



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

“ESTUPRO BILATERAL” E A (NÃO) APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE
ROMEU E JULIETA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DA SÚMULA Nº 593 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tainah Montela Marins

Rio de Janeiro
2022

TAINAH MONTELA MARINS

“ESTUPRO BILATERAL” E A (NÃO) APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE
ROMEU E JULIETA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DA SÚMULA Nº 593 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientadora:

Prof^a Cláudia das Graças Matos de Oliveira
Portocarrero

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

TAINAH MONTELA MARINS

“ESTUPRO BILATERAL” E A (NÃO) APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE
ROMEU E JULIETA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DA SÚMULA Nº 593 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Professor José Maria de Castro Panoeiro — Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientadora: Professor Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero - Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ivania e Lycurgo, pelo incentivo e apoio em todos os momentos, por não me permitirem ser vencida pelo cansaço, principalmente, durante o período de pandemia.

À minha vó, Leny, pela paciência e motivação.

Ao meu irmão, Thales, um agradecimento especial, por mesmo longe, estar sempre presente me dando força e conselhos.

Ao meu namorado, Henrique, por todo o apoio, compreensão e companheirismo.

À minha professora e orientadora, Dra. Cláudia Barros Portocarrero, pelo suporte e por fornecer o melhor aprendizado possível.

À professora e coorientadora, Mônica Cavalieri Fetzner Areal, pelo auxílio e disponibilidade ofertados durante toda a produção do presente trabalho.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por proporcionar o contato com inúmeros profissionais qualificados, de forma a possibilitar o fornecimento de conhecimento de qualidade em conjunto com experiências jurídicas únicas.

“Reconhecer profundamente certas coisas como sérias e, ainda assim, ter a capacidade e a vontade de tratá-las como se fossem leves feito um jogo, essa é uma das sutilezas mais difíceis e agradáveis da vida”.

C.S. Lewis.

SÍNTESE

Como reflexo da sociedade atual, o exercício da sexualidade pelos adolescentes ocorre de forma cada vez mais precoce, tema que merece atenção diante da urgência em proteger o desenvolvimento e a autodeterminação sexual em consenso com o melhor interesse da criança e do adolescente. O presente trabalho emoldura o estupro de vulnerável, com a análise do bem jurídico tutelado pela norma penal em observância com a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, objetiva-se, com isso, analisar se há possibilidade de aplicação da Exceção de Romeu e Julieta no “estupro bilateral” e/ou casos análogos. A partir do que expressa a lei, doutrina e a jurisprudência, buscar-se-á compreender a possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico pátrio da Exceção, em observância com o bem jurídico tutelado pelo delito de estupro de vulnerável, não obstante o entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Exceção de Romeu e Julieta; Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça; “Estupro Bilateral”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. A INFLUÊNCIA DO TABU AO REDOR DA SEXUALIDADE NOS CRIMES SEXUAIS	12
1.1. O papel da mulher no meio social como fator determinante para as alterações legislativas atinentes aos crimes contra a dignidade sexual	20
1.2. O amparo inadequado as vítimas de abuso e a (consequente) perpetuação da vitimização secundária	25
2. A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA VISTA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	31
2.1. A evidente descoberta da sexualidade em contraponto com a negativa do direito à autodeterminação sexual dos adolescentes.....	37
3. O TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEO DADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A SÚMULA N° 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	44
3.1. A precocidade sexual como fator originário do “estupro bilateral” e a (im)possibilidade de exclusão da tipicidade material com a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta.....	56
4. OS DIFERENTES ASPECTOS DA TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL FRENTE AO DELITO DE ESTUPRO E AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	62
4.1. A (im)possibilidade da relativização da vulnerabilidade.....	68
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como foco analisar a possibilidade da aplicação da Exceção de Romeu e Julieta no, doutrinariamente denominado, “estupro bilateral” e/ou casos análogos. Com isso, a temática central se concentra no exame da precocidade sexual vivenciada atualmente e seus, consequentes, desdobramentos, que devem ser vistos como sinônimo da necessidade de se estabelecer maior proteção por diversos meios.

Consoante o disposto no Código Penal, art. 217-A, considera-se estupro de vulnerável a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. A vulnerabilidade descrita goza de presunção absoluta, entendimento concretizado pela Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da irrelevância de eventual consentimento, existência de relacionamento amoroso prévio ou experiência sexual anterior.

Demonstra-se importante considerar a faixa etária do referido diploma legal, nota-se que abrange tanto as crianças quanto os adolescentes, estes compreendidos como aqueles com idade entre 12 e 14 anos incompletos, conforme art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Justamente sobre essa faixa etária que se debruça o presente tema.

Nesse recorte, a Exceção, instituto norte americano, afasta a imputação da sanção penal nos casos em que há envolvimento sexual consentido entre duas pessoas, mas quando uma delas está abaixo da idade para ter o consentimento válido considerado pela lei. Todavia, só é admitida a aplicação quando entre ambos os envolvidos há pouca diferença etária, com variação entre 2 e 5 anos.

Ocorre que, o estudo do “estupro bilateral” é feito quando a relação se dá entre dois vulneráveis. Nesse ponto, questiona-se: se na ocorrência de relacionamento amoroso entre adolescentes, idade de 12 a 14 anos, quando um deles ultrapassa a idade legal, 14 anos, a manutenção da relação, com a continuidade da prática consentida do ato sexual deve ser vista como conduta típica? E se a resposta for afirmativa, punir o jovem, que não é mais vulnerável legalmente, é o que o senso social de justiça aguarda?

Essa é a controvérsia que a pesquisa busca compreender com a adoção de posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Objetiva-se, assim, verificar se a Súmula supramencionada e o bem jurídico tutelado pelo diploma legal são restritos ao ponto de impossibilitar discussões casuísticas específicas e se a presunção é de fato violada com a eventual aplicação da Exceção. Busca-se, desta forma, compatibilizar o direito à autodeterminação sexual dos adolescentes, com a tutela efetiva da vulnerabilidade.

A discussão é importante ao tocar na possibilidade de aplicação da Exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico brasileiro, ao considerar a liberdade sexual e os princípios constitucionais. Com a efetiva preservação da autonomia individual, com a promoção, pelo Estado, de meios para o desenvolvimento e entendimento pessoal.

O tema é controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, visto que, além de ser delicado debater sobre sexualidade juvenil, educação sexual e o exercício livre e seguro da sexualidade entre os jovens, a ausência de distinção entre crianças e adolescentes, no texto legal, limita a discussão quanto a necessidade de intervenção estatal.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar diversos aspectos importantes acerca da educação sexual e compreender como a interpretação sobre a sexualidade foi alterada socialmente, de forma a influenciar o ordenamento jurídico pátrio.

Inicia-se, assim, o primeiro capítulo da pesquisa científica com a apresentação da influência negativa que o tabu ao redor da sexualidade exercia nos crimes sexuais, modificados, posteriormente, com a posição ativa da mulher perante a sociedade, bem como com a análise do “menor” como sujeito de direitos. Mas, de maneira a destacar que, apesar das alterações, a tutela inadequada às vítimas persiste, dando ensejo a revitimização.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre a importância de observar a vulnerabilidade em conjunto com o melhor interesse da criança e do adolescente, principalmente, deste último. Em contraponto com a descoberta precoce da sexualidade e o direito à autodeterminação sexual.

O terceiro capítulo pesquisa o tratamento legal e jurisprudencial dado pela Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça. Procura-se explicitar como é possível aplicar a Exceção de Romeu e Julieta, em casos específicos, quando presentes requisitos pré-estabelecidos. Para tanto, foi necessário refletir se tal instituto ocasiona violação à absoluta vulnerabilidade, somente sob a óptica dos adolescentes, e se a exclusão da tipicidade material é medida idônea para consagrar direitos ou se acentua ainda mais a vulnerabilidade.

Desta forma, o quarto capítulo, preconiza o bem jurídico tutelado pelo tipo penal de estupro de vulnerável, com a análise da sexualidade, que, por ser inerente a todo e qualquer ser humano, está atrelada a dignidade sexual. Fomenta-se, com isso, a discussão da possibilidade ou não da relativização da vulnerabilidade e se é realmente necessária para admitir a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las

argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese. Além de ser utilizado o método explicativo, com o objetivo de analisar as consequências da adoção ou não da Exceção de Romeu e Julieta, de acordo com a Súmula n° 593 do Superior de Tribunal de Justiça.

1. A INFLUÊNCIA DO TABU AO REDOR DA SEXUALIDADE NOS CRIMES SEXUAIS

Relatos de violência sexual, moral, psicológica ou física, são frequentes no meio social, o que fortalece o medo de ir a um local, em determinado horário, com determinada roupa, mas seriam estas condutas consideradas de “risco”, “facilitadoras”? Apenas estar no lugar errado na hora errada, confiar na pessoa errada? O modo de se vestir, de se comportar inibiria o agente?

Não, nada disso é capaz de proteger de condutas abusivas, inclusive, o estupro, visto que, além de ser um ato de violência, é uma forma de dominação, subjugação, demonstração de poder. Deste modo, não há espaço para julgamentos sobre a forma que a vítima agiu ou deixou de agir, opiniões que geram, inclusive, uma punição injusta a quem deveria receber amparo.

Tal pensamento é latente no século XXI, após as inúmeras evoluções legislativas e sociais, todavia, o passado nacional é marcado por condutas preconceituosas e violentas ao redor das relações privadas, que se iniciaram quando do descobrimento do Brasil. Principalmente no que concerne à prática sexual e ao entendimento da sexualidade, fato que era impulsionado pelas crenças ao redor do tema, que faziam parte da cultura indígena, do mesmo modo que a ausência total ou parcial de vestimenta, sem conotação sexual entre eles, sendo estes os primeiros pontos a serem reprimidos.¹

A liberdade das indígenas cumulada com a repressão em favor da profanidade das relações sexuais oriundas do prazer culminou em uma moral contraditória. Por isso, pelo fato de o período colonial ter sido fortemente marcado pela religião acabou por influenciar na limitação da liberdade sexual e promoção da concepção de que “o corpo nu era concebido como foco de problemas duramente combatidos pela Igreja nesses tempos: a luxúria, a lascívia, os pecados da carne.”². Em suma, o véu da naturalidade sobre o nu se desfez dando frente ao olhar e aos mandamentos do colonizador.

Dessa maneira, as relações sexuais passaram a ser vistas sob o manto do pecado, somente sendo permitida a sua prática após o matrimônio e com fim reprodutor, de modo que, a mulher, para ser considerada de valor e digna do casamento, deveria ser submissa. Lado outro, ao homem caberia a virilidade e, portanto, os relacionamentos extraconjugais em casas de prostituição ou por meio de estupros eram de conhecimento público, apesar de vedados e

¹SIQUEIRA, Fabio Ramos Martins de. *História da sexualidade brasileira*. São Paulo: Leitura Médica, 2008, p. 16.

²DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011, [e-book].

condenados pela Igreja.

Nesse interim, conforme descreve a historiadora Mary Del Priore,³ “a vigilância sobre os corpos e a sexualidade conjugal incentivou a dupla moral dos homens. Em casa, faziam filhos. (...). Mas, na rua, eles se divertiam.”

A concepção atual de sociedade patriarcal foi alimentada através dos tempos por ideias e pensamentos como o exposto acima, fazendo com que a caracterização da mulher casta e pura persistisse, concepção que possui nuances de acordo com a época histórica em que está inserida. Por exemplo, ainda no período colonial, como fomento da perspectiva de submissão que o sexo feminino desempenhava na sociedade, a violência sofrida por mulheres era mascarada, em níveis diferentes, conforme as características pessoais.

A representação do homem controlador e dominador, banalizada pelo costume, tornou-se uma cortina para esconder a violência sexual sofrida pela mulher no matrimônio ou fora dele. Pois quando casada, devia obediência ao marido, o que tornava impossível qualquer negação aos anseios sexuais, mesmo as que casavam com pouca idade deveriam “ceder aos encantos masculinos”.

Com relação às mulheres brancas, quando solteiras e “de família”, caberia tratamento honroso para não macular a ingenuidade, porém, quando escrava ou indígena, por conta do racismo profundamente arraigado, eram tidas como objeto sexual disponível⁴. Assim, estas se tornaram o alvo mais frágil do domínio masculino, visto que, enquanto a mulher branca era criada para reproduzir e ser pura, as escravas teriam que ceder às investidas sexuais.

Como descreve Fabio Siqueira⁵, “a responsabilidade do desejo do senhor recaia sobre as negras, cujo balançar dos seios nus, com as saias que valorizavam (...), justificava os atos do amo como inevitáveis diante de tanta sensualidade”. Referido entendimento era utilizado como justificativa para culpabilizar a vítima e retirar do homem a possibilidade de sofrer a sanção adequada.

As justificativas, além de serem determinadas para retirar o pecado praticado diante dos olhos da Igreja, eram usadas também perante a sociedade, como forma de excluir o crime praticado. Tendo em vista que, por conta da ausência de aptidão de ver a mulher negra e indígena como semelhante, não consideravam passíveis de punição as relações sem consentimento nesses casos de estupro.

³Ibid.

⁴Idem. *Sobreviventes e guerreiras: uma breve história da mulher no Brasil de 1500 a 2000*. São Paulo: Planeta, 2020, p. 47.

⁵SIQUEIRA, op. cit., p. 48.

Deste modo, por conta do enorme abismo existente entre as posições sociais ocupadas por homens e mulheres, como os descritos acima, além da mentalidade da época, que dificultava a aplicação das sanções às condutas abusivas, os requisitos suscitados pelas legislações também impossibilitavam as denúncias.

Quando as regras eram costumeiras, transmitidas verbalmente de geração em geração para atingir a pacificação social, em algumas tribos, não era considerada à virgindade da mulher merecedora de proteção ou de comprovação antes do casamento, sendo livre a escolha dos parceiros sexuais. Porém, quando se casasse era seu dever ser fiel ao esposo, caso contrário a pena variava de agressão à morte, enquanto eventual adultério praticado pelo marido não merecia atenção penal, neste caso, a mulher poderia se vingar por meio do aborto.⁶

Com os anos o costume cedeu lugar às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, sucessivamente, que foram conhecidas por possuírem determinações severas, com alto nível de condutas criminalizadas sem a observância de direitos básicos, alterando a concepção de quais bens deveriam receber a tutela penal.

Desde os primórdios a criminalização do estupro esteve presente, nas Ordenações Afonsinas⁷, especificamente no Livro V, Título VI, havia previsão da maneira que a vítima deveria agir após a violência, para poder se concedido crédito a sua palavra. Com isso, determinava que, depois do ato, a mulher deveria correr por, no mínimo, três ruas, gritando “vedes que me fazem” e o nome do ofensor, caso fosse de seu conhecimento, se desta forma agisse, os fatos narrados eram tidos como verdadeiros.

Ou seja, tamanha dificuldade e necessidade de exposição foi imposta com justificativa na desconfiança. Com isso, ao considerar o pouco valor que a palavra da mulher possuía, não havia outra alternativa a não ser atrair a atenção de testemunhas para o crime, como uma forma de equilibrar a balança, pois, caso denunciasse seria sua palavra contra a do ofensor, esta seria a mais pesada, portanto iria prevalecer.

Com as Ordenações Filipinas⁸, a desigualdade entre as próprias vítimas foi reforçada, assim, apesar de estabelecer que o homem que forçasse a mulher a com ele manter relação sexual iria ser sancionado com a pena de morte. Caso a mulher fosse escrava ou profissional do sexo a pena a ele não seria aplicada, de modo que a expressão “mulher virgem e honesta”

⁶PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, [e-book].

⁷BRASIL. *Ordenações Afonsinas*. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg29.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁸BRASIL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1168.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

concedia especial tutela.

Somente após a proclamação da Independência e da Constituição Política do Império do Brasil de 1824⁹ foi editado o Código Criminal do Império¹⁰, por meio do qual eram estabelecidas, do art. 219 ao art. 224, várias condutas diferentes chamadas igualmente de estupro.

Delitos estes que figuravam sob a tutela da segurança da honra, utilizando-se ainda a distinção da sanção aplicada à conduta violenta, ou mediante ameaça, contra a mulher virgem, honesta e a que trabalhava com sexo, além de prever como causa de extinção da punibilidade o casamento entre o abusador e a ofendida.

O Código Criminal destinava proteção específica às mulheres menores de 17 anos, sem necessidade de ocorrência de violência ou ameaça, bastava a conduta de deflorar a mulher virgem ou ter conjunção carnal com mulher honesta, ambas dentro da referida faixa etária, para configurar o delito.

Entretanto, a ausência de proteção para a mulher virgem ou honesta com idade igual ou superior a 17 anos, nos casos em que não estava presente a violência, foi objeto de crítica na época, sendo considerada negligência do legislador, maculando a honra da família e a ordem social. Ademais, não havia nenhuma tipificação específica para o estupro praticado contra crianças, havendo apenas determinação para a punição máxima do crime de defloramento.¹¹

Com a República, o Código Penal de 1890¹² foi editado, apesar de ter o capítulo destinado para os “crimes contra a liberdade pessoal”, os delitos relativos aos abusos sexuais estavam sob a óptica “dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, especificamente, tutelando a “violência da carne”. Neste ponto, não houve avanço, visto que a honra e o pudor das famílias continuavam em destaque e não o direito à liberdade sexual da vítima violada.

Após o advento do Código, o estupro começou a ser considerado como toda conduta abusiva praticada com violência, física ou não, dispondo expressamente a hipótese de hipnose. Todavia, somente praticado por um homem contra uma mulher, abrangendo tanto conjunção

⁹BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹⁰BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹¹MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 11.

¹²BRASIL. *Código Penal de 1890*. Disponível em: <

carnal quanto outro ato libidinoso diverso, concepção que foi criticada por ampliar em demasia o entendimento do crime¹³, houve destaque para o defloramento da mulher menor de idade, presumindo-se a violência caso a vítima possuísse idade inferior a 16 anos.

Houve avanço quanto à desnecessidade da análise da virgindade, contudo, a ideia de que ser honesta era sinônimo de ter aptidão para receber proteção continuou em vigor. E, por isso, a pena deveria ser maior se comparada com a aplicada para os casos em que a vítima era profissional do sexo ou “mulher pública”, tipificação que continuava a proporcionar maior vulnerabilidade para as mulheres que exerciam sua liberdade sexual, profissionalmente ou não.

Outrossim, tendo em vista que referido código sofreu inúmeras modificações isoladas, com o objetivo de unificá-las, foi editada, em 1932, a Consolidação das Leis Penais, como uma tentativa de estabelecer o conhecimento das leis de forma igualitária e mais acessível, que perdurou até a edição do Código Penal de 1940.¹⁴

Neste, o estupro constava no Título VI, que tratava “dos crimes contra os costumes”, para Hungria¹⁵, os costumes seriam compreendidos como “os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”.

Aplicava-se, assim, o método ético-social para a criminalização da conduta, de acordo com Busato¹⁶, “esse critério, ao considerar danoso tudo aquilo que fere os costumes e a orientação cultural do grupo, tende a produzir uma estrutura social petrificada imune às mudanças, a menos que estas sejam provenientes dos interesses da maioria”, estabelecendo-se o que seria crime pela concepção de ideais patriarcais, ditados pela sociedade, altamente influenciada pela igreja à época.

Desta forma, os “crimes contra os costumes” se baseavam em regras de condutas pré-moldadas no preconceito, não concedendo atenção exclusiva à dignidade da vítima, pelo menos não em primeiro plano. Ou seja, o foco do título era o hábito, o que era considerado aceitável socialmente, apesar disso a honra da família cedeu lugar à liberdade sexual.

O crime de estupro passou a ser definido como a conduta de constranger, com violência ou grave ameaça, especificamente, a mulher, a ter conjunção carnal. Verifica-se que somente pessoa do sexo feminino poderia ser sujeito passivo no delito e, haja vista o conceito de conjunção carnal, que será analisado adiante, só o homem seria sujeito ativo, não sendo

¹³MESTIERI, op. cit., p. 12.

¹⁴MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 69.

¹⁵HUNGRIA, Néilson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981 [e-book].

¹⁶BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

considerado como vítima do delito em nenhuma hipótese, fato que limitava o círculo de proteção e tornava vulnerável parcela da população.

Com o objetivo de punir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em outro tipo penal constava o crime de atentado violento ao pudor, que também vedava o ato de constranger alguém, com o uso de violência ou grave ameaça. Porém, a conduta do sujeito ativo era direcionada a fazer com que a vítima praticasse ou permitisse à prática de outro ato.

Neste delito, ao contrário do estupro, não era preciso analisar o sexo da vítima e do agressor, qualquer pessoa poderia ser sujeito passivo e ativo, fato que pôs fim às críticas da abrangência concedida ao estupro no Código de 1890.

Somente a partir de 1940 as distinções entre as mulheres vítimas de violência cessaram, pelo menos na redação do código, visto que, apesar do consenso de que as profissionais do sexo deveriam receber proteção legal, o tratamento igualitário concedido à mulher “honesta” e a “pública” no que concerne a pena cominada ao agente não condizia com a moral social da época, conforme descreve Noronha¹⁷, “a meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não sofre qualquer outro dano. (...). No estupro da mulher honesta há duas violações: contra sua liberdade sexual e contra sua honra; no da meretriz apenas o primeiro bem é ferido.”.

Desse modo, por considerar que o estupro praticado contra as mulheres que exerciam sua liberdade sexual com finalidade econômica era menos prejudicial do que o estupro praticado contra as outras. Mestieri¹⁸ e Noronha¹⁹ entendiam que o julgador deveria considerar o fato de a mulher ser honesta ou profissional do sexo no momento em que dosava a pena que seria aplicada, com a justificativa de que, mesmo diante da gravidade que ambas possuíam, a consequência para uma era mais severa que para a outra, além de não trazer tanta repulsa social quanto o abuso praticado contra aquelas que seguiam os recatos e costumes.

No mais, o fato de existir relação íntima entre os envolvidos, não significava que a ampla proteção estava assegurada, não obstante o lapso temporal existente entre as Ordenações aplicadas no Brasil Colônia e o Código Penal de 1940. Assim, a cultura de submissão da mulher ao homem durante o casamento ainda era presente, o que influenciava na inaceitabilidade da configuração do estupro entre cônjuges, por ainda ser considerado o sexo como dever do casamento.

Conforme mencionado por Hungria²⁰, “a constância das mútuas relações sexuais

¹⁷NORONHA, Edgard Magalhães. *Crimes contra os costumes*. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 36.

¹⁸MESTIERI, op. cit., p. 33.

¹⁹NORONHA, op. cit., p. 37.

²⁰HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, op. cit.

acarreta como que um *jus possessionis* do homem sobre a mulher, e não se deve reconhecer o estupro.”, estaria agindo no exercício regular de um direito mesmo que sem o consentimento da mulher.

No mesmo sentido era o entendimento de Noronha²¹, acatando a ideia que “o marido tem direito à posse sexual da mulher, direito ao qual ela não pode se opor”, admitindo a possibilidade da configuração do estupro apenas quando a negativa fosse justificada com base em fundadas razões, como ser o marido portador de doença venérea ou outra questão moral. Neste caso, a relação sexual, com violência ou grave ameaça, seria ilícito penal, caracterizando o delito em comento.

Nota-se que, mesmo nos casos em que não havia disposição quanto à distinção entre as vítimas, as doutrinas, em conjunto com as práticas morais, incluíam, apesar de admitir em casos pontuais a configuração do estupro. Mas, por conta de concepções sociais e culturais do período, que auxiliavam a impunidade do estuprador, além da dificuldade de comprovação da conduta ilícita, era gerado um impasse de qual seria a decisão justa, a total proteção à mulher ou o dever do homem de ter seus desejos sexuais supridos acima de qualquer circunstância.

O vácuo de desproteção à mulher era enorme, inclusive com relação às menores, apesar de que, se analisada de forma comparada com o código anterior, a proteção foi ampliada, ainda que de maneira deficitária. Como demonstração disso, tem-se que o fato de que somente em 1990 foi incluída disposição sobre a prática de estupro especificamente contra mulher com idade inferior a quatorze anos, com previsão de pena maior.

Na redação original do Código de 1940, embora o artigo específico para o estupro nada tenha dito sobre a conduta praticada contra vítima com pouca idade, havia a determinação, no art. 224²². Dispositivo que presumia a violência, além de outras modalidades, quando a conjunção carnal ocorria com mulher menor de 14 anos, com a redução da faixa etária de 16 anos prevista do Código de 1890, todavia, não especificava se a presunção era absoluta ou relativa.

Para Noronha²³, a lacuna legislativa possibilitava discussões casuísticas para a lei não ser tão rigorosa e nem tão complacente, punindo o homem sem necessidade ou deixando de punir quando deveria.

Ainda segundo o autor²⁴, para a aplicação correta da disposição legal deveria o julgador

²¹NORONHA, op. cit., p. 44.

²²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²³NORONHA, op. cit., p. 322.

²⁴Ibid., p. 324.

partir do princípio de que a mulher menor de 14 anos não possuía discernimento completo necessário para a prática do ato sexual.

Mas, seria admitido, excepcionalmente, afastar a presunção de violência quando fosse considerada “mulher pública”, não realizando análise moral sobre o fato de um homem manter relações sexuais com uma menor, ainda que profissional do sexo. Em suma, o fato de a menor ter hábitos sexuais, por meio da profissão exercida, diminuiria a lesão ao costume e, por isso, admitiria a relativização da violência.

Quanto a reconhecer exceções à presunção da violência, Hungria²⁵ também entendia pela admissibilidade, porém, com relação à possibilidade de relativização nos casos em que o agente agia com dúvidas sobre a verdadeira idade da mulher, não compreendia ser esta causa capaz de excluir a presunção da violência, com fundamento na falhabilidade da avaliação apenas pelo olhar. Optando por ter a conjunção carnal, mesmo com receio de ser esta menor, estaria presente a violência ficta, salvo quando fosse profissional do sexo ou apresentasse documento de identificação falso, tais circunstâncias gerariam uma segurança no agente.

Quando contava com idade que variava entre 14 e 18 anos, o art. 217²⁶ do código em comento, punia o ato de seduzir mulher, desde que virgem, em proveito de sua inexperiência ou confiança, com o objetivo de realizar conjunção carnal. Entretanto, a previsão de sanção era menor do que a cominada para o delito de estupro, como ponto positivo, tem-se a redução da idade mínima, em comparação com a prevista no código anterior.

O agir do agente que modifica o querer da vítima era a definição empregada à conduta de seduzir, isto é, por meio do uso de artifícios modificaria a vontade, o que geraria a redução da barreira da repressão sexual que, por conta da inocência e ausência de conhecimentos sobre sexualidade, teria como consequência o consentimento viciado da mulher, esta cederia à pretensão masculina praticando a conjunção carnal. Nota-se que a utilização de violência ou grave ameaça para atingir a finalidade era desnecessária, por exemplo, o meio para atingir o fim poderia ser a promessa de casamento futuro.²⁷

Outro elemento necessário era a comprovação da virgindade da mulher, apesar do avançar dos anos a discussão continuava sendo imprescindível, considerando que, socialmente, havia a imposição de ser preservada até o momento do casamento.

Contudo, no tipo penal em análise não estava em discussão apenas a virgindade fisiológica, como também a moral, ou seja, havia a concepção de que, apesar dos casos em que

²⁵HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, op. cit.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁷NORONHA, op. cit., p. 140.

o hímen não estava rompido, a mulher poderia possuir “conhecimentos do mundo”. De modo que, não sendo considerada inexperiente, não estaria caracterizado o delito, sendo digna de proteção apenas àquelas que seguiam os ditames sociais, virgens e castas, para tanto caberia ao magistrado à análise da vida completa da vítima²⁸.

Hoje, previsto no art. 213 do Código Penal²⁹, o crime de estupro, é tipificado como a conduta de constranger alguém, independentemente do sexo da vítima, por meio do uso de violência física ou moral, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Igualmente, com o fim de proteger o menor de 14 anos também com maior amplitude, o delito de estupro de vulnerável entrou em vigor, conforme será analisado adiante.

Observa-se que a redação do dispositivo legal abarca como sujeito passivo do delito todas as relações sexuais e outras libidinosas, não consentidas. Desta forma, há a inclusão daquelas praticadas dentro da sociedade conjugal e contra homens, sendo, portanto, irrelevante analisar as características pessoais da vítima para a tipificação do estupro.

No que se refere ao estupro de vulnerável, a discussão quanto à presunção de violência cedeu lugar à presunção de vulnerabilidade do menor. Contudo, até chegar neste ponto, alterações legislativas foram necessárias, para adequar o ordenamento jurídico à realidade social, como as mudanças feitas pela Lei nº 12.015/2009 e Lei nº 13.718/2018³⁰, que serão objetos de estudo a seguir.

1.1. O papel da mulher no meio social como fator determinante para as alterações legislativas atinentes aos crimes contra a dignidade sexual

Medir “os delitos mais pela dignidade da pessoa ofendida do que pela sua consequência ao bem público”³¹ com o decorrer dos anos deixou de ser o primordial, por grande influência da modificação que os costumes sofreram. E, devido ao alto grau de reprovabilidade social, o estupro e o estupro de vulnerável tornaram-se crimes hediondos, conforme determinação expressa no art. 1º, inciso V e VI da Lei nº 8.072/1990³². Portanto, são inafiançáveis e

²⁸Ibid., p. 150.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 21.

³⁰BRASIL. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

³¹BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020, p. 35.

³²BRASIL. *Lei nº 8.072/1990*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.

insuscetíveis de graça, anistia e indulto, porém, para punir a conduta e entender o crime da forma como é atualmente ocorreram alterações legislativas sucessivas.

Como disposto no tópico anterior, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009³³, a redação original do Título VI do Código Penal tratava “dos crimes contra os costumes”, nomenclatura que passou a ser vista como inadequada, quando observada em conjunto com os crimes sexuais, por possuir cunho conservador e considerar a moral do homem médio como delimitadora da conduta.

De modo que o prejulgamento era o foco da liberdade sexual, principalmente feminina, pois, de acordo com o costume da época, a mulher deveria tolerar condutas abusivas quando não era considerada “honesta” e merecedora de receber proteção à sua liberdade sexual.³⁴

À vista disso, a modificação realizada pela lei na denominação do Título VI, para constar “dos crimes contra a dignidade sexual”, está adequada com a realidade social e com o papel que a mulher exerce na sociedade, a forma que se autodetermina, tanto na sua vida privada quanto na pública. Além de estar de acordo com o fundamento constitucional, qual seja, a dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da CRFB/88³⁵ e com o princípio da isonomia, art. 5º, CRFB/88³⁶, que prega a igualdade entre homens e mulheres.

Outra mudança produzida pela Lei nº 12.015/2009 que merece destaque, diz respeito à revogação do dispositivo que tipificava o atentado violento ao pudor, mas, não obstante a revogação ter ocorrido, a conduta prevista continua sendo punida. Visto que o delito de estupro, que sancionava somente a conduta de constranger, com violência ou grave ameaça, a mulher, a ter conjunção carnal passou a coibir também qualquer outro ato libidinoso diverso deste, portanto, teve a sua abrangência amplificada, sem modificar a nomenclatura.

Assim, ao acrescentar a conduta que era punida em outro tipo penal e ao retirar a palavra “mulher”, o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa, independentemente do sexo, admitindo, inclusive, a possibilidade, pela primeira vez, do homem figurar como eventual ofendido, tendo fim a ideia de que “a superioridade física do homem torna praticamente impossível admitir-se que possa ser vítima de estupro.”³⁷ Com isso, a tutela da liberdade sexual de todos, quando praticada a conduta descrita, foi concentrada em um mesmo dispositivo legal, sem distinção.

Cumprido destacar que conjunção carnal, espécie de ato libidinoso, é definida por Wilson

³³BRASIL, op. cit., nota 29.

³⁴MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial* (arts. 213 a 359-H). 8. ed. São Paulo: Forense, 2018, [e-book].

³⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccv1_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.

³⁶Ibid.

³⁷MESTIERI, op. cit., p. 25.

Ferreira³⁸, considerando ensinamentos da medicina legal, como a “[...]cópula vagínica, ou seja, a introdução completa do pênis na vagina, independentemente de haver ou não ejaculação”, assim, caracteriza-se a consumação com a penetração do pênis na vagina, sem necessidade de ocorrer ejaculação.

Noutro sentido, ato libidinoso diverso do descrito é aquele que possui o fim de satisfazer o agente sexualmente, mas, sem realizar a conjunção carnal em si. Dessa maneira, há consumação quando prática ou permite que se pratique o ato, nestes últimos casos, a vítima terá uma conduta ativa e passiva, respectivamente.

Consequentemente, nos casos relacionados a ter conjunção carnal, somente o homem e a mulher poderão ser sujeitos ativos e passivos do crime, há necessidade da relação ser heterossexual para estar caracterizada a conduta. O que é dispensado quando se tratar da prática de outros atos libidinosos, na qual qualquer pessoa poderá ser tanto vítima quanto agente, englobando relação heterossexual e homossexual.³⁹

Em comum, ambas as condutas previstas no tipo penal possuem a necessidade de o agente constranger à vítima, forçá-la a agir de modo diverso de sua vontade, retirando a escolha e a liberalidade sobre seus atos. Para isso, como meio de execução, usa-se a violência física ou a moral, esta tem que ser grave, por exemplo, quando o agente efetua a promessa de produzir um grande mal à própria vítima ou a terceiros.

A comprovação de que o agente obteve êxito em constranger, forçando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, deverá ser feita por meio de análises casuísticas, com observância da razoabilidade, de acordo com as características da vítima e as circunstâncias presentes do caso em questão.

Quanto à violência física, no momento em que o Código entrou em vigor, havia o entendimento de que deveria ser tamanha ao ponto de retirar a possibilidade de resistência, sem desconsiderar que a mulher, única que poderia ser vítima, não seria capaz de evitar em todos os casos a consumação do ato, por conta da força corporal desproporcional existente entre ela e o homem. Contudo, da mesma maneira não poderia se obstar a resistir, cedendo apenas depois que tenha feito tudo que estava em seu alcance.⁴⁰

Para a comprovação da violência o exame de determinados elementos era necessário, como a conduta da vítima, de antes, durante e depois do ato. Tal premissa remete à ideia prevista

³⁸FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal: coleção sinopses para concursos*. 5 ed. Bahia: Juspodivm, 2020, [e-book].

³⁹MASSON, op. cit., p. 91.

⁴⁰NORONHA, op. cit., p. 27.

na Ordenação Afonsina, que exigia uma ação específica da vítima logo após o delito como meio para dar validade a sua palavra e como meio de prova de que realmente não houve consentimento para o agente praticar o ato.

A vítima continuava sendo mais analisada do que o próprio abusador, partia-se do pressuposto de que um homem isoladamente não conseguiria utilizar a violência física e manter ao mesmo tempo qualquer tipo de ato libidinoso se a ofendida oferecesse resistência, salvo em situações excepcionais, como receio de que acontecesse algo pior.

Descrevia Hungria⁴¹, que “é objeto de dúvida se uma mulher, adulta (ou já desenvolvida) e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal”. Ou seja, a investigação do crime era iniciada por meio da desconfiança, com a dúvida imperando em favor do agente.

Com o avançar dos anos, após as emendas realizadas no Código de 1940 e as alterações dos entendimentos doutrinários, a tese de que a consumação do estupro seria, em regra, culpa da vítima, deixou de ser acatada. Desse modo, embora haja uma discrepância entre o consentimento e a permissão para o ato libidinoso, não há justificativa para que seja determinado que a vítima coloque sua vida em risco, expondo-se ou que se machuque, com o intuito de demonstrar que houve o crime, o que só geraria mais abalo.

No mesmo sentido, também não é preciso que a intensidade do ato do agressor seja tamanha ao ponto de impossibilitar a capacidade de resistência, visto que o medo pode ser maior, ocasionando a sua inércia, tudo dependerá de análises casuísticas.⁴²

Dentre as modificações realizadas na redação original do código pela Lei nº 12.015/2009⁴³, tem-se a revogação da presunção de violência e a alteração da titulação do capítulo II para constar “dos crimes sexuais contra vulnerável”, especificamente o art. 217-A do Código Penal⁴⁴.

Com isso, com o intuito de cessar as divergências descritas anteriormente, converteu a presunção de violência em vulnerabilidade, coibindo tanto a conjunção carnal quanto outro ato libidinoso envolvendo menor de 14 anos, além de qualquer pessoa com enfermidade ou deficiência mental, que não possua o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Para a caracterização do delito não há necessidade da prática de violência ou grave

⁴¹HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, op. cit.

⁴²NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

⁴³BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 21.

ameaça, em razão do estado de vulnerabilidade em que a vítima se encontra. Sendo que, especificamente, com relação ao menor de 14 anos, por razões fisiológicas, conhecidas pelo agente, não será considerado com aptidão para declarar, sem nenhum vício, a vontade de praticar o ato, independentemente de sua experiência e hábitos sexuais.

Observa-se que houve uma significativa ampliação da proteção concedida às crianças e aos adolescentes, entretanto, não foi capaz de cessar as controvérsias relacionadas à modalidade de presunção, se relativa ou absoluta, conforme será analisado em capítulo próprio.

Com relação aos delitos contra a dignidade sexual, em comum, tanto o crime de estupro quanto o estupro de vulnerável, figuram sob o manto do segredo de justiça (art. 234-B, Código Penal), inovação da lei em análise, sendo exceção à publicidade dos atos processuais, em concordância com o art. 93, inciso IX da CRFB/88⁴⁵.

Tal premissa é uma forma de proteção à intimidade (art. 5º, inciso LX da CRFB/88⁴⁶), em especial, das vítimas. Visto que, após a ocorrência da violação ao bem juridicamente tutelado, caso a publicidade dos atos fosse preservada, ainda teriam que enfrentar o comportamento da sociedade, com concepções repletas de julgamentos e questionamentos sobre uma conduta que nunca é e nunca será ocasionada por sua culpa.

Também com o objetivo de conceder maior proteção à intimidade e dignidade da ofendida, a Lei nº 13.718/2018⁴⁷ tipificou a conduta de divulgação de cena de estupro ou de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, no art. 218-C do Código Penal⁴⁸.

A divulgação de nudez, sem autorização, também está abarcada pelo tipo penal, com causa de aumento de pena se a vítima possuía relação íntima com o agente, além de prever os casos de estupro coletivo e o corretivo, com isso, o aparato estatal passa a ter como principal finalidade, atualmente, fornecer a tutela completa ao bem jurídico.

Os crimes contra a liberdade sexual retiram da vítima o livre-arbítrio sobre o seu corpo, fato que gera comoção e repulsa social e impulsiona o legislador a acompanhar de forma mais atenta as novas práticas abusivas utilizadas para violar o bem jurídico, bem como as divergências que surgem quando da aplicação da lei.

Nesse sentido, a alteração realizada em 2018 que, além de modificar a ação penal, estabeleceu à desnecessidade do consentimento e a irrelevante análise de relações sexuais anteriores para a caracterização do estupro de vulnerável. Tal alteração será analisada em

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 34.

⁴⁶Ibid.

⁴⁷BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 21.

capítulo específico em conjunto com entendimento Sumular do Superior Tribunal de Justiça sobre a presunção de vulnerabilidade.

Referidos delitos, por si só, proporcionam um evento traumático e geram sofrimento físico e psicológico, denominados de vitimização primária. Como consequência destes impactos, por vezes, o abusador não recebia a devida punição em razão da natureza da ação, haja vista que na redação original do código os crimes sexuais eram de ação penal privada.

Excepcionalmente, a ação seria pública condicionada à representação quando houvesse comprovada vulnerabilidade econômica ou quando cometido por tutor, curador ou padrasto. Somente em 2009, passaram a ser, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, salvo nos casos de a vítima ser menor de 18 anos ou vulnerável, hipóteses em que a ação seria pública incondicionada.

Ao considerar a necessidade do implemento da condição para o início da persecução penal, o interesse coletivo era ponderado em face de eventuais novos danos que a publicidade poderia ocasionar, prevalecendo a proteção à vítima, sendo dela a capacidade de autorizar a instauração da ação por meio da análise de conveniência e oportunidade.⁴⁹

Fato que tinha o condão de provocar uma larga impunidade, assim, em 2018, os crimes praticados contra a dignidade sexual passaram a ser de ação penal pública incondicionada. Com o Ministério Público figurando como titular da ação, não dependendo mais que o ofendido manifeste o seu interesse para o oferecimento da denúncia.

A modificação da espécie de ação penal dá ênfase ao interesse público de obter a punição devida, fornecendo segurança jurídica. Em contrapartida, apesar da disposição sobre o segredo de justiça, os delitos sexuais atingem a privacidade da vítima, violando a sua intimidade e liberdade. De modo que, forçá-la a reviver o fato e proporcionar possíveis novos danos, seja por culpa ou por não estar preparada para encarar as consequências do delito, dá ensejo à revitimização, objeto de análise no próximo tópico.

1.2. O amparo inadequado as vítimas de abuso e a (consequente) perpetuação da vitimização secundária

A revitimização, também denominada de vitimização secundária ou sobrevitimização, é compreendida por Gonzaga⁵⁰ como a atuação falha dos agentes públicos, que, após a vítima buscar o auxílio estatal, sem o devido cuidado e em decorrência do despreparo, proporcionam

⁴⁹PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, [e-book].

⁵⁰GONZAGA, Christiano. *Manual de criminologia*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

sofrimento adicional. Por exemplo, quando é compelida a repetir o depoimento por inúmeras vezes, para pessoas diferentes, com abordagens inadequadas e invasivas.

Por serem inocentes e estarem fragilizadas, indefesas, pela primeira violência sofrida, os atendimentos às vítimas devem ser humanizados. Para isso, o sistema como um todo, tanto o que presta auxílio médico/hospitalar quanto o jurídico, têm que tratar o ofendido como alguém que sofreu a violência, sem um olhar embaçado pela desconfiança, mas sim com práticas de condutas restaurativas. Como, efetuar perguntas precisas e não gerar constrangimento excessivo com questões desnecessárias para a elucidação dos acontecimentos.

Com o intuito de frear a vitimização secundária, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei nº 13.505/2017⁵¹ promoveu alterações na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006⁵²), de forma a incluir o art. 10-A e art. 12-A. Entre as medidas sugeridas está o fornecimento de atendimento especializado, preferencialmente, por profissionais do sexo feminino, com a adoção de procedimentos próprios para a inquirição da vítima, sempre visando resguardar a integridade física e emocional.

Tendo como modelo os referidos dispositivos e com o propósito de ajustar estas normas protetivas para as vítimas de estupro fora da esfera alcançada pela Lei Maria da Penha, após ser aprovado em plenário, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.117/2020⁵³, que se propõe a modificar o Código de Processo Penal⁵⁴, acrescentando o art. 6º-A e art. 201-A. Dispositivos que buscam instituir tratamento policial e pericial compatível, preferencialmente, por mulheres, com um sistema jurídico que foque na promoção de mais confiança e amparo.

As alterações legislativas são necessárias para moldar o ordenamento jurídico à sociedade, por isso, o tratamento dado às vítimas dos crimes contra a dignidade sexual precisa ser revisto, tanto nas condutas praticadas por operadores do direito quanto por profissionais da área de saúde.

Haja vista que estes podem ser os primeiros a terem contato direto com a vítima, de modo que, o tratamento e o conhecimento adequado, serão o diferencial para amenizar os impactos físicos e psicológicos.

⁵¹BRASIL. *Lei nº 13.505*, de 8 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁵²BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁵³BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 5.117/2020*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145395>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁵⁴BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.

Nesse sentido, a Lei nº 12.845/2013⁵⁵, conhecida popularmente como Lei do Minuto Seguinte, prevê o modo de atuação das equipes interdisciplinares competentes para prestar o atendimento, tanto do Sistema Único de Saúde quanto da rede hospitalar privada, para preservar elementos que possam ser utilizados como prova do crime.

E, principalmente, oferecer tratamento preventivo às doenças sexualmente transmissíveis e a uma eventual gravidez, além de prescrever a devida atenção à saúde psicológica e encaminhamento ao órgão policial especializado, haja vista que não há necessidade de ir à autoridade policial anteriormente.

Também com o intuito de estabelecer parâmetros de condutas para os profissionais médicos, até meados de 2020, a Portaria nº 1.508/2005⁵⁶ descrevia etapas procedimentais que deveriam ser seguidas para a realização do aborto, nos casos em que é legalmente permitida. Os quatro caminhos poderiam ser resumidos no relato da vítima, o exame médico em si e na assinatura do termo de aprovação de procedimento de interrupção de gravidez e no termo de consentimento livre e esclarecido.

Todas as etapas devem ser devidamente documentadas, para afastar a responsabilização criminal dos que realizavam o procedimento abortivo e evitar uma possível falsa acusação de estupro. Concretizado com a assinatura do termo de responsabilidade pela gestante, esclarecendo sobre a incursão no crime de falsidade ideológica e no de aborto nos casos em que o relato não era compatível com a realidade.

Referidos termos tinham por objetivo instruir sobre os riscos da interrupção da gestação, essencial para a tomada de decisão. Assim, o consentimento livre e esclarecido serviria para informar sobre a opção de manter a gravidez, apenas isso, sem coação ou imposição. Visto que a principal finalidade dos atos acima descritos é a preservação da integridade da mulher, já tão abalada pela violência sofrida, não sendo, portanto, obrigação médica ditar escolhas que são personalíssimas da vítima.

Com o advento da Portaria nº 2.282/2020⁵⁷, as condutas dos profissionais da área de saúde foram atualizadas, as principais concernem no fato de ser obrigatória a comunicação à autoridade policial sobre a ocorrência do crime. E, na etapa na qual são realizados os exames necessários, o médico tem o dever de questionar a gestante se há vontade de ver o feto por meio

⁵⁵BRASIL. *Lei nº 12.845*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

⁵⁶BRASIL. *Portaria nº 1.508*, de 1º de setembro de 2005. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html>. Acesso em: 09 abr. 2021.

⁵⁷BRASIL. *Portaria nº 2.282*, de 27 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

do ultrassom.

Ora, é difícil constatar se esta determinação visa à proteção da mulher vítima de violência sexual ou se é uma forma indireta de coagi-la a não autorizar o aborto. Pois, ao considerar o estado de fragilidade emocional em que está inserida naquele momento, conceder a possibilidade de ver o resultado da violência, sem dúvidas, é capaz de gerar mais violações.

Importante destacar que a imposição feita aos médicos quanto à necessidade de notificação às autoridades policiais, sob o fundamento na espécie de ação penal do delito de estupro, sem nenhuma determinação expressa sobre a colheita prévia de consentimento da vítima, principal interessada, é capaz de promover a diminuição dos índices de mulheres que procuram por auxílio médico-hospitalar. Haja vista que a obrigatoriedade da medida se sobrepõe ao direito de intimidade, privacidade, já violado pelo crime que atinge fortemente a esfera personalíssima da ofendida.

Ao contrário da Portaria⁵⁸, a Lei nº 10.778/2003⁵⁹, que trata sobre a notificação compulsória nos casos de violência sexual, dispõe sobre o caráter sigiloso da medida. Somente autorizando que sejam fornecidas informações pessoais da vítima, após seu prévio conhecimento, quando houver risco à comunidade ou a ela própria, pois, apesar da vontade de repressão da conduta ilícita, o primordial é o acolhimento.

Por isso, para dirimir conflitos sobre a referida notificação e para adequar a Portaria do Ministério da Saúde com a lei supracitada, com a preservação da dignidade da mulher e o direito ao sigilo médico, órgãos públicos expediram uma Recomendação Conjunta⁶⁰. Assim, a comunicação às autoridades é feita apenas para fins estatísticos, salvo nos casos em que houver expressa autorização da vítima, dando foco à faculdade de tornar público ou não o evento criminoso, além disso, há recomendação para que os médicos não ofereçam a possibilidade de visualizar o feto no momento dos exames.

Cumprido destacar que, em regra, as práticas abortivas são sancionadas pelo ordenamento jurídico nacional como forma de tutela da vida intrauterina. Todavia, excepcionalmente, a gravidez oriunda de um crime sexual, é uma das hipóteses que admite a realização do aborto, chamado de humanitário, sentimental ou ético, após o devido consentimento da gestante. Portanto, há dispensa da prévia autorização judicial e de período gestacional mínimo, como meio de proteção de sua dignidade e da saúde psicológica.

⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 40.

⁵⁹BRASIL. *Lei nº 10.778*, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

⁶⁰BRASIL. *Recomendação Conjunta*, de 02 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/recomendacao-mpfdpu.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

Somente com a legislação para barrar a sobrevitimização, não é possível obter mudanças significativas na sociedade, para isso é preciso que todos cooperem. Já que a precariedade do sistema de saúde em conjunto com a falta de conhecimento e informação necessária, tanto das vítimas quanto dos profissionais médicos, principalmente no que se refere às hipóteses em que o aborto é permitido e os procedimentos estabelecidos para a prática, culminam por prejudicar o atendimento o que gera mais danos a quem deveria receber incondicionalmente amparo.

Contudo, com relação as hipóteses permissivas do aborto, os médicos poderão alegar objeção de consciência para não realizar, momento em que outra equipe será designada para atender a vítima gestante.

Perceptível o fato de que, após a violência inicial, a vítima é ferida novamente pela equipe médica, pelo sistema jurídico e pela sociedade, retirando dela o poder de escolha sobre o seu corpo, diante das inúmeras violações de direitos. É notório que o abuso não termina quando o estupro cessa, a vítima sofre a todo o momento julgamentos, explícitos ou não, sobre o modo que o fato ocorreu, em uma tentativa de justificar o injustificável, por meio da roupa, lugar, consumo de bebidas alcoólicas ou drogas ilícitas ou até mesmo a sua profissão.

Com isso, acaba utilizando o silêncio e a inércia como forma de autoproteção, não levando o fato ao conhecimento das autoridades competentes, o que deságua no alto índice de subnotificação.

Aquelas que decidem por não mais prolongar o sofrimento e se enchem de coragem precisam confiar no sistema, precisam acreditar que por meio dele a devida punição será aplicada. Para isso, é necessário falar, relato este de alta relevância, considerando as características do crime, visto que, por ser classificado clandestino, praticado às ocultas, quase nunca é testemunhado, o que culmina na dificuldade de identificação das evidências do delito.

Por conseguinte, o depoimento pessoal da vítima é o meio facilitador para a produção probatória, de modo que a ele é concedido um valor diferenciado na formação do convencimento do juízo a uma eventual condenação. Porém, deve ser obtido, como visto, com o devido cuidado e zelo.

Quando a desconfiança imperava de forma mais concreta e somente a mulher poderia figurar como vítima, a regra era a não concessão de valor evidente às declarações proferidas. Com isso, antes de tomá-las como verídicas deveriam ser questionadas rigorosamente⁶¹, principalmente se não houvesse qualquer vestígio ou testemunhas para confirmar o alegado, como forma de proteger o acusado. Assim, o ponto de partida era a dúvida sobre a ocorrência

⁶¹HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, op. cit.

do delito e a culpabilização.

Todavia, como está sendo amplamente descrito no capítulo, as mudanças sociais deságuam em mudanças jurídicas. Por conseguinte, diante da ausência de vestígios ou do desaparecimento deles, acarretando a impossibilidade da realização do exame de corpo de delito, a prova oral terá uma maior relevância, inclusive, a palavra da vítima que, por vezes, é a única prova presente nos autos.

Neste caso, o relato concedido terá mais valor se comparado com a alegação do acusado, desde que se mostre minimamente possível, que seja coerente e que não haja motivos para uma falsa acusação de estupro.

O liame estreito entre o consentimento e o dissenso para a prática sexual é restrito as partes, por assim ser, não há, na maioria das vezes, como provar claramente qual das narrativas condiz com a realidade. A que afasta completamente o delito e relata o ato sexual consentido ou a que declara que a violência ou grave ameaça foram utilizadas como meios para burlar a negativa?

Apenas análises casuísticas poderão solucionar o conflito de forma justa para proteger de modo adequado os bens jurídicos tutelados, no crime de estupro e no estupro de vulnerável. Neste último, sem deixar de ter como base o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a proteção integral, conforme será explicitado a seguir.

2. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA VISTA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Acerca da proteção do Estado, atuante sobre os bens jurídicos, e o exercício dos direitos e liberdades constitucionalmente estabelecidos, Roxin⁶² preconiza que, para a ocorrência do equilíbrio eficiente entre eles e o fornecimento adequado de garantias, deverá ser posto à disposição