 e 14 anos.** Anais do 3º Simpósio de TCC, das faculdades FINOM e Tecsona. 2020; 426-445. Disponível em: <https://www.finom.edu.br/assets/uploads/cursos/tcc/202102041002121.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

AUGUSTO, C. B.; Grupo PEVIGE. In dubio pro stereotypo. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro, v.29, p.1-17, 2017, p. 6. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/09/In-dubio-pro-Stereotypo.Cristiane-Brand%C3%A3o-Augusto.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

BALESTERO. G. S. A Autopoiese da Política e do Direito em Luhmann e o Papel do Julgador. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 11, n. 2, setembro, 2010, p. 47-56. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35868/autopoiese_pol%C3%ADtica_direito_balestero.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

BECHARA, A. E. L. S. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Revista Liberdades nº 1, maio-agosto, 2009, p. 16-29. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/441/1>. Acesso em: 08 jun. 2023.

BRANDÃO, C. **Curso de Direito Penal, Parte Geral.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2018.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-2018.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2023.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 31 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União de 16 de jul de 1990, p. 13563, col. 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08 jun. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. **O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [2017]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

CARVALHO, G. M. D.; CHAGAS, E. J. **Proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Acesso em: 08 jun. 2023.

CRUZ, I. A. M. **Relativização, pelo poder judiciário, da presunção de vulnerabilidade inculpada no art. 217-A do código penal**. Disponível em: http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/4460/1/exemplar_2551.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

FONSECA, A. C. M. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito do Recife. Recife, p.164. 2009. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4736/1/arquivo6332_1.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

LEQUES, R. B. **O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro**. 2014, 117f. Tese (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 117. 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-03102017-103035/publico/Dissertacao_versao_completa_Rossana_Brum_Leques.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

LORDELO, E. da R.; BICHARA, I. D. Revisitando as funções da imaturidade: uma reflexão sobre a relevância do conceito na educação infantil. **Psicologia USP [online]**. v. 20, n. 3, 2009, pp. 337-354. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psusp/a/DYFzvLN5GL3WMTQRcVghF5g/>. Acesso em: 08 jun. 2023.

KÜHL, F. L.; OLIVEIRA, V. P. de. Divergências entre o entendimento da presunção relativa ou absoluta do crime de estupro de vulnerável. **Revista Científica do Unirios** 2020.2, pp 01-22. Disponível em: <https://www.publicacoes.unirios.edu.br/index.php/revistarios/article/view/113/113>. Acesso em: 08 jun. 2023.

MARTINELLI, J. P. O. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, v. 68, n. 3, 2011, Porto Alegre, pp. 07-24. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1409/1291>. Acesso em: 30 ago. 2023.

MENDES, M. P.; SILVEIRA, I. B. V. da. Estupro de vulnerável consentido: diversas visões acerca da absolvição embasada no consentimento da vítima. **Revista da Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa – CONGREGA**, v. 3, n. 2, setembro, 2017, pp. 01-16. Disponível em: <http://revista.urcamp.tche.br/index.php/rcjppg/article/view/756>. Acesso em: 30 ago. 2023.

NUCCI, G. de S. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, A. M. D. **O consentimento do ofendido**. 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/aline_mota_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

PAIVA, L. d. M. L.; SABADELL, A. L. O crime de estupro à luz da epistemologia feminista: um estudo de casos no STF. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, n. 4, Jan.-Jun. 2018, p. 110-155. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/64/42>. Acesso em: 23 set. 2023.

POLI, C. M. de. Funcionalismo penal em Claus Roxin. **Revista de Direito FAE**, v. 1, n. 1, junho, 2019, p. 27-42. Disponível em: <https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/39/13>. Acesso em 07 set. 2023.

QUEIRÓZ, F. P. **O conceito de infância e o papel de educador em Rousseau**. Tese (Mestrado em educação) – Faculdade de Educação, Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, p. 76, 2010. Disponível em: <http://tede.upf.br/jspui/bitstream/tede/691/1/2010FernandaPinheiroQueiroz.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

RAMALHO, A. Á. **Princípio da insignificância**: considerações sobre atipicidade material e desproporcionalidade da pena. Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes. 2013. 69 f. TCC (Graduação). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6848/1/2013_AndreaAvilaRamalho.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1712-1778. **Emílio ou Da Educação**. Trad. de Roberto Leal Ferreira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAMPAIO, D. S.; FIGUEIREDO, R. D. S. O consentimento do ofendido e a capacidade para consentir: análise crítica. **Revista Do CEPEJ**, v. 1, n. 8, junho, 2007, pp. 229-237 Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/37536>. Acesso em: 30 ago. 2023.

SANTOS, B. C. **A não contribuição da vítima em crimes sexuais**: uma crítica feminista à consideração do comportamento da vítima para atenuar a responsabilidade do agente. TCC (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, p. 104, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/34379/1/A%20N%c3%83O%20CONTRIBUI%c3%87%c3%83O%20DA%20V%c3%8dTIMA%20EM%20CRIMES%20SEXUAIS%20-%20vers%c3%a3o%20final.pdf>. Acesso em: 18 set. 2023.

SPINA, G. M. A teoria dos precedentes e a técnica da distinção (distinguishing). **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v.3, n. 86, pp.125-160, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/495/441>. Acesso em: 18 set. 2023.

VITAL, D. **STJ afasta presunção de crime em caso de estupro de vulnerável**. Conjур, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/stj-afasta-presuncao-crime-estupro-vulneravel>. Acesso em: 18 set. 2023.

ZAPATER, M. C. **Direito da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624603/epubcfi/6/8%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo1.xhtml%5D/4/2%5B_idContainer000%5D/2/1:7%5DEC%2CIME%5D. Acesso em: 08 ago. 2023.