

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Luiza dos Passos Ferreira

A ATIPICIDADE NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE
INTERDISCIPLINAR PARA INTERPRETAÇÃO DO TIPO PENAL

Porto Alegre

2016

Luiza dos Passos Ferreira

A ATIPICIDADE NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE
INTERDISCIPLINAR PARA INTERPRETAÇÃO DO TIPO PENAL

Orientador: Professor Ângelo Roberto
Ilha da Silva

Porto Alegre

2016

Luiza dos Passos Ferreira

A ATIPICIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE
INTERDISCIPLINAR PARA INTERPRETAÇÃO DO TIPO PENAL

Monografia apresentada ao
Departamento de Ciências Penais da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para a
obtenção de grau de bacharela em
Direito.

Aprovado em 14 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Ângelo Roberto Ilha da Silva
Orientador

Professor Odone Sanguiné

Professor Marcus Vinícius

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às memórias de Herr Doktor Ivan, pai querido e modelo de comportamento reto, em quem sempre procurei me espelhar; e de Dra. Jussara Teresinha, mãe adorada e inspiração de todos os meus dias, em que busco a longínqua possibilidade de um dia ter sua força, sua garra ou sua tranquilidade.

De muitas formas, vocês me trouxeram aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus irmãos, Alexandre e Leandro, pelo apoio infinito e pelo incentivo – em regra dado inadvertidamente em cada uma das discussões em que inevitavelmente discordam de mim, me inspirando de formas que não podem nem começar a imaginar.

Agradeço ao Vitor Guimarães pelas longas horas de paciência com meu entusiasmo acerca do tema tratado, no primeiro momento, e depois, pelas longas horas de paciência com minha própria incapacidade de escrever. Agradeço pela companhia infalível, pelo apoio indelével, e pela leveza que me traz nos seus ares de chuva de verão e almíscar.

Agradeço aos amigos queridíssimos, família de eleição de que me orgulho e em que me rejubilo, por aturarem o infinito colóquio jurídico, o não-raro tom de autoridade na conversa, e a não obstantização de todo diálogo que se trava comigo. São todos meus heróis e as grandes paixões da minha vida. Em especial, agradeço ao Vitor Lopes, que passou vários de seus preciosos minutos tentando entender as falhas das minhas explicações; ao Wagner, eterno inspirador da minha esperança por uma boa academia; e aos amigos com que fui presenteada por esta faculdade: Arthur, Paula, Renata, Bruno, Leonardo, Joice, Breno, Fabrício, Fernanda e Carlos Vinícius, que tornaram mais interessantes os cinco longos anos.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Ângelo Ilha, pelo grupo de estudos, pelas lições – não só jurídicas, como de vida –, pelo incentivo, e pela tendência a sempre reavivar o fogo da curiosidade de seus alunos.

"It is the greatest wrong that can be done to a female. It affronts and disgusts me on all levels. If you have done this, Kennit, it is irreparable. Not even your death could atone for it."

Robin Hobb

RESUMO

O presente trabalho objetiva investigar a atipicidade do estupro de vulnerável face à análise interdisciplinar da condição de vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade, em especial do adolescente. Uma vez que o crime em comento é relativamente novo (tendo sido tipificado apenas no ano de 2009, com o advento da Lei 12.015), ainda há grande discussão acerca de alguns dos elementos constituintes do tipo penal. Para a devida compreensão da vulnerabilidade do menor de 14 anos, foi feito um estudo do ordenamento jurídico como um todo, aliado às modernas teorias do desenvolvimento humano nas áreas da psicologia e da medicina, somado à crítica da jurisprudência corrente acerca do tema. Buscou-se, com isso, chegar ao cerne do problema da vulnerabilidade e do consentimento do menor de 14 anos, bem como da correta interpretação do *caput* do art. 217-A do Código Penal.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Lei 12.015/09. Atipicidade. Vulnerabilidade. Adolescente. Discernimento. Menor de 14 anos.

ABSTRACT

This current work intends to investigate the atypicality of statutory rape through an interdisciplinary analysis of the 14-year-old minor's vulnerability condition, specially the teenager. Since the currently discussed crime is relatively new (having been established in the recent year of 2009, from the advent of the 12.015/09 law), there is still great debate on some of the constituent elements of the criminal type. So that we could appropriately analyze the 14-year-old minor's vulnerability, a study of the legal order as a whole was made, allied to the modern human development theories in the areas of medicine and psychology, summarized with critique based on the case-law. With that, we hoped to best understand the root of the minor's vulnerability problem, and his/her consent, as well as the correct interpretation of the 217-A article of the Criminal Code.

Keywords: Statutory rape. 12.015/09 Law. Atypicality. Vulnerability. Teenager. Discerning. 14-year-old minor.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL EM MATÉRIA DE ESTUPRO.	15
3. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	19
3.1 O tipo objetivo.....	19
3.2 Os sujeitos.....	20
3.3 O tipo subjetivo.....	21
3.4 Classificação doutrinária.....	22
3.5 A proteção do direito penal ao menor de idade: uma suposta lacuna na lei.....	22
4. CULPABILIDADE COMO UM PARALELO À VULNERABILIDADE.....	24
5. O MENOR DE 14 ANOS E O MUNDO JURÍDICO.....	27
5.1 Discernimento do menor de 14 anos.....	27
5.2 O desenvolvimento biopsicossocial do menor de 14 anos.....	31
5.3 O dever de cuidado do Estado e da sociedade para com o menor de 14 anos.....	36
6. CONSENTIMENTO: UM CONCEITO ESSENCIAL.....	40
7. A ATIPICIDADE NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE PRÁTICA JURISPRUDENCIAL.....	43
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2009, reformou-se o Código Penal brasileiro para modificar o título que tratava dos crimes sexuais com a Lei 12.015. Antes da reforma, chamávamo-lo de “Dos crimes contra os costumes”, o que já toda a doutrina apontava como antiquado e inadequado para o correto tratamento dos crimes apostos no título. Após a reforma, o título passou a denominar-se “Dos crimes contra a dignidade sexual”, adequando-se à ideia de que não deve o direito penal tutelar os “bons costumes” ou buscar impôr norma de conduta inibidora da liberdade sexual, tornando o nosso código mais moderno e acordando-o mais precisamente com a valoração atual de dignidade sexual; assim, flagrantes tautologias, como a discrepância entre a pena cominada ao crime de estupro e aquela cominada ao crime de tráfico de pessoas, foram corrigidas¹.

Anteriormente à reforma, estavam tipificados apenas os crimes de estupro² e atentado violento ao pudor³, com elementos do tipo bastante diversos dos hoje reconhecidos, sendo o crime de estupro de vulnerável formulado “por extensão: art. 213 combinado com art. 224 ou art. 214 combinado com art. 224”⁴. Como é dever do Direito como um todo – e não apenas do direito penal – tutelar especialmente os interesses dos socialmente hipossuficientes e/ou vulneráveis, criou-se a figura jurídica da *presunção de violência*, elencada no art. 224⁵ do Código Penal anterior à reforma.

Junto com esta “ficção jurídica”, é claro, surgiu a discussão: no caso dos menores de 14 anos, a presunção de violência seria *juris tantum* (relativa) ou *jure et*

1 Segundo Fernando Capez: “É o que se pode ver quando da comparação entre as sanções penais previstas originariamente para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor e as cominadas para o tráfico de mulheres. No concernente aos dois primeiros, que, para a configuração típica, exigem violência ou grave ameaça, estavam previstas sanções iguais (no caso de estupro) ou até menores (é o caso do atentado violento ao pudor) àquelas cominadas ao tráfico de mulheres, o qual não exige a presença dos elementos mencionados”. *Curso de Direito Penal, Volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 329-H)*. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 27.

2 Anteriormente à Lei 12.015/09: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão de 6 a 10 anos”

3 Anteriormente à Lei 12.015/09: “Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão de 3 a 9 anos. Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: Pena – reclusão de 6 a 10 anos”

4 Nucci, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34

5 Anteriormente à Lei 12.015/09: “ Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”

de jure (absoluta)? Seria possível que, em alguns casos, o menor com 12, 14 anos, mantendo relações sexuais com um maior de 18 anos, não configurasse crime? Muito desta discussão girou em torno do interesse do réu e de sua defesa, e a reforma de 2009 tentou terminar com o problema, tornando parte essencial do tipo a vulnerabilidade da vítima.

No entanto, a discussão só fez trocar de nome. Atualmente, a jurisprudência e a doutrina debatem-se a discutir se seria possível afastar a *tipicidade* no estupro de vulnerável em afastando, justamente, a *vulnerabilidade* do ofendido. Desta forma, é possível encontrar acórdãos em que o crime é afastado devido ao “comportamento sexual avançado” da vítima, que não seria, portanto, vulnerável. Não obstante, há também os julgados que entendem pouco importar qual o comportamento, sexual ou não, do ofendido, bastando, para a configuração do tipo – ao menos neste sentido -, que um menor de 14 anos tivesse relações sexuais com um maior de 18 anos.

Isto se deu porque, conforme frisado por Cezar Roberto Bitencourt, “o legislador, *dissimuladamente*, usa as mesmas circunstâncias que foram utilizadas pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*.”⁶

Vem parecer que não se sustenta a teoria segundo a qual pode ser afastada a vulnerabilidade do menor de 14 anos devido ao seu “comportamento sexual avançado”; para além da óbvia interpretação do critério objetivo que a lei impõe, deixando de referir-se ao “menor de 14 que não possua o necessário discernimento para a prática do ato”, como o fez com o enfermo ou o deficiente mental, para falar apenas no “menor de 14 anos”, também é possível traçar um paralelo entre a vulnerabilidade do adolescente no caso do crime de estupro de vulnerável e o tratamento deste mesmo adolescente e sua vulnerabilidade no ordenamento jurídico como um todo: desde o direito civil até o direito penal, passando mesmo pelo direito do trabalho, é possível vislumbrar uma aura protetora em torno do menor de idade, especialmente do menor de 16 anos.

Além disto, há que se considerar não apenas os aspectos de direito, mas também aqueles que nos são apontados pela psicologia e a psiquiatria. Neste sentido, ficamos com o entendimento de que “[...] as crianças são naturalmente mais frágeis e vulneráveis a influências negativas. É certo também que ser criança e estar em crescimento, implica que se esteja a percorrer um longo e progressivo caminho

⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

na formação da personalidade e da vontade individual”⁷.

Assim, buscamos responder às perguntas que nos pareceram mais essenciais: como surgiu a discussão sobre a atipicidade no crime de estupro de vulnerável? Quais são os requisitos adotados pela jurisprudência corrente para afastar a tipicidade? Em que argumentos se arvoram? Os argumentos apostos correspondem a uma realidade fática? O afastamento da tipicidade no estupro de vulnerável implica no desamparo da vítima, ou de um certo tipo de vítima? A atipicidade neste tipo de crime busca proteger o agressor? O afastamento da tipicidade no crime de estupro de vulnerável é, correntemente, a posição jurisprudencial predominante?

Para esta análise, no primeiro capítulo, fazemos um pequeno resumo do histórico do crime de estupro no Brasil sem, contanto, retornar ao código imperial, visto que desnecessário; buscamos os principais pontos de conexão entre este tipo penal, já mais tradicional, e o crime de estupro de vulnerável, que é tipo penal relativamente novo (ao menos de forma própria) no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, apontamos que as principais mudanças com relação ao crime de estupro, ao longo dos anos, dizem respeito ao *sujeito passivo* do crime, de que somente poderia ser vítima a mulher cissexual; à *honestidade da vítima*, que deveria ser mulher “honesta” e “respeitável”, portanto excluindo do rol das vítimas possíveis as prostitutas ou, em verdade, qualquer outra mulher que fosse considerada “de vida sexual desregrada”; e à *presunção de violência*, tópico central de discussão deste trabalho – era presumida a violência, no direito brasileiro, em determinadas situações elencadas, no Código Penal pretérito à reforma de 2009, no art. 224. Extirpado do ordenamento o referido dispositivo, a presunção de violência toma outro aspecto, e a discussão em torno dela, novo significado.

No segundo capítulo, expomos as especificidades do tipo ora estudado: seu tipo objetivo, subjetivo, sujeitos, objetos, etc. Parece-nos que a explicitação dos elementos constitutivos do crime, em especial em se considerando sua relativa novidade no ordenamento jurídico, é medida que se impõe para a correta análise do problema apresentado, bem como para a discussão bem informada sobre o mesmo. Levantamos, ainda, a possibilidade de uma *lacuna* na proteção do menor de 18 anos pela lei, em virtude das especificidades dos dispositivos referentes aos crimes de

⁷ Leite, Inês Ferreira. *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 35.

estupro e de estupro de vulnerável.

No terceiro capítulo, fazendo um paralelo entre a culpabilidade e a vulnerabilidade, investigou-se os conceitos íntimos de culpabilidade e tipicidade com o objetivo de trazer o argumento da adequação social pretendida quando da exclusão da tipicidade no crime de estupro de vulnerável. Analisou-se, para isso, as teorias de imputação penal, e buscamos apontar a conexão entre a descrição do tipo e a culpabilidade. É aqui que se torna mais evidente a discussão doutrinária e jurisprudencial, bem como seus motivos e razões. Não seria demais apontar, inclusive, o viés ideológico que tomam ambas as posições adotadas; enquanto na defesa da dita *adequação social* do ato sexual com o consentimento do adolescente menor de 14 anos encontram-se os argumentos da informação e uma certa tendência a responsabilizar o menor pelo seu próprio cuidado, no sentido contrário é possível encontrar uma defesa ferrenha da proteção do menor e do seu parco julgamento.

No quinto capítulo, falamos de consentimento. Visto que o consentimento do jovem adolescente tem papel primordial na exclusão da tipicidade do estupro de vulnerável, é mister que saibamos o que *seja* o consentimento, no que ele consiste, quais são seus requisitos, e no que ele afeta a teoria penal. Não apenas na discussão de estupro de vulnerável, mas (e principalmente) na discussão sobre todos os crimes contra a liberdade sexual, a compreensão do que seja o consentimento e no que ele consiste é primordial; em verdade, o consentimento (ou sua ausência) costuma ser pressuposto dos dispositivos criminais.

No quinto capítulo, dividido em três partes, buscamos enfrentar o problema da criança e do adolescente menores de 14 anos frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, analisamos, primeiramente, a visão de dito ordenamento sobre a capacidade e o discernimento da criança e do adolescente; apontamos que, no direito civil brasileiro, o único indivíduo que é considerado absolutamente incapaz é o menor de 16 anos; já para o direito penal, a criança e o adolescente são inimputáveis até o advento dos 18 anos de idade. Depois disso, adentramos a capacidade e desenvolvimento biopsicossociais do adolescente menor de 14 anos: toda a pesquisa científica e social parece demonstrar que o desenvolvimento neurológico do adolescente coloca-o em um estado de vulnerabilidade inclusive *biológico*, estando suscetível às sugestões dos seus pares, bem como dos líderes e modelos adultos de seu convívio e de sua sociedade, e profundamente propenso a

tomar atitudes impulsivas apenas para romper com um padrão social qualquer. Ademais, é de se verificar, de toda forma, a existência de todo um **Estatuto da Criança e do Adolescente**, que tem por objetivo a proteção do referido menor, tendo em vista a sua *vulnerabilidade* frente à sociedade; também é notável a proteção constitucional dada à criança e ao adolescente, e o tratamento verdadeiramente *paternalista* com relação a estes indivíduos dado pela Lei Maior, claramente considerados *vulneráveis* por todo o ordenamento jurídico. Em verdade, este mesmo sistema jurídico que vulnerabiliza a criança e o adolescente **manda**, com clareza e em diversos momentos, que a sociedade, o Estado e os indivíduos capazes e não-vulneráveis unam esforços para a proteção dos mais jovens membros da comunidade.

No sexto capítulo, fazemos uma breve análise jurisprudencial a respeito do tema, investigando os argumentos em que se arvoram ambas as posições, em defesa ou contra a atipicidade no estupro de vulnerável em razão de ausência de vulnerabilidade do menor de 14 anos. É de se observar, desde já, que as decisões que decidem pela absolvição do réu pela atipicidade do estupro de vulnerável costumam fundamentar-se nas amplas possibilidades de informação a que estão expostos os jovens, bem como no começo cada vez mais precoce da vida sexual do adolescente; já as decisões contrárias ao afastamento da vulnerabilidade em razão de diferenciado grau de discernimento ou experiência sexual prévia parecem basear-se, principalmente, no sistema legal como um todo, e no mandamento, cada vez mais presente no ordenamento jurídico, de proteção ao vulnerável.

2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL EM MATÉRIA DE ESTUPRO

Para os propósitos em comento, não é necessário que se remonte às Ordenações Filipinas; basta que nos atenhamos a dois simples fatos na história da legislação penal brasileira anterior à reforma de 2009: o primeiro deles é de que, até o Código Penal de 1940, havia relevância na chamada *honestidade* da *mulher* violentada – ou seja, o crime de estupro não estaria configurado, ou teria sua pena grandemente diminuída, se a vítima da violência fosse profissional do sexo⁸. Não é difícil, de toda forma, imaginar o tipo de comportamento “desregrado” que implicaria a caracterização de uma profissional do sexo no início do século XX ou, ainda mais evidentemente, nos séculos anteriores.

A importância deste fato está diretamente relacionada ao estudo em comento, uma vez que um dos argumentos utilizados para o afastamento da tipicidade do delito de estupro de vulnerável condiz, de certa forma, a esta mesma honestidade: se a proteção da lei não é devida à mulher de vida sexual desregrada – à mulher impura –, com tanto mais razoabilidade não deverá ser estendida ao adolescente ou à criança que, no desenvolvimento de sua personalidade, entrega-se aos prazeres da carne; afinal, a pureza maior deve ser encontrada justamente entre as crianças. Assim é que alguns juízos tomam em conta o “comportamento sexual avançado” da(o) ofendida(o), atribuindo a responsabilidade de manter a inocência do menor de catorze anos ao próprio menor.

O segundo fato diz respeito à distinção entre a figura do *estupro* e a figura do *atentado violento ao pudor*, constante no ordenamento jurídico até o advento da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. O crime de *estupro*, tipificado no art. 213 do Código Penal de 1940, tinha como elementos constitutivos a “posse sexual *da mulher* por meio da violência física ou moral”⁹ com vista à *conjunção carnal* (ou seja, à cópula vagínica).

Já o crime de *atentado violento ao pudor* possuía como elementos essenciais a prática de **ato libidinoso diverso da conjunção carnal** (cópula vagínica) com **emprego de violência** moral ou física e **dissenso** da vítima¹⁰. O ato

8 Fayet, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24-32.

9 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940, Vol. VIII, Arts. 197-249*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, p.107.

10 Hungria, Nelson. *Op. Cit.*, p. 122

libidinoso, referido expressamente no código antes da reforma de 2009, seria “o mesmo que ato lascivo, voluptuoso e dissoluto”¹¹, excluindo, em virtude mesmo do elemento constitutivo do crime de estupro, a conjunção carnal. Na opinião de NORONHA (1992), para a configuração do crime de atentado violento ao pudor era “imprescindível, em todas as hipóteses, o contato físico”, em que pese o autor anote como ato libidinoso configurador do tipo penal a *contemplanção lasciva*¹².

Esta distinção torna-se relevante quando se toma em consideração a unificação destes dois tipos penais em um: o *estupro*. Assim, toda violência sexual praticada restou reunida perante um único tipo penal, e o crime de estupro passou a ser crime comum, em vez de especial; uma vez que não há necessidade da *conjunção carnal* para sua configuração, tanto o homem quanto a mulher podem ser vítimas ou autores do delito. Desta forma, todos os atos de violência sexual com o intuito de satisfazer a lascívia do ofensor¹³, praticados contra um indivíduo, restaram unidos sob uma mesma pena. Anotamos a importância da constatação de que caem por terra certos preconceitos conectados à separação dos tipos penais; em que pese o longo estudo dos juristas, é sabido que o imaginário popular, bem como o viés moral, dificilmente podem ser arrancados do julgamento feito por qualquer magistrado – não porque incompetente, mas porque humano. É mais difícil chocar-se com o pomposo atentado ao pudor (ainda que violento); a denominação do tipo está distante das realidades, e sua violência real resta diminuída no nome que não identifica o ato para ninguém, senão para os juristas que o estudam. Assim, no instante em que a prática de *ato libidinoso* com o dissenso do ofendido toma para si a alcunha de *estupro*, sua gravidade torna-se óbvia e difícil de ignorar; sabemos,

11 Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal, volume 3, dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos: 20ª Edição*, São Paulo, Saraiva, 1992. p. 123

12 Noronha, E. Magalhães, *Op. Cit.*

13 Gostaríamos de apontar, brevemente, o quanto nos parece equivocada o entendimento de que os crimes de violência sexual visam, *principalmente*, à satisfação da libido do ofensor; parece-nos esta uma visão antiquada, já comprovadamente ultrapassada, que não faz mais que atrapalhar o avanço da ciência e do entendimento jurídicos em matéria de crimes sexuais, uma vez que diversos estudos (A. Groth et al. *Rape, Power and Sexuality* – American Journal of Psychiatry, 134:11, 1977; Marcus, Sharon. *Fighting bodies, fighting words in Gender struggles: practical approaches to contemporary feminism* – Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2002) demonstram que o estupro, primeiramente, mas também outras formas de violência sexual, utilizam-se da sexualidade como um instrumento, não um fim, para a afirmação de poder do estuprador sobre a vítima ou, similarmente, como alívio e liberação de raiva patológica. Em verdade, tão ultrapassada é a ideia de que o estupro tem por finalidade a simples satisfação de lascívia “incontrolável” que, já em 1947, HUNGRIA (1947) reconhecia a finalidade secundária desta nos crimes sexuais, ainda que defendesse que a secundarização referida se desse, no mais das vezes, em razão de inversão ou perversão sexual: “São frequentes os casos em que as perversões e inversões sexuais redundam em crimes contra os costumes, notadamente *atentados ao pudor, corrupção de menores e ultraje público ao pudor. Podem ser [...] reflexos de anomalias mentais ou doenças psíquicas. As mais das vezes, são indício de uma personalidade psicopática (...)*” (grifou-se).

como indivíduos e como sociedade, juristas ou não, a profundidade da violação de um estupro, e entendemos mais completamente as cicatrizes físicas e psicológicas que dele advêm. Não seria, por óbvio, diferente com relação ao ato de estupro *contra o menor* de 14 anos e, em verdade, ainda com mais razão dá-se a indignação perante estes casos.

Relevante apontar, ainda, a *ficção jurídica* criada pelo legislador, anteriormente à Lei 12.015/2009, no art. 224, que tornava presumida a violência contra o menor de 14 anos de idade. Segundo NORONHA (1992), “teve em vista o legislador casos em que a violência real não se torna necessária, pela existência de circunstâncias que a dispensam, dada a impossibilidade de o ofendido opor-se à ação do agente”. Para este autor, a presunção advinha do *vício de consentimento* do menor, que não possuiria o discernimento necessário para consentir. Para MIRABETE (2005), “pretende-se, com o dispositivo, reforçar a defesa da vítima que tem menor possibilidade de reação, já que se exige a defesa pública onde está comprometida a defesa particular da ofendida”.

Cabe aqui um breve parêntese: já citamos, anteriormente, que a discussão ora analisada estaria conectada à relatividade – ou impossibilidade desta relatividade – da presunção de violência no crime de estupro de vulnerável. Cabe, então, esclarecer *o que seriam* presunções absolutas e relativas dentro do direito. Uma presunção absoluta – *juris et de jure* – é aquela que *não admite prova em contrário*; raríssima no direito brasileiro, o mais simples exemplo de presunção *juris et de jure* é a incapacidade absoluta do menor de 16 anos. Já a presunção relativa – *juris tantum* – admite prova em contrário, e é presunção bem mais comum: exemplarmente, é relativa a presunção de inocência.

Segundo ROGÉRIO GRECO (2011), esta presunção (de violência contra o menor de 14 anos) era de natureza absoluta (*juris et de jure*), pois “não existe dado mais objetivo que a idade”. Isto porque

em inúmeras passagens o Código Penal se vale tanto da idade da vítima, quanto do próprio agente, seja para aumentar a pena, a exemplo do que corre com o art. 61, II, *h*, quando o crime é praticado contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, seja para levar a efeito algum cálculo diferenciado, como ocorre com a prescrição, onde os prazos são reduzidos pela metade quando o agente, ao tempo do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos, u maior de 70

(setenta), na data da sentença, conforme determina o art. 115 do Código Penal etc.

MIRABETE (2005) refere que os argumentos a favor da presunção absoluta seriam de que

o consentimento do menor é sempre inválido, embora possa ter desenvolvimento físico e psíquico superior à sua idade, e de que a idade da vítima (menor de 14 anos) faz parte do tipo. Além disso, a lei indica que as outras duas situações mencionadas no dispositivo configuram casos de e presunção relativa, o que não ocorre na letra a.

Já na opinião de NORONHA (1992), o fundamento da presunção seria a **inocência** da vítima, daí se deduzindo que “em se tratando de meretriz, a ressalva se impõe, como também se impõe no caso de menor de costumes dissolutos”¹⁴. Alinham-se com Noronha a maior parte dos doutrinadores e, conforme indica BITENCOURT (2014), a maior parte da jurisprudência anterior a 2009.

Com o advento da Lei 12.015/2009, foi suprimido o art. 224, que dava conta desta violência presumida, e criou-se o crime de *estupro de vulnerável*, elencado no art. 217-A, crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que exige que a vítima seja menor de 14 anos (dentre outros critérios, irrelevantes para os propósitos em comento, elencados no §1º do supracitado dispositivo). Segundo BITENCOURT (2014), a modificação teve como intento findar a discussão sobre a relatividade da presunção de violência que se travava na jurisprudência nacional, que inclinava-se para uma *relativização* do critério de vulnerabilidade. Neste íterim, o autor comenta: “Trata-se, inequivocamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que ganhava corpo no Supremo Tribunal Federal sobre a *relatividade da presunção de violência* contida no dispositivo revogado (art. 224)”.

No entanto, como é possível verificar a partir de decisões recentes (a serem analisadas em momento posterior) e mesmo da doutrina atual, não há pacificação visível do problema da relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos.

14 Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal, volume 3, dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos*: 20ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1992.

3. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime em comento está tipificado no art. 217-A do Código Penal de 1940, e tem por redação:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O bem jurídico por ele tutelado é a *dignidade sexual do vulnerável*, aqui descrito como sendo o “menor de 14 anos”, o “deficiente mental que não tenha capacidade de discernir” e aquele que “por qualquer causa não pode oferecer resistência”¹⁵. Para os fins deste trabalho, analisaremos apenas a vulnerabilidade descrita no *caput*: a do menor de 14 anos.

3.1 O tipo objetivo

Muito similarmente ao crime de “estupro”, são verbos típicos (ou seja, verbos que descrevem a ação que será enquadrada no tipo penal) “ter conjunção carnal” e “praticar outro ato libidinoso”, excluindo-se, no entanto, a necessidade de violência (moral ou física) para a configuração do crime, devendo que estas ações (“ter conjunção carnal” e “praticar ato libidinoso”) sejam praticadas, então, contra um indivíduo *vulnerável*.¹⁶ Sendo crime contra a dignidade sexual da pessoa (vulnerável,

15 Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: arte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98-99

16 Fayet, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 89-90

diga-se), o objeto material do crime será a própria vítima. É de se notar que a norma, não aludindo à violência ou à grave ameaça como elementos constitutivos do tipo penal, em princípio, não leva em consideração a possibilidade de consentimento da vítima.

Parece-nos que este silêncio da lei é de extrema eloquência: apesar da semelhança entre o tipo penal descrito no art. 213 do Código Penal (estupro) e aquele ora analisado, um destes tipos não alude à violência, não abrindo, portanto, espaço para uma interpretação de consentimento. Basta, no caso, que se pratique qualquer dos verbos nucleares com vítima que se encontre nas condições descritas (vulnerável, portanto). Não poderia haver prova maior disto que a alusão *explícita* à capacidade de discernimento do deficiente mental no § 2º; ora, se a lei sente necessidade de aludir ao discernimento do deficiente mental, daí deve-se inferir que esta mesma (in)capacidade está *implícita* no caput; de outra forma, acreditamos, ressalva similar seria feita com respeito ao menor de 14 anos. Assim parece entendê-lo, similarmente, Nucci:

Para essas situações, não se pode pretender a tipificação perfeita no modelo comum de estupro, que significa ter conjunção carnal ou praticar outro ato libdinoso, com violência ou grave ameaça. Afinal, as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, **porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado.**¹⁷ (grifou-se)

3.2 Os sujeitos

Qualquer pessoa imputável pode ser sujeito ativo no crime de estupro de vulnerável – homem ou mulher, independentemente do sexo ou orientação sexual da vítima. Da mesma forma, o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa – do sexo masculino ou feminino – que esteja em alguma das condições de vulnerabilidade elencadas pelo dispositivo penal¹⁸.

Não há dúvida de que o tipo penal protege também a pessoa do sexo masculino que venha a sofrer a violência descrita no tipo, porquanto são ações do

¹⁷ Nucci, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34

¹⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: arte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99

verbo nuclear tanto a prática de conjunção carnal (cópula vagínica) quanto a prática de *outro ato libidinoso*. Assim, para a configuração do crime é irrelevante a orientação sexual da vítima (ou mesmo do autor).

3.3 O tipo subjetivo

O tipo subjetivo, ou seja, a intencionalidade da ação referente ao crime de estupro de vulnerável é o dolo, representado pela vontade *consciente* de possuir sexualmente um sujeito vulnerável, isto é, não basta que o agente tenha a vontade consciente de satisfazer sua lascívia com outrem qualquer e, por coincidência, satisfaça-a com sujeito vulnerável; é preciso que o agente *conheça* a vulnerabilidade da vítima. Caso contrário, o agente incorre em **erro de tipo**¹⁹, excluindo-se a tipicidade.

Assim é que, por exemplo, caso o autor relacione-se sexualmente com uma pessoa menor de 14 anos, mas já com o corpo bem desenvolvido, aparentando experiência, com documento falso que indique idade acima da real, não se poderá configurar o crime de estupro de vulnerável.

Não se admite a forma culposa no crime de estupro de vulnerável.

3.4 Classificação doutrinária

Com respeito ao sujeito ativo, será crime de mão-própria quando houver conjunção carnal, e comum no caso de ato libidinoso diverso. Com relação ao sujeito passivo, é crime próprio, uma vez que exige que a vítima seja *menor de quatorze anos, deficiente mental sem capacidade de discernimento para consentir* ou esteja *impedido por qualquer motivo de oferecer resistência*. É crime doloso (exige a vontade consciente de praticar o verbo típico), comissivo (exige uma postura ativa por parte do autor, não uma omissão, podendo, no entanto, caracterizar-se a partir de omissão imprópria, na medida em que o ofensor torna-se garantidor do crime em nada fazendo), material (produz efeitos concretos no mundo real), de dano, instantâneo, de forma vinculada (na conjunção carnal) ou livre (no ato

19 Segundo BITENCOURT (2014), “erro de tipo é aquele que recai sobre circunstância elementar da descrição típica. É a falsa percepção da realidade sobre um elemtno constitutivo do crime. O erro de tipo *essencial* sempre exclui o dolo [...]. O erro de tipo *inevitável* exclui a tipicidade não por falta do tipo objetivo, mas por carência do tipo subjetivo.”

libidinoso diverso), monossubjetivo, plurissubsistente, não transeunte ou transeunte (podendo ou não deixar vestígios, dependendo da forma como foi praticado).

3.5 A proteção do direito penal ao menor de idade; uma suposta lacuna na lei

O tipo penal em comento protege o menor **até** os catorze anos de idade. Isto significa dizer que um adolescente aos seus 14 anos completos já não estará protegido pelo art. 217-A do Código Penal – mais ainda, a ele será reconhecida uma certa medida de liberdade sexual. Esta liberdade dada, no entanto, não desprotege o adolescente; o §1º do art. 213 qualifica o crime de estupro²⁰, neste artigo tipificado.

Alguns poderiam daí inferir uma **lacuna** na proteção penal ao menor de idade, uma vez que estaria protegido o **menor** de catorze anos pelo art. 217-A e o **maior** de 14 anos pelo §1º do art. 213; dessa forma, no dia exato de seu aniversário de catorze anos, caso um indivíduo sofresse **violência ou grave ameaça** de forma a ter sua dignidade sexual atacada na forma descrita pelo art. 213, caput, não caberia a qualificadora do §1º, ficando, desta forma, “desprotegido” o menor de idade em questão.

Neste aspecto, contudo, entendemos que não há que se falar em lacuna de proteção. Neste sentido, FAYET (2011):

(...) Pode-se entender que o sujeito completa os quatorze anos a zero hora do dia de seu aniversário. A partir daí estará vivendo seu primeiro dia com catorze anos (catorze anos e algumas horas de vida...). Logicamentel, será maior de catorze anos, e, portanto, protegido pela qualificadora. Até a zero hora d dia de seu aniversário de catorze anops, o sujeito é menor de catorze anos, porquanto tenha 13 anos 11 meses 29 dias e algumas horas, e, portanto, menor de catorze anos, a vítima é considerada vulnerável e está ampara pela norma do art. 217-A.

Ainda sobre o ponto e o entendimento ora adotado, GRECO (2011):

Na verdade, no primeiro instante após completar a idade prevista pelo tipo penal, a pessoa já é consideada *maior de...* Não há

20 Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos; §1º (...) se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: pena – reclusão, de 8 a 12 anos.

necessidade portanto, que se passe um dia inteiro para, somente após, ou seja, no dia seguinte, entender que a vítima, no caso do artigo em estudo, é considerada maior de 14 (catorze) anos, para efeitos de reconhecimento de qualificadora.

[...]

Assim, (...) entendemos que, se o agente vier a praticar o delito de estupro no dia em que a vítima completava 14 (catorze) anos, deverá ser reconhecido o delito qualificado, se esse dado, ou seja, a idade da vítima, era de seu conhecimento.

4. CULPABILIDADE COMO UM PARALELO À VULNERABILIDADE

Para a correta avaliação do problema em tela, é preciso, em primeiro lugar, analisar as mais atuais teorias da imputação, bem como os elementos constitutivos do tipo penal. Já segundo Ângelo Roberto Ilha encontramos, como um dos elementos do crime, a *culpabilidade*, que teria como um de seus elementos essenciais a *exigibilidade de conduta diversa nas circunstâncias concretas*.²¹

A tipicidade é característica essencial do delito, segundo Von Liszt. Bitencourt define a tipicidade muito simplesmente como a “conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. [...] Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve *subsumir-se na moldura descrita na lei*.”²². Capez acrescenta: “Na sua integralidade, o tipo é composto pelos seguintes elementos: *núcleo*, designado por um verbo; [...] *referências ao sujeito passivo* (alguém, recém-nascido, etc.).”²³ De forma extremamente simples, poder-se-ia dizer que o tipo penal é a ação descrita na lei que tem como consequência uma pena; a tipicidade seria, portanto, o “encaixe” de determinada ação em uma descrição contida na lei penal.

Daí, é claro, pode-se apenas inferir que, para estar configurada a tipicidade do crime de estupro de vulnerável é necessário não apenas “ter conjunção carnal ou praticar algum outro ato libidinoso com menor de 14 anos de idade” (núcleo do tipo), mas que aquele que sofre a violência seja *menor de 14 anos*, deficiente na sua capacidade de discernimento ou de alguma forma não possa oferecer resistência.

No entanto, a primeira pista mais concreta para o motivo da dissidência doutrinária e jurisprudencial encontra-se em Regis Prado e Mendes de Carvalho: “O principal componente normativo do sistema finalista está representado pela *adequação social*, ainda que tenha sido pouco desenvolvido. As unidades final-causal de sentido somente ingressarão no âmbito do tipo penal quando socialmente inadequadas, isto é, se valoradas socialmente como contrárias às concepções ético-

21 Silva, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia*. 1ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado 2011, p. 24.

22 Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume 1, parte geral*. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 346.

23 Capez, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral (arts. 1º a 120)*. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 209.

sociais que inspiram uma determinada sociedade em um dado momento histórico”.²⁴

Então, para alguns, parece *socialmente adequado* que menores de 14 anos de idade tenham relações sexuais com maiores de 18 anos de idade, dado o seu consentimento e com teórica capacidade plena para dá-lo; para estes, não apenas seria *socialmente adequado* que o menor de 14 anos tivesse relações sexuais com um maior, mas é perfeitamente *razoável* afastar sua vulnerabilidade com base em “comportamento sexual avançado”. Não parece, entretanto, haver aqui qualquer subsunção desta visão ao preceituado pela doutrina como sendo *típico*: um fato que subsume-se à norma que possui um núcleo e as qualidades do potencial ofendido. Afinal, a proteção conferida pelo legislador parece-nos clara: ela é dada ao deficiente mental, àquele que não tem discernimento e *ao menor de 14 anos*.

No entanto, a referência bibliográfica majoritária parece discordar desta singela conclusão. Para Bitencourt, “[...] a *interpretação mais racional* deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, *in concreto*, as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea.” (grifou-se)²⁵

Nucci é do mesmo entendimento:

“[...] será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. [...] O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.”²⁶

Assim também o entende Inês Ferreira Leite:

“Devemos antes procurar identificar aquelas condutas que lesam a liberdade sexual do menor de 14 anos recorrendo à

24 Prado, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 192.

25 Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

26 Nucci, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

definição de abuso sexual. De facto, o que se pretende proibir e incriminar são aqueles actos sexuais levados a cabo com um menor que consistam de um abuso de sua fragilidade, imaturidade ou vulnerabilidade. São estas as condutas que, para além de violarem sua liberdade sexual, lesam ou colocam em causa o desenvolvimento saudável da personalidade do menor.

A melhor interpretação do art. 172º do Código Penal [português], será aquela que exigir sua verificação, a existência de um verdadeiro abuso sexual da criança.”²⁷

Em contraste, os ensinamentos de Greco:

“[...] a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.”²⁸

27 Leite, Inês Ferreira. *Op. cit.*

28 Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*, 8ª Edição, Impetus, Niterói, 2011.

5. O MENOR DE 14 ANOS E O MUNDO JURÍDICO

“When we are children we seldom think of the future. This innocence leaves us free to enjoy ourselves as few adults can. The day we fret about the future is the day we leave our childhood behind.” (ROTHFUSS, 2007)

5.1 Discernimento do menor de 14 anos

O ordenamento jurídico brasileiro, em princípio, não parece dar voto de confiança à capacidade de discernimento e de autodefesa do menor de 14 anos: em verdade, o menor de 16 anos é, atualmente, o único indivíduo absolutamente incapaz para os atos da vida civil²⁹. Esta condição de incapacidade, contudo, não é terrivelmente nova; o Código Civil de 1914 já parecia não dar grande crédito ao adolescente como tomador de decisões, uma vez que, exatamente como o Código Civil atual, considerava os menores de 16 anos absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil³⁰, embora acrescentasse ao rol dos absolutamente incapazes alguns outros indivíduos.

O Código Penal, em seu art. 27, declara a inimputabilidade do menor de dezoito anos, também não dando ao adolescente o benefício da dúvida no que diz respeito à sua capacidade de discernimento e autodeterminação. Em verdade, a própria Constituição Federal, no seu art. 228³¹, determina a inimputabilidade do menor de dezoito anos; seguem na sua esteira, portanto, as leis ordinárias e infraconstitucionais de uma maneira geral, inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 104.

Em verdade, a simples constatação da **existência** de todo um Estatuto voltado para a proteção da criança e do adolescente já parece indicativo poderoso da falta de fé do ordenamento, de uma maneira geral, na capacidade de discernimento e, mais principalmente, de autodefesa do menor de idade. Posto isto, passemos à análise do tratamento do discernimento do adolescente pelo direito brasileiro.

29 Redação do art. 3º do Código Civil/2002 dada a partir da lei 13.146/2015: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

30 Monteiro, Washington de Barros, *Curso de direito civil: parte geral*. 28ª edição, Saraiva, 1989. p. 61

31 Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Para o Código Civil de 2002, é “absolutamente incapaz” para exercer sozinho os atos da vida civil o menor de 16 anos de idade. No direito civil, a capacidade divide-se em *capacidade de direito* e *capacidade de fato*. A primeira refere-se à capacidade de “aquisição de direitos”³², e a todas as pessoas é reconhecida; a segunda, no entanto, é mais específica e, segundo GONÇALVES (2013), é

a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, [...] a lei, no intuito de protegê-las, malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as representa ou assiste.

A incapacidade absoluta é, portanto, “a proibição total do exercício, por si só, do direito. O ato somente poderá ser praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz. A inobservância dessa regra provoca a nulidade do ato (...).”³³ Grave, portanto, é a vulnerabilidade e a ausência de discernimento do menor de dezesseis anos segundo o Código Civil brasileiro: afinal, os atos jurídicos **nulos** são aqueles que não são passíveis de convalidação, de forma que o direito de ação para a declaração da nulidade destes atos não decai nem prescreve. Assim é que, caso um menor de 16 anos venha a comprar ou vender, digamos, uma bicicleta, em trinta anos estará passível de ser desfeito o negócio, de ofício, por qualquer magistrado que do negócio jurídico tome conhecimento, porque ele é *nulo de pleno direito*.

Para determinar tal vulnerabilidade, o Código Civil parece ter-se utilizado não da aptidão para procriar, mas do

desenvolvimento intelectual e o **poder de adaptação às condições da vida social**. O Código de 2002 também considera que o ser humano, até atingir essa idade, **não tem discernimento suficiente para dirigir sua vida e seus negócios** e, por essa razão, deve ser representado na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores.³⁴ (grifou-se)

Assim, não seria demais reafirmar, o **Código Civil de 2002 acredita que o**

32 Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*, 11ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2013. p. 95

33 Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*, 11ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 111

34 Gonçalves, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 112

adolescente, menor de 16 anos de idade, não possui o necessário discernimento para, sozinho, praticar qualquer dos atos da vida civil. Parece-nos, portanto, que o direito civil brasileiro acredita que o menor de 16 anos é ainda por demais *vulnerável* para tomar decisões sérias e/ou definitivas sobre si mesmo ou sobre seu futuro; protege-o, portanto, desta vulnerabilidade, alijando-o destas “perigosas” decisões.

Já para o Código Penal, os menores de 18 anos são inimputáveis³⁵, estando sujeitos à regulação do ECA. A imputabilidade do Direito Penal assemelha-se, de certa forma, à capacidade do Direito Civil: refere-se à possibilidade de imputar determinada conduta tipificada em lei penal a determinado agente em razão de seu discernimento e capacidade de autodeterminação. BITENCOURT (2014) assim a define:

Pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a imputabilidade, sob a ótica do Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar *condições de normalidade e maturidade psíquicas* mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos.

Para o Direito Penal brasileiro, aliás, a inimputabilidade do menor de 18 anos é presunção **absoluta**, não admitindo prova em contrário com respeito à maturidade ou capacidade de discernimento do adolescente ou criança; não se pode **provar**, em suma, que o adolescente tem a mesma capacidade de entendimento ou de autodeterminação que o direito atribui a um adulto.

Na exposição de motivos do Código Penal pátrio pode-se encontrar a justificativa para tal tratamento do menor de 18 anos de idade apesar do crescente clamor (já nada novo) pela diminuição da maioridade penal:

Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de dezoito anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que **o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação**, não à pena

³⁵ Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas em legislação especial.

criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de dezoito anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o contaminação carcerária. (grifou-se)

É de se notar a referência que faz o legislador à necessidade da *educação* do menor de 18 anos, dando a este *natureza antissocial* e pouca instrução. Como mais adiante será visto, em verdade, toda a educação dada ao adolescente resulta, é claro, no seu crescimento e amadurecimento, mas, em virtude mesmo de sua *natureza*, o jovem ainda tem uma tendência (tanto maior quanto mais tenra sua idade) a uma certa **volatilidade** de julgamento, uma vez que este está coberto por uma **visão fantasiosa** da realidade. Destes elementos já é possível extrairmos, também, uma **pouca confiança** do ordenamento jurídico na capacidade de discernimento do adolescente **menor de 18 anos** – é assim que, com ainda mais razão, então, teria o legislador em baixa estima o discernimento do menor de catorze anos.

Apontamos, ainda, a vedação de trabalho por parte do menor de 14 anos, preconizada pela Constituição Federal no seu art. 7º, XXXIII³⁶, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 60³⁷, e na CLT, no seu art. 403³⁸. Ainda que esta vedação não pareça estar conectada à capacidade de discernimento do adolescente e da criança, ela, sem dúvida, diz respeito à sua **vulnerabilidade**; ao adolescente e à criança menores de 14 anos, como indivíduos vulneráveis, proibimos o trabalho de qualquer espécie, como forma de proteção desta vulnerabilidade e em razão dela mesma. A sociedade e o ordenamento jurídico claramente consideram o trabalho como parte importante do desenvolvimento humano, bem como da sua dignidade inerente; ainda assim, proíbem o adolescente menor de 14 anos de trabalhar – isto porque, em que pese o trabalho seja considerado essencial para a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento do indivíduo dentro da sociedade, a criança e o adolescente ainda não possuem a **maturidade** – física ou mental – para exercê-lo com segurança e de forma a não

36 Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXIII – proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

37 Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de 14 (quatorze) anos, salvo na condição de aprendiz.

38 Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir do 14 (quatorze) anos.

prejudicar seu desenvolvimento.

Aqui parece pertinente deixar claro nosso ponto: **o ordenamento jurídico brasileiro sistematicamente se utiliza da (in)capacidade de autodeterminação do menor de dezesseis anos para protegê-lo**, considerando mesmo um risco para a sociedade e para o próprio indivíduo que se entenda que o adolescente, como “ser em formação”, possa tomar decisões de cunho mais definitivo, ou a partir delas ser prejudicado. Esta opção acerca do discernimento do adolescente não é feita apenas no Direito Penal, inclusive, mas também no direito civil e no direito do trabalho.

Não podemos, portanto, compreender perfeitamente como é que a doutrina ou a jurisprudência poderiam querer excluir desta proteção, tão óbvia e sistemática dentro do direito brasileiro, a **sexualidade** do jovem adolescente. Não nos parece salto lógico demasiado longo fazer um paralelo, portanto, entre a **vulnerabilidade para imputação**, trabalho, ou vida civil, e a **vulnerabilidade sexual**. Aqui, na interpretação do ordenamento jurídico como um *sistema*, é que encontramos nosso primeiro ponto de apoio para a interpretação da vulnerabilidade elencada pelo legislador no caput do art. 217-A.

5.2 O desenvolvimento biopsicossocial do menor de 14 anos

Parece-nos evidente, dada a discussão ora analisada, que é essencial para o ponto que se faça a análise da *capacidade real de consentimento* do menor de 14 anos; assim, é preciso que nos aprofundemos nos estudos biopsicossociais sobre o desenvolvimento do adolescente.

Primeiramente, apontamos para o mais comum dos argumentos encontrados, não apenas na jurisprudência, como na doutrina, para a relativização da tipicidade do estupro de vulnerável: o avançado conhecimento da atual geração, cada vez mais informada, sobre o ato sexual e suas consequências – conhecimento este que invalidaria a *inocentia consilii*, elemento fundamental da proteção contida no art. 217-A (e, previamente, no art. 224), do Código Penal, ao menor de 14 anos.

Neste ponto, parece-nos relevante apontar a evidente diferença entre *conhecimento sobre sexualidade e sexualização da juventude*. Apesar de o advento da internet ter tornado a exposição à sexualidade mais precoce e inevitável (segundo a revista americana *The Week*, cerca de 12% dos sites da rede mundial de computadores são de conteúdo pornográfico, e aproximadamente 266 novos sites

pornô surgem todos os dias³⁹; somam-se, além disso, os relatos referentes a uma iniciação sexual cada vez mais jovem⁴⁰), ela não parece vir acompanhada de um esclarecimento correspondente sobre o que é um dos problemas centrais do amadurecimento do adolescente: assim é que a discussão sobre educação sexual e sua pertinência nos âmbitos escolares persiste e se alastra⁴¹. Prova da gritante diferença entre a sexualização do jovem (ou seja, o maior contato com o ato sexual e a exposição à sexualidade) e o conhecimento de sexualidade (a capacidade de julgar as consequências possíveis e factuais da prática de atos sexuais como um todo) entre os jovens adolescentes é o vertiginoso crescimento da taxa de AIDS entre adolescentes⁴² nos últimos dez anos.

É notável, além disto, que o desenvolvimento psicobiológico da pessoa passa por uma verdadeira montanha-russa quando da adolescência: o jovem, recém-saído da infância, busca a autoafirmação no questionamento e quebra de regras sociais, principalmente em uma tentativa de encontrar seu lugar na sociedade:

Além de apresentar inquietudes ligadas às transformações orgânicas que preparam o corpo para função da reprodução, a puberdade física acompanha-se de uma puberdade psíquica que 'é essencialmente a formação do ser [...] e da qual são elementos: auto-afirmação, religiosidade, egoísmo, **fantasia**, exaltação e **oscilações de juízos morais**. A verdade é que muitas das atitudes e posicionamentos do jovem, frequentemente vistos como opção voluntária e consciente de agressão e transgressão de normas e valores, não passam de etapas normais de crescimento do ser humano. [...] Esse momento [da adolescência] representa uma

39 Disponível em: <http://vip.abril.com.br/noticias/12-estatisticas-sobre-pornografia-na-internet-que-vaio-te-surpreender/> acesso em novembro/2016

40 Saavedra, Luísa et al., *Discursos de jovens adolescentes portugueses sobre a sexualidade e amor: implicações para a educação sexual*. Educ. Soc., Campinas, v. 31, n. 110, 2010.

41 Alencar, Rúbia de Aguiar et al. Desenvolvimento de uma proposta de educação sexual para adolescentes. *Ciência & Educação* (Bauru). Programa de Pós-Graduação em Educação para a Ciência, Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências, campus de Bauru., v. 14, n. 1, p. 159-168, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/26469>>. Acesso em novembro/2016 ; Leal, Marta Miranda, Saito, Maria Ignez. Educação sexual na escola. Instituto da Criança do Hospital de Clínicas e Departamento de Pediatria Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Medicina, v. 22, n. 1, p. 44-48, 2000. Disponível em <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39242838/Educacao_sexual_na_escola.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1479481154&Signature=TmCLJdiqU4TEOc9OLrSpOICowgA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DEducacao_sexual_na_escola.pdf>. Acesso em novembro/2016

42 São os dados fornecidos pelo Ministério da Saúde: em 2005, a incidência de AIDS na população entre 10 e 19 anos era de 7,5 para cada 100 mil habitantes; em 2014, a referida taxa, na mesma faixa etária, subiu para 12,2 indivíduos para cada 100 mil habitantes, de acordo com o boletim epidemiológico de 2015 (Disponível em <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2015/58534/boletim_aids_11_2015_web_pdf_19105.pdf>. Acesso em novembro/2016

mudança sensível do indivíduo que passa a ver o mundo com uma perspectiva própria, embora ainda **inadequada e distante da realidade**, consequência do egoísmo natural desse instante.⁴³
(grifou-se)

É inegável que a sexualidade é parte essencial e inevitável da formação da personalidade de todos os seres humanos; assim é que, em especial em um momento de desenvolvimento físico voltado, dentre outras coisas, para a capacidade de reproduzir, o adolescente busca descobrir sua sexualidade e inserir-se na sociedade também por este meio. Com frequência, o jovem sente-se alijado do “mundo adulto” enquanto não passa pela experiência sexual, uma vez que “o discurso da experiência [sexual] salienta, em primeiro lugar, a ideia de que um rapaz só se torna homem quando perde a virgindade”⁴⁴.

É notável que a discussão doutrinária e jurisprudencial parece girar não em torno da criança (que, segundo o ECA, é o indivíduo com até 12 anos incompletos⁴⁵), mas do adolescente (a pessoa que possua entre 12 anos completos e 18 anos incompletos) com até 14 anos. Então é premente que se saiba o que seja o adolescente:

A palavra "adolescência" foi utilizada pela primeira vez no séc. XIV, mas como estágio de desenvolvimento, somente aparece no início do séc. XX, em trabalho de Stanley Hall. Entretanto, ainda no séc. XIX, acontecimentos sociais, demográficos e culturais propiciaram o estabelecimento da adolescência como período distinto do desenvolvimento humano. O filho, considerado o futuro da família, passou a receber intenso investimento e a adolescência passa a ser vista como um momento privilegiado da vida. **Ao longo do séc. XIX, a adolescência se torna uma época de crise e riscos para o potencial do próprio indivíduo e para a sociedade como um todo.** Concomitantemente, com o crescente interesse médico no processo de amadurecimento biológico dos alunos de internatos, causado pelas manifestações decorrentes de seu comportamento e transformações sexuais, o desenvolvimento da sexualidade começa

43 Minahim, Maria Auxiliadora. Direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor, 1ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

44 Saavedra, Luísa et al., *Discursos de jovens adolescentes portugueses sobre a sexualidade e amor: implicações para a educação sexual*. Educ. Soc., Campinas, v. 31, n. 110, 2010.

45 Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

a ser relacionado com o mencionado período.⁴⁶ (grifou-se)

Segundo a psicologia do desenvolvimento, adolescência é o momento em que

as mudanças físicas são rápidas e profundas. Atinge-se a maturidade reprodutiva. Desenvolve-se a capacidade de pensar abstratamente e de usar o pensamento científico. Nessa etapa, a busca de identidade constitui um fator primordial, justificando a vida em grupos de iguais, a adoção de modelos e de comportamentos estandardizados, que facilitam o caminho da identificação.⁴⁷

Em suma, portanto, o adolescente seria o indivíduo que se encontra entre a infância e a maturidade, não podendo ser completamente compreendido se levadas em consideração apenas as características de uma ou de outra fase do desenvolvimento; o adolescente é ser humano em formação – biológica e psicológica – tal qual uma borboleta logo depois de sair de seu casulo; ainda de asas molhadas e fragilíssima, corre o risco de tornar-se permanentemente deformada, ou de nunca completar sua transformação, caso haja interferência minimamente violenta no seu processo de maturação. A borboleta (em que pese seja metáfora batida) é uma figura evidente daquilo que o jovem adolescente é.

Por muitos anos, acreditou-se que, na puberdade, o cérebro do “jovem adulto” já estaria plenamente formado e perfeitamente maduro. No entanto, estudos mais recentes de imagens do cérebro adolescentes demonstram que

o cérebro do adolescente ainda é uma obra em andamento. Mudanças dramáticas nas estruturas cerebrais envolvidas nas emoções, no julgamento, organização do comportamento e autocontrole ocorrem entre a puberdade e o início da vida adulta. A imaturidade do cérebro do adolescente tem levantado questões sobre o grau com que os adolescentes podem ser razoavelmente considerados legalmente responsáveis por seus atos.⁴⁸

Segundo estes estudos, o adolescente teria uma “*propensão para o comportamento de risco*”, ou seja, seu cérebro estaria, em princípio, “pré-programado” para tomar a atitude mais ousada – e mais impensada. Esta propensão parece decorrer da

46 Faria, Aléxia Alvim Machado, Vianna, Túlio. Maoridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 118, n. 665. p. 15-54

47 Trindade, Jorge. Concluir citação depois.

48 Papalia, Diane E, Feldman, Ruth D. *Desenvolvimento humano*. 12ª Edição, Porto Alegre, AMGH Editora, 2013, p. 392

interação de duas redes cerebrais: (1) uma rede socioemocional que é sensível a estímulos sociais e emocionais, tal como a influência dos pares, e (2) uma rede de controle cognitivo que regula as respostas a estímulos. **A rede socioemocional torna-se mais ativa na puberdade, enquanto a rede de controle cognitivo amadurece mais gradualmente até o início da idade adulta.** Esses achados podem explicar a tendência dos adolescentes a explosões emocionais e a comportamento de risco e por que o comportamento de risco frequentemente ocorre em grupos (...). Além disso, os adolescentes processam a informação sobre as emoções diferentemente dos adultos. Em um estudo, os pesquisadores registraram a atividade cerebral de adolescentes enquanto eles identificavam emoções expressadas por rostos em uma tela de computador. **Jovens no começo da adolescência (de 11 a 13 anos) tendiam a usar a amígdala,** uma pequena estrutura em forma de amêndoa localizada no lobo temporal e que está fortemente envolvida nas **reações emocionais e instintivas.** Adolescentes mais velhos (de 14 a 17 anos) apresentavam padrões mais adultos, usando os lobos frontais, responsáveis por planejamento, raciocínio, julgamento, modulação emocional e controle dos impulsos e que portanto permitem julgamentos mais precisos e razoáveis. **Esta diferença poderia explicar as escolhas insensatas dos adolescentes, como abuso de substância e sexo inseguro.**⁴⁹
(grifou-se)

Notável, portanto, que o desenvolvimento biopsicológico do adolescente torna-o propenso a uma volatilidade que, por sua vez, torna-o vulnerável. Todas as influências do meio o atingem facilmente, moldando-o, uma vez que a grande busca do adolescente é pelo pertencimento e, dentro deste pertencimento, pelo destaque; desta forma, o jovem é como uma esponja, absorvendo avidamente tudo aquilo que o meio, e principalmente seus pares mais próximos, jogam sobre ele. Esta é a idade propensa à criação de ídolos e gurus. Levando em conta, ainda, a forma física (cerebral) da tomada de decisão do adolescente, não se pode ignorar sua influenciabilidade e a grande probabilidade da decisão instintiva baseada em uma realidade forjada.

49 Papalia, Diane E, Feldman, Ruth D. *Desenvolvimento humano*. 12ª Edição, Porto Alegre, AMGH Editora, 2013, p. 393

É preciso reforçar, neste ponto, a **faixa etária** em que principalmente parecem ocorrer as decisões mais *impensadas e emocionais*, e portanto *menos autodeterminadas e compreensivas e mais manipuláveis*. Os estudos parecem apontar para um grande uso das emoções na tomada de decisões na faixa etária dos **11 até os 14 anos**, aproximadamente: ou seja, precisamente a faixa etária que causa controvérsia na doutrina e na jurisprudência, e exatamente a faixa etária que o legislador, aparentemente, intentou proteger.

Aqui encontramos, portanto, sólido ponto de apoio no que diz respeito à vulnerabilidade do menor de 14 anos, e igualmente à impossibilidade de afastá-la, vasta experiência sexual do menor ou não; afinal, na idade exata a que se refere o tipo penal é que o adolescente encontra-se mais tendente às decisões impulsivas e impensadas, e mais propenso à manipulação por seus pares e seu meio, “naturalmente” *hiperssexualizado*, em especial com o advento da internet e da “era da informação”.

5.3 O dever de cuidado do Estado e da sociedade para com o menor de 14 anos

Por outro lado, não se pode esquecer que se, de um lado, há uma vulnerabilidade, do outro, há um mandamento de proteção:

A vulnerabilidade das crianças (...) decorre de “um estado da pessoa, um estado permanente de risco” e é “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos”, no dizer de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. Com efeito, os autores explicitam o quanto o estado de vulnerabilidade está associado ao fato de ser “um ponto fraco”, “uma ferida” (*vulnus*), isto é, alguém que pode ser “ferido” ou vítima facilmente, no âmago das relações sociais.

As crianças estão na ponta inicial da vida e, nesse toar, assumem papel de destaque, uma vez que pela ausência de maturidade física e intelectual, **é necessário que seja conferido a elas uma proteção e cuidados especiais, sobretudo “proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”**, conforme consta na Declaração dos Direitos da Criança, das Nações

Unidas.⁵⁰ (grifou-se)

Este mandamento permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro, a começar pela CF, que preconiza, no seu art. 227⁵¹, caput, o dever de toda a sociedade, bem como do Estado, de cuidar da criança e do adolescente, *com absoluta prioridade*. O ECA, em seus arts. 4⁵², 5⁵³, 18⁵⁴, e 70⁵⁵, afirma repetidamente o dever do Estado, da sociedade e dos indivíduos de proteger a dignidade e assegurar o desenvolvimento pleno e seguro da criança e do adolescente, escudando-os de tratamentos indignos e violações de seus direitos.

Como já dissemos, no entanto, a tentativa do afastamento da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos parece uma tentativa de empurrar a **responsabilidade** de proteção da dignidade sexual do menor *de volta* para o referido menor; afastar sua vulnerabilidade com base na inexistência de uma *inocentia consilii*, ou em suposto “comportamento sexual avançado”, é ignorar a existência de todos os mandamentos jurídicos acima afirmados; é olvidar, primeiramente, que de um dos lados da relação sexual existiu um **adulto, plenamente capaz, que tinha a obrigação de zelar pelos interesses do jovem adolescente**.

Esta obrigação, como vimos, não é mera obrigação moral: ela é decorrente da estruturação do ordenamento jurídico brasileiro, e de dispositivos claros nas suas determinações. Estes mandamentos não estão isolados dentro de um ordenamento jurídico que, de outra forma, ignora a necessidade de proteção do vulnerável, ou nega por completo esta necessidade (mais ao ponto, do menor de 14 anos). Dentro do Título VI do CP em que encontramos o tipo penal ora estudado, outros crimes contra vulnerável podem ser encontrados⁵⁶ no seu Capítulo II, inteiramente dedicado

50 Almeida, Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de. *Direitos humanos e proteção de vulneráveis para além da Suprema Corte: como o Ministério Público garantiu dignidade a famílias no campo mesmo diante da decisão contrária e definitiva do Supremo Tribunal Federal*, in Vitorelli, Edilson, et al. *Temas Atuais do Ministério Público*, 4ª Edição, Salvador, JusPodivm, 2016. p. 84

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

52 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

53 Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

54 Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

55 Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

56 Interessante notar, neste ponto, que o crime tipificado no art. 218 do Código Penal, Corrupção de

à proteção penal do vulnerável; a simples existência de um ato normativo (o ECA) voltado inteiramente para a proteção da Criança e do Adolescente já seria indicativo poderoso da vontade do legislador de proteger o menor de idade, ainda que referida norma estivesse legada ao esquecimento jurídico e visse pouca utilização na sociedade, como tantas vezes acontece. Sequer é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é instrumento forte do ordenamento brasileiro, fazendo-se presente e relevantíssimo no dia a dia jurídico.

E apesar da óbvia intenção do direito brasileiro de proteger o menor de idade, compreendendo, desde suas políticas públicas de saúde até suas políticas criminais, que há uma *fragilidade* no menor de 14 anos, a jurisprudência e a doutrina pátrias parecem ignorar estes mandamentos no que diz respeito ao crime de estupro de vulnerável.

Aqui, indicamos uma aparente volta ao problema já tão datado da culpabilização da vítima de estupro: muito se disse, durante a evolução legislativa em matéria de estupro, que a visão da mulher (adulta) como única guardiã de sua honra, devendo seu dissenso quanto ao ato sexual ser tão marcado a ponto de colocar mesmo sua vida em risco, é ultrapassada e absurda⁵⁷. O posicionamento que pretende afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável em afastando a vulnerabilidade do menor de 14 anos incorre no mesmo erro: o de acreditar que a vítima é a única responsável pela manutenção de sua honra, dignidade e dos bens jurídicos protegidos pela norma penal.

Exatamente como a alegação de que o dissenso da mulher adulta, para ser sincero⁵⁸, deve ser demonstrado de forma física e positiva, chegando quase a

Menores (“Induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer lascívia de outrem”), embora utilize-se de idêntica faixa etária para a determinação de seus efeitos, não sofre com discussão similar; é ponto pacífico, na jurisprudência e na doutrina, que não há afastamento da tipicidade caso a vítima menor seja sexualmente experienciada ou tenha plena capacidade de compreender os acontecimentos; basta que um maior de idade tenha, de alguma forma, *induzido alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem*. Anotamos, ainda, que “indução” não é um vocábulo que implique, necessariamente, em violência; assim, em tese, bastaria, para a configuração do crime, o simples *convencimento* para satisfazer outrem, o que parece de acordo com a ideia da proteção da vulnerabilidade do menor. (Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*, 27ª Edição, São Paulo, Atlas, 2010, p. 415; Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117.)

57 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940, Vol. VIII, Arts. 197-249*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. p. 110

58 A discussão sobre o dissenso da vítima e sua sinceridade serem representáveis apenas através da resistência física positiva e “violenta” é tão datada, em verdade, que nos Estados Unidos a discórdia avançou para nova seara: atualmente, discute-se a viabilidade do *affirmative consent*, segundo o qual, caso não haja o consentimento verbal da mulher, claro e inequívoco, poder-se-ia criminalizar a conduta “não consentida” como crime de estupro. Ou seja: bastaria um silêncio sobre o ato sexual, seguido de ações de concordância ou não, para caracterizar o estupro. (Moriarty, Jane Campbell. *Rape, affirmative consent to sex, and sexual autonomy: introduction to the symposium*. 2008. Disponível em

colocar em risco sua vida, é absurda, culpabilizando a vítima e retirando da figura do agressor a responsabilidade por seus atos, e desculpando-o, e certa forma, pelo desrespeito com o corpo, a dignidade e a sexualidade alheias, também é absurda a alegação de que o menor, de *per se*, pode afastar sua própria vulnerabilidade através de um consentimento – não apenas porque é ilógica a ideia de afastamento de vulnerabilidade pelo próprio vulnerável, mas também porque retira do adulto, responsabilizado pelo próprio ordenamento jurídico, a obrigação de cuidado que ele deve ter com o menor.

Não nos referimos aqui, por óbvio, ao erro de tipo, em que o agente, apesar de ter-se, em tese, cercado de todos os cuidados, é enganado sobre a idade da vítima e com ela mantém relação sexual, acreditando que é maior de catorze anos. Neste caso, o adulto não falta propriamente com sua responsabilidade com respeito ao menor, mas engana-se sobre a **existência** de tal responsabilidade. Falamos do agente que, conhecedor da idade da vítima, ainda assim se propõe a manter relações sexuais com ela, eventualmente ou não; este agente, sabedor de suas responsabilidades como indivíduo e membro de uma comunidade que prima (ou deveria primar) pela proteção da criança e do adolescente, ainda assim age de forma a descumprir seu dever de cuidado para com o menor.

Não poderíamos falar no desconhecimento do ordenamento jurídico, tampouco, como escusa para o comportamento descuidado: reza o art. 21 do CP que “o desconhecimento da lei é inescusável”. Em que pese preconizado pelo Código Penal, este princípio se faz valer em todo o sistema normativo brasileiro. Não pode, nem deve, o responsável alegar o desconhecimento dos mandamentos normativos de proteção ao menor. Seu reconhecimento moral, em verdade, já deveria ser suficiente para frear a atitude do agente; se não o foi, deve portanto incorrer nas penas da lei, como todas as demais atitudes antijurídicas.

6. CONSENTIMENTO: UM CONCEITO ESSENCIAL

A definição dicionarística de consentimento, segundo o Michaelis online, é “concordância de ideias, unanimidade de opiniões, acordo das partes envolvidas (em projeto, objetivo, opiniões, etc.)”. Não há quem, contemplando a definição acima, não compreenda o significado de “acordo” e “concordância” como uma liberdade de expressão, bem como uma expressão da liberdade que os indivíduos têm de entender-se entre si, “concordando” e “acordando” com respeito aos mais diversos assuntos. Também não há aquele que não parta do imediato pressuposto, tão natural que sequer será cogitada possibilidade diversa, que para a existência de um “acordo” deve haver igualdade mínima entre as partes acordantes: ao ato de um homem que, sob a ameaça de uma arma, entrega todo seu dinheiro e pertences valiosos a um outro homem que o demanda, não chamaríamos de acordo. Não chamaríamos de concordância, também, o ato da criança que entrega um doce a um adulto que a convence que, mais tarde, receberá outro doce maior, apesar de este último claramente não ter intenção alguma de devolver à criança doce algum.

Como é da natureza do direito civil, a definição daquela área do ordenamento jurídico adota esta visão costumeira sobre consentimento: ele é a expressão livre da vontade de uma parte à outra. Ainda que não encontremos esta definição exata entre a doutrina, ela é facilmente deduzida a partir da ideia de *vício de consentimento*, situação que tornaria anulável⁵⁹ o negócio jurídico, e consistiria na “manifestação de vontade não correspondente com o íntimo e verdadeiro querer do agente, (...) [criando] uma divergência, um conflito entre a vontade manifestada e a real intenção de quem a exteriorizou”⁶⁰. É claro que, para manifestar vontade que esteja de acordo com sua intenção interiorizada, o agente deve, em primeiríssimo lugar, ser *capaz* (vide acima, item 5.1). Desta forma é que não falaríamos em consentimento, dentro do direito civil, de uma criança de 2 anos de idade.

De acordo com as teorias do consentimento, no direito penal esta concepção de acordo de vontades não está distante da realidade criminal: ainda que haja

59 Anulável é o negócio jurídico que, sendo irregular, “surte efeitos, consoante norma do direito positivo, até o momento em que o interessado, dentro do prazo fixado pela lei para tanto, consegue invalidá-lo por ter arguido o vício”. (Dicionário jurídico, 1ª Edição, Lima, Los Libros Mas Pequeños Del Mundo, 2011, p. 57)

60 Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*, 11ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 399

discussão sobre a natureza exata do consentimento⁶¹ segundo COWAN (2009), este parece estar igualmente ligado à expressão de uma vontade de um agente, permitindo a prática de determinado ato consigo: “the parties change their rights and obligations by giving permission, which is achieved by speaking or doing consent”⁶².

Difere, é claro, do direito civil, a aplicação deste mesmo conceito na prática jurídica penal. Enquanto no direito civil a expressão do consentimento – tácito ou não – é condição *sine qua non* para a validade do negócio jurídico e sua realização, o consentimento da vítima, no âmbito do direito penal, seria causa excludente de ilicitude, em princípio: *volenti non fiat injuria*. Para Feuerbach, “enquanto uma pessoa pode renunciar de seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito”⁶³. Já para a teoria da ação jurídica, mais moderna e largamente aceita,

os bens são juridicamente tutelados enquanto o seu titular os considera e os trata como bens de valor. Se o titular de dito bem consente na sua perda, na sua diminuição ou na sua exposição a perigo de perda ou de redução, é de ser considerada lícita a conduta.⁶⁴

Daí já se vê, portanto, a necessidade da disponibilidade do direito e da capacidade para dele dispôr para que o consentimento, em qualquer das definições acima utilizadas, possa surtir efeito na esfera penal. Para ambos os requisitos, enfrentamos problemas no que diz respeito ao bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do CP.

O menor de 14 anos de idade, como vimos, não é considerado agente *capaz* por nenhuma das esferas do direito brasileiro. Não sendo agente capaz, portanto, ele não pode renunciar à sua dignidade sexual, ainda que ela se prove como um direito renunciável. Por-se-ia arguir que não são poucos os casos em que o(s) guardião(ões) legal(is) do adolescente consentem com as relações sexuais havidas por seus representados; sendo os pais ou responsáveis obrigatoriamente adultos capazes, poderiam, portanto, através do seu consentimento, consentir pelo

61 “[There are] debates as to the nature of consent focus on determining whether consent is a state of mind, or whether consent is constituted by a set of actions or behaviors, performed in certain way.” (Cowan, Sharon. *The trouble with drink: intoxication, (in)capacity, and the evaporation os consent to sex*. 2009, p. 4. Disponível em <<https://www.uakron.edu/dotAsset/728122.pdf>>. Acesso em novembro/2016

62 Cowan, Sharon. *Op. cit.*, p. 5

63 Feuerbach *apud* Pierangeli, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

64 Pierangeli, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

adolescente.

A dignidade, contudo, não é direito renunciável de personalidade, pois que, ainda mais que um direito fundamental, a dignidade (como um todo, e não apenas a sexual) é parte indelével e inseparável da personalidade e da condição humana, declarada no art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos. Não sendo direito renunciável, não se pode afastá-la pela vontade ou pelo entendimento dos pais ou responsáveis do adolescente, em que pese a vulnerabilidade do jovem seja, em tese, suprida pela compreensão superior do mundo pelo guardião e sua proteção.

7. A ATIPICIDADE NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE PRÁTICA JURISPRUDENCIAL

Antes do advento da Lei 12.015/09, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal parecia querer inclinar-se para a desconsideração da vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade⁶⁵. Já se podia, contudo, avistar divergência neste ponto, em especial vindo do Superior Tribunal de Justiça, conforme pode ser demonstrado a partir da ementa a seguir:

ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS.

Cuida-se de **embargos de divergência contra o acórdão da Sexta Turma que entendeu ser relativa a presunção de violência** contida no art. 224, a do CP (menor de 14 anos), sendo, portanto, passível de prova em contrário. O embargado cita como paradigma acórdão da Quinta Turma deste Tribunal que concluiu ser a violência ficta uma presunção absoluta. O Min. Relator esclareceu que o citado artigo prevê algumas circunstâncias, entre as quais está inserido ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, será ela presumida diante da indubitosa restrição da capacidade volitiva da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. Estando tal proteção apoiada na ***innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas conseqüências**, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, **possuindo a referida presunção caráter absoluto**. O acusado, que não desconhecia a menoridade da vítima, deu-lhe guarida em sua casa enquanto ela se escondia da mãe e a levou a ingerir bebida alcoólica, embriagando-a antes da prática da conjunção carnal. Diante disso, **a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, acolheu os embargos**. (REsp 666.474-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10/9/2008, Informativo n. 367, dia 18 de setembro de 2008).(grifou-se)

Atualmente, no entanto, as Cortes Superiores brasileiras têm considerado irrelevante para a tipificação do crime de estupro de vulnerável a experiência havida

⁶⁵ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p.102

pelo adolescente ou seu consentimento ao ato sexual:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. MENOR DE 14 ANOS. VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmissível na via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos. 2. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. (Precedentes: HC nº 114.650, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14/08/2013, RHC nº 115.213, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26/06/2013, RHC nº 114.965, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 27/06/2013, HC nº 116.531, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 11/06/2013, e RHC nº 100.837-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 03/12/2014). 3. As circunstâncias judiciais subjetivas elencadas no artigo 59 do Código Penal, quando desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, desde que fundamentada a exasperação. 4. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de haver cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo ato em seu celular. 5. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em

qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 6. O objeto da tutela em habeas corpus é a liberdade de locomoção quando ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII), não cabendo sua utilização para reexaminar pressupostos de admissibilidade de recursos de outros tribunais. 7. Agravo regimental desprovido. (HC 128971 AgR, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 29-11-2016 PUBLIC 30-11-2016)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ART. 213, § 1º, C/C O ART. 226, II, AMBOS DO CP. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 13 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA JURÍDICO-PENAL. PRECEDENTES. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545/STJ. PENA REDUZIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. Esta Corte tem firme compreensão de que o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, em relação ao delito previsto no art. 213 do Código Penal, não tem relevância jurídico-penal. Precedentes. 3. Nos termos da Súmula 545/STJ, quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. 4. Hipótese em que, mesmo parcial, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo, no caso, incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal em favor do ora paciente. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, reconhecida a atenuante da confissão, reduzir a pena do paciente para 11 anos e 3 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(Habeas Corpus n. 346.291-RJ, STJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016)

A tendência a considerar irrelevante o comportamento do adolescente frente ao adulto vem-se difundindo, tornando mais firme o entendimento das cortes do país:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TENTATIVA. EXPERIÊNCIA SEXUAL OU CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. Réu solto. Condenação nos arts. 217-A, c/c 14, II, ambos do C. Penal (tentativa de estupro de vulnerável), a 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado. Inconformada, a Defesa busca a absolvição, alegando: 1). a suposta insuficiência probatória. I) A manutenção do julgado se impõe pela robustez dos elementos carreados aos autos. O depoimento da vítima (então com 13 anos de idade) traduz o atuar do recorrente, praticando ato libidinoso. Em regra, os crimes sexuais ocorrem na clandestinidade e sem testemunha presencial, limitando-se a prova ao dito pelo ofendido. Por isso, a sua palavra surge de fundamental importância. Negativa do apelante isolada. 2) em razão de erro de tipo. II. Impossibilidade. Finda a instrução criminal resultou demonstrado ter o recorrente consciente e voluntariamente, constrangido uma menor de 14 anos, à conjunção carnal, mediante violência e grave ameaça. Em momento algum o sujeito alegou desconhecer a idade. Ademais, consta do laudo de exame de corpo de delito (conjunção carnal) que a jovem apresentar desenvolvimento físico compatível com a idade, caindo por terra a tese defensiva. 3). ausência de vulnerabilidade da vítima. III. Descabimento. **O comportamento da menor de idade - participava de uma festa à noite - não possui o condão de afastar a sua condição de vulnerável. A intenção do legislador é a proteção absoluta aos menores dos 14 anos no cenário de crimes sexuais.** Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, irrelevante a experiência sexual ou o consentimento. 4). A desclassificação para o art. 213 do C. Penal. IV. Possibilidade. (...) RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Expeça-se mandado de prisão. STJ HC 135972/SP, Rel. Min. Felix Fischer,

julgado em 03/11/2009. (*Apelação n. 0015993-74.2009.8.19.0063, TJSP, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Roberto Lagranha Távora, julgado em 16/09/2014*)

As cortes têm, de maneira geral, entendido que não se pode culpabilizar a vítima, arrastando sobre ela e seu comportamento o julgamento do Poder Judiciário; deve-se, por outro lado, analisar de perto a conduta do agente, julgando-o de acordo com o pretendido pelo legislador ao estender a proteção do art. 217-A ao menor de 14 anos – curiosamente (mas não, acreditamos, coincidentemente) na faixa etária de maior vulnerabilidade do desenvolvimento social e neurológico do jovem (conforme acima demonstrado). Assim é que a responsabilidade do autor, ao coagir a vítima a com ele manter relações sexuais, pesa mais do que o comportamento da ofendida, que saíra para uma festa à noite.

A solução do caso acima, em verdade, não parece apresentar grande dificuldade: havendo a coação da vítima e sendo esta menor de 14 anos, nem mesmo o mais ferrenho defensor da relativização da vulnerabilidade poderá arguir o afastamento do tipo elencado no 217-A para considerar o enquadramento no crime de estupro, elencado no art. 213 do Código Penal.

Paradigmático, no entanto, é o julgamento do Recurso Especial nº 1.480.881, que analisa um caso em que há o consentimento da menor para o ato sexual. Tão assentado é este consentimento, na verdade, que ele ocorre por mais de um ano, durante um “namoro” que mantêm o autor e a vítima:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para

o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. **Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza**, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. **De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.** 7. **A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física,**

biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos (...) por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. 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. (*Recurso Especial n. 1.480.881-PI, STJ, 3ª Seção, unânime, Rel. Min. Rogério Schetti Cruz, julgado em 26.08.2015, publicado no DJ em 09.09.2015*) (grifou-se)

No caso concreto em tela, um homem de, na época, vinte e cinco anos, mantivera relações sexuais com uma menor de, à época, 13 anos de idade, por cerca de um ano – enquadrando-se materialmente, portanto, na conduta descrita pelo art. 217-A do Código Penal. Relevante dizer que o adulto começara a relacionar-se com a jovem quando esta era ainda uma criança, e não uma adolescente – por volta dos oito anos de idade; em que pese não tivessem relações

sexuais, a menina considerava-o seu “namorado”; ele frequentava a casa da jovem e era amigo do pai desta. O Tribunal de Justiça do Piauí entendeu que, de maneira geral, os primeiros “avanços” no relacionamento foram dados pela menina (que, não parece demais recordar, conta à época com oito anos de idade), que concordava, inclusive, com manter o namoro às escondidas, para que os pais não soubessem. No entendimento desta Corte, não havendo evidência de agressividade por parte do autor, nem tampouco de resistência por parte da vítima (a contrario, na verdade), e julgando-se seu grau de discernimento pelos depoimentos colhidos ao longo do processo, estaria afastada a vulnerabilidade da menor – desta forma, atípico o crime de estupro de vulnerável. Não sendo constatadas violência ou grave ameaça por parte do autor, também não seria possível desclassificar-se o crime para aquele contido no art. 213, §1º, do CP, conquanto ausente característica nuclear do tipo penal último.

O Min. Rogério Schietti Cruz, no entanto, entendeu de forma diversa em seu voto (no qual foi seguido, à unanimidade, pelos demais integrantes da 3ª Seção do STJ): para ele, após a Lei 12.015/09, a redação do art. 217-A não mais permite “qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso (...)”.

Notável a referência, já na ementa, ao julgamento da vítima em lugar do réu, que o ministro aponta como “fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia”. Destacando que o avanço, em matéria penal, na área, se dá pela proteção do vulnerável, e não através da sua liberação sem parâmetros e desenfreada, o ministro aponta que não cabe ao juiz aferir, no caso concreto, a vulnerabilidade ou o discernimento do adolescente, uma vez que este critério **já foi aferido pelo legislador** quando delimitou a idade de **catorze anos** para a tipificação do crime de estupro de vulnerável.

A jurisprudência nacional, no entanto, ainda demora a seguir o exemplo brilhante do voto de Ministro Schietti. Assim, ainda se pode encontrar exemplos em que Tribunais de Justiça, avaliando o caso concreto, afastam a vulnerabilidade do menor de 14 anos para absolver o autor:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA
VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE

VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. **Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir.** Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos **avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes.** Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada. Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055863096, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 28/05/2014) *(TJ-RS - ACR: 70055863096 RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 28/05/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014)* (grifou-se)

Trazemos, aqui, especial atenção à expressão “indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir”; mais uma vez, o poder judiciário refere-se à vítima como se fosse ela no banco dos réus, sofrendo julgamento. Como se devesse produzir prova de sua vitimização e sua fragilidade na posição passiva do crime. Reiteramos a visão de que o julgamento, em especial no caso de crimes contra vulneráveis, **nunca deve recair sobre a vítima**, mas sobre o autor do crime – o dever de proteção ao menor de idade, vulnerável, foi-lhe outorgado por todo o ordenamento jurídico pátrio, e o não cumprimento deste dever de proteção é que deve estar no banco dos réus, a sofrer escrutínio do poder judiciário. Fazê-lo de

outro modo é desrespeitar os mandamentos constitucionais que preconizam a proteção do menor de idade, retirando a responsabilidade pelo crime (cometido, pois que materialmente verificado) de seu autor.

Arguiu-se, ainda, no acórdão supra, o avanço dos meios de comunicação e informação, o que permitiria uma obtenção de maturidade por parte dos jovens adolescentes; já vimos, contanto, que esta visão é falaciosa, uma vez que a maturidade para decisões é resultado de múltiplos fatores (o ambiente, a sociedade, as informações disponíveis, é claro, mas também o grau de desenvolvimento neurocerebral, a quantidade e tipo de hormônios constantes no corpo e por ele produzidos, fatores estes que estão além do controle do próprio adolescente e da influência da cultura do meio), e não apenas dos fatores relacionados às construções sociais e aos valores morais melhor aceitos em sociedade.

Seria possível falar-se, em outra esteira, do consentimento da adolescente. Este consentimento é, contudo, *absolutamente nulo*, por todos os parâmetros considerados no ordenamento jurídico como um todo, visto que o menor de 14 anos não tem *idade para consentir*, sendo absolutamente incapaz, nem tampouco pode dispôr do bem jurídico tutelado pela norma penal ora estudada.

Apelação criminal. Ministério Público. Estupro de vulnerável. Fato praticado na vigência da Lei 12.015/09. Vulnerabilidade absoluta. Inocorrência. **Consentimento da vítima (treze anos de idade) que demonstra maturidade e discernimento sexual. Consentimento dos pais. Atipicidade material configurada na espécie. Absolvição mantida.** 1. A edição da Lei 12.015/09, que criou o tipo autônomo do estupro de vulnerável, não encerrou o debate sobre a relativização da antiga presunção de violência inserta no revogado art. 224, ?a?, do CP. O artigo 217-A do CP tão somente incorporou, em sua norma, a antiga violência presumida, ao estabelecer, como elemento objetivo cronológico, a idade menor que 14 anos, agora sob a letra da vulnerabilidade, de sorte que, doravante, a análise a ser feita não é mais sobre a relativização da presunção da violência, senão da relativização da vulnerabilidade. 2. **A vítima, menor de quatorze e maior de doze anos de idade, que comprovadamente possuía discernimento e determinação suficiente da prática dos atos sexuais, e o réu que com ela se envolve, mantendo enlace amoroso (união estável), inclusive sob**

a chancela de seus genitores, age fora do âmbito de proteção da norma do art. 217-A do CP, não configurando a espécie de tipicidade penal material. 3. Recurso não provido. Absolvição mantida. (TJ-RO - APL: 00052773020138220009, Relator: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno, Data de Julgamento: 02/03/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 16/03/2016.) (grifou-se)

Em tese, portanto, o consentimento do menor poderia ser suprido por seus pais, como no acórdão acima visto. Não podemos, e já vimos nossas motivações, concordar com este ponto de vista: se a dignidade (de maneira geral, gênero, de que a “dignidade sexual” é espécie) não é um bem jurídico disponível e dele não poderia abrir mão a ofendida ainda que apresentasse capacidade para tal, com muito menos razão poderiam os genitores da vítima abrir mão de sua dignidade sexual; assim é que o consentimento destes, também, é fator irrelevante para a configuração do tipo penal ora em comento. Em verdade, o único juízo de que parecem ser passíveis, por ora, os guardiões da vítima, é o juízo moral, que recai sobre eles acusando-os de falharem, também, na proteção desta menor.

O acórdão chega a falar em “união estável” da vítima com o acusado; conforme se verifica pelo voto do inteiro teor, os dois teriam vivido “maritalmente” por cerca de oito meses. Repisamos, então, a *incapacidade absoluta* do menor de 16 anos frente ao direito civil, e voltamos à afirmação anterior: “união estável” e “convívio marital” estão **em absoluto desacordo** com aquilo preconizado por todo o sistema normativo brasileiro, e por bons motivos: não apenas não tem o menor de catorze anos a maturidade necessária para “conviver maritalmente”, conforme se depreende de todos os estudos biopsicossociais acima apresentados, como não possui a capacidade de sustentar legalmente a si ou ao seu lar, visto que ao menor de 14 anos é vedada **toda forma de trabalho**.

Não há que se falar, portanto, em afastamento da tipicidade por ausência de vulnerabilidade da vítima que consente, porquanto seu consentimento é inválido e sua vulnerabilidade, absoluta – não apenas legal, como fisicamente.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A que valores obedecem cada uma destas visões da nossa jurisprudência? Quando tratamos de liberdade sexual, tratamos, em verdade, de um dos maiores indicativos do avanço (ou falta dele) da mentalidade social com relação às liberdades individuais – afinal, a verdadeira “revolução feminista” começa com o advento dos métodos contraceptivos e sua “libertação” sexual, e é a partir dela que as mulheres, bem como outros grupos minoritários (como a comunidade LGBTQ+), começarão a discutir e reivindicar direitos e liberdades sociais de toda espécie. Mas seria possível falar em “liberdade sexual” quando tratamos do entendimento de um menor de 14 anos? Quando defendem a relativização da vulnerabilidade da vítima, os magistrados e doutrinadores estão, de fato, protegendo um bem jurídico (a “liberdade sexual” do jovem e do adulto), ou meramente aplicando valores antiquados aos seus julgamentos e deixando de conceder a devida proteção aos vulneráveis?

Faz-se mister, aparentemente, averiguar quais são os argumentos em que se arvoram as teorias combatentes, seus motivos e razões intrínsecos, não apenas pela segurança jurídica – essencial em qualquer sociedade -, mas também pela maior certeza na justiça e proteção dos bens jurídicos verdadeiramente relevantes. No entanto, sem correr o risco de excessivo adiantamento, respondemos quase todas estas perguntas negativamente, atestando pela antiquidade dos valores defendidos pelos magistrados e doutrinadores que levantam a bandeira da relativização da vulnerabilidade do adolescente.

É inegável que a sexualidade é parte relevantíssima do desenvolvimento do indivíduo, bem como parcela indivisível da dignidade da pessoa humana – afinal, a escolha da denominação do Título VI do Código Penal, “Dos crimes contra a dignidade sexual”, pela Lei 12.015/2009, não foi por acaso. Não há que falar na absoluta inocência do indivíduo menor de 14 anos, também; sabe-se que, com a puberdade (e em alguns casos, mesmo antes), o jovem passa a despertar para a sua sexualidade, em razão mesmo da evidente maturação reprodutiva de seu corpo.

No entanto, perante a evidência dos estudos sociais e científicos, parece-nos que é óbvio, em razão exatamente da importância indelével da sexualidade na dignidade humana e no desenvolvimento do indivíduo, que o adolescente **não**

possui o arcabouço de conhecimento, tampouco o **aporte biológico** para *consentir* em suas relações sexuais, *especialmente quando estas ocorrerem com um maior de idade*. A vulnerabilidade do adolescente, nesta seara, é dolorosamente evidente, e não necessita mais que o dado já anteriormente trazido: a tendência do jovem adolescente a praticar sexo de forma arriscada, demonstravelmente contraindo doenças sexuais em razão de sua ingenuidade e tendência à decisão apressada. Seu instrumento de decisão cerebral – a amígdala – está ligado às respostas instintiva e emocionais aos estímulos que se apresentam ao ser humano, em contraste ao córtex frontal, instrumento por meio do qual os indivíduos adultos e desenvolvidos tomam suas decisões (este, estando ligado ao julgamento mais lógico e matemático, uma espécie de sistema de “freios e contrapesos” de que se vale o cérebro para tomar suas decisões).

Falar em um adolescente “independente” e “bem informado” é cercar-se de um reino de fantasia que não encontra correspondente na realidade fática: o jovem “independente” busca, em razão mesmo da natureza de seu desenvolvimento, uma *profunda integração* com a comunidade em que vive, tornando-se, por isso mesmo, *dependente* da aprovação de seus pares e de suas opiniões. De outra forma, o jovem “bem informado” não possui, como claramente demonstram os estudos sociais e as estatísticas do Ministério de Saúde, o *discernimento* ou a *maturidade* necessários à aplicação desta informação que ele busca e recebe nas suas atitudes práticas; com frequência, a impulsividade do jovem adolescente se sobrepõe a quaisquer conhecimentos teóricos que ele possa ter obtido ao longo da vida.

Por outro lado, ainda, pode-se falar no adulto e na sociedade, e analisar comportamento destas duas “instituições” frente à evidente vulnerabilidade do jovem adolescente: apesar do mandamento claro e repetitivo do direito brasileiro – que, sendo fato, valor, e norma, deveria, ao menos em tese, reproduzir os valores inerentes à sociedade que busca governar e organizar –, a sociedade como um todo, bem como uma parcela significativa dos indivíduos que a compõe, parecem querer buscar livrar-se da sua responsabilidade para com o menor de catorze anos. Assim é que, quando do julgamento de um crime de estupro de vulnerável, coloca-se a vítima, não o autor, no banco dos réus, e o comportamento do adolescente, não do adulto, sob escrutínio.

No princípio deste trabalho, lançamos algumas questões, e buscamos agora respondê-las. A discussão a respeito da atipicidade do no crime de estupro de

vulnerável principia com o art. 224 do Código Penal, anteriormente ao advento da lei 12.015/09, e a *presunção de violência* que este dispositivo elenca. Não querendo admitir que tal presunção poderia ser absoluta, os magistrados e doutrinadores buscam formas de afastá-la. Alegam o elevado grau de informação de certas jovens senhoritas, seu poderes sedutores, suas vontades inegáveis. Não seria razoável ao homem negar, a esta pequena-mulher devassa e desregrada, aquilo que ela mesma busca. Não pode merecer a proteção do ordenamento jurídico a jovem que já se deflorou, desvirgininou, *perdeu sua inocência*; uma mulher – ou uma criança – que tenha perdido sua virtude não pode ser vulnerável, e assim, não deve ser protegida pelo dispositivo em comento. Não poderíamos falar de fetichização da criança e tentativa de justificação de um comportamento, como bem o disse o Ministro Schietti Cruz, “patriarcal e sexista”: a desconsideração da vulnerabilidade busca proteger o réu, em regra homem de bem, que não se utiliza de violência real para relacionar-se com, em regra, jovens meninas de idade tenra, mas já experientes – e qualquer sensação de estranheza que possa causar a frase acima deve ser, de pronto, desconsiderada.

Com o advento da Lei 12.015 de 2009 e seu art. 217-A, contudo, a discussão não quis morrer, e como poderia? As jovens, mais bem informadas e mais precoces, continuaram a seduzir os homens desavisados que por elas foram enfeitizados. Ademais, não se poderia cercear, cruel e arbitrariamente, o direito dos jovens adolescentes de relacionarem-se, descobrindo sua sexualidade. O discurso da liberdade tornou-se ainda mais presente, esquecendo-se de que o desenvolvimento, com frequência, precisa mais de *limites* do que de *liberdades*. Não é por nada que o papel dos pais, com frequência, na educação dos filhos, é dizê-los “não”. Assim é que, pais ou não, os adultos de forma geral deveriam reagir aos avanços de um(a) jovem adolescente: cerceando, em princípio, sua liberdade, pela absoluta **ausência de discernimento** a que estão submetidos os jovens para decidir sobre aquilo que lhes é mais caro.

Em verdade, é esta ausência de freios para com o menor de 14 anos que nos dá o primeiro sinal de *negligência* da sociedade com seus vulneráveis; apesar da miríade de dispositivos legais que dão conta da proteção do menor de 14 anos, há aqueles que preferem delegá-la (a proteção) ao próprio adolescente, buscando nele uma maturidade e capacidade de defender-se e autodeterminar-se que não nos parece verossímil nem, tampouco, possível. A desocnsideração da vulnerabilidade

do adolescente causa um desamparo palpável nestas populações; assim é que é possível encontrar um julgado que fala de “união estável” entre uma menina de 13 anos e um adulto. É chocante que uma menina que mal começou a puberdade queira viver maritalmente com um homem. E mesmo assim, este é o próximo passo à desconsideração da vulnerabilidade do menor de 14 anos: a admissão de que se possa casar, ou viver em união estável, com um maior de idade. Se causam surpresa as meninas-noivas, maior pasmo deveriam causar os adolescentes que cedo começam suas vidas sexuais; e se não se afasta a inocência do jovem para contrair matrimônio, em razão de sua sabida *imaturidade*, também com a mesma razão deveríamos afastar a possibilidade de o menor de 14 anos iniciar e manter vida sexual com um adulto – e em que pese sejam diferentes as medidas, ao menos a convivência marital oferece, em princípio, uma certa estabilidade, de que necessita o desenvolvimento do adolescente.

No entanto, não defendemos o afastamento da vulnerabilidade do adolescente: defendemos, como única conclusão plausível ao extensivo trabalho que aqui se fez, que esta fragilidade seja protegida pelo poder judiciário, uma vez que o consentimento do menor de idade, que deveria vir acompanhado de uma compreensão das consequências de seus atos, vem acompanhado unicamente dos impulsos hormonais e pouco racionais provocados por uma fase do desenvolvimento humano em que a descoberta é primazia. Parece concordar conosco a corrente majoritária da jurisprudência corrente.

Parece-nos que não importa para que lado se olhe: se social, psicológica, médica ou jurídica, todas as evidências apontam para a proteção do adolescente através da presunção **absoluta** de sua fragilidade frente aos relacionamentos com adultos.

Afinal, na adolescência, na tentativa de pertencimento e individualização, o jovem tenta, ao mesmo tempo, quebrar regras (individualizando-se) e seguir os pares (identificando-se), de forma a tornar-se profundamente influenciável, em especial por indivíduos que o adolescente possa vir a identificar como de caráter diferenciado (o relacionamento com um adulto seria, portanto, uma quebra de regras) e experiente (uma vez que o adulto *já pertence* e identificou-se, ele pode “ensinar” ao adolescente esta integração, em especial se não representar uma figura de autoridade). Suas decisões, contudo, têm um caráter instintivo, volátil e impensado, que tornam o adolescente profundamente propenso a atitudes de risco.

Por outro lado, **não há** seara do ordenamento jurídico que confie ao menor de 14 anos as decisões relevantes de sua vida, seu desenvolvimento e seu crescimento; o sistema legal trata o adolescente como se seu pai fosse, em tentativa de protegê-lo. Do direito civil ao direito penal, o menor de 14 anos de idade é considerado como objeto de resguardo.

Não há como encarar os exaustivos trabalhos sociais e médicos sobre a capacidade de discernimento do adolescente sem reconhecer a sua *absoluta incapacidade* para tomar decisões sérias e razoáveis, prevendo as consequências de seus atos mais significativos. E no entanto, a vida sexual – e a dignidade que deve acompanhá-la – não é assunto de consideração trivial, tendo papel central na vida do ser humano de uma forma geral. Em se considerando a fácil manipulação do adolescente em razão de sua ingenuidade, pouca experiência e constituição física, é pressuposto necessário da sociedade que quer avançar na concretização dos direitos humanos que se tutele, sim, a vida sexual do adolescente, protegendo-o das atitudes menos bem intencionadas daqueles indivíduos adultos que se recusam a reconhecer sua própria responsabilidade perante o jovem.

BIBLIOGRAFIA

- A. GROTH ET AL. *Rape: power, anger and sexuality*. American Journal of Psychiatry, 134:11, 1977.
- BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. *Tratado de Direito Penal, 1: parte geral*, 20ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, 20ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2014.
- CAPEZ, FERNANDO. *Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*, 15ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2011.
- CAPEZ, FERNANDO. *Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)*, 10ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2012.
- CÓDIGO PENAL BRASILEIRO (LEI 2.848/1940)
- CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
- COWAN, SHARON. *The trouble with drink: intoxication, (in)capacity, and the evaporation os consent to sex*. 2009. Disponível em <<https://www.uakron.edu/dotAsset/728122.pdf>>. Acesso em novembro/2016
- FARIA, ALÉXIA ALVIM MACHADO; VIANNA, TÚLIO. *Maoridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 118, n. 665, 2016.
- FAYET, FABIA AGNE. *O delito de estupro*, 1ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*, 11ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2013.
- GRECO, ROGÉRIO. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*, 8ª Edição, Impetus, Niterói, 2011.
- HUNGRIA, NELSON. *Comentários ao Código Penal; Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Vol. III, arts. 197 a 249*, 1ª Edição, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1947.
- LEI 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

- LEITE, INÊS FERREIRA. *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Coimbra, Almedina, 2004.
- MACHADO, BELCHIOR DE JESUS CALVALCANTE; PRIMO, SHELLEY MACIAS. *Redução da maioridade penal: O adolescente em conflito com a lei e os fatores de delinquência*. 2015. Disponível em: <http://periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibralex/article/view/31/28> Acesso em novembro/2016
- MARCUS, SHARON. *Fighting bodies, fighting words in Gender struggles: practical approaches to contemporary feminism*. 1ª Edição, Maryland, Rowland & Littlefield Publishers, 2002.
- MINAHIM, MARIA AUXILIADORA. *Direito penal da emoção: a inimputabilidade penal do menor*, 1ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- MIRABETE, JULIO FABBRINI. *Manual de direito penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*, 27ª Edição, São Paulo, Atlas, 2010.
- MIRABETE, JÚLIO FABBRINI. *Manual de direito penal, volume 2*. 23ª Edição, São Paulo, Atlas, 2005.
- MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS. *Curso de direito civil: parte geral*. 28ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1989.
- MORIARTY, JANE CAMPBELL. *Rape, affirmative consent to sex, and sexual autonomy: introduction to the symposium*. 2008. Disponível em <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=246119020070002006093125123021084064002078032078006078100072091091106075085010086117032056001043039056032016113031125093091121047037047078014092002110124120096095006030007025121017069108087000004072071003024087123101100031075096119096027126086105&EXT=pdf>>. Acesso em novembro/2016
- NORONHA, E. MAGALHÃES. *Direito Penal, volume 3, dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos*, 20ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1992.
- NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, 1ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- PAPALIA, DIANE E., FELDMAN, RUTH D. *Desenvolvimento humano*. 12ª Edição, Porto Alegre, AMGH Editora, 2013.
- PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011
- PRADO, LUIZ REGIS. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação*

crítica a seus fundamentos, 2ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

SAAVEDRA, LUÍSA ET AL. *Discursos de jovens adolescentes portugueses sobre sexualidade e amor: implicações para a educação sexual*, Educ. Soc., Campinas, v. 31, n. 110, 2010.

SILVA, ÂNGELO ROBERTO ILHA DA. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia*, 1ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

VITORELLI, EDILSON ET AL. *Temas atuais do Ministério Público Federal*, 4ª Edição,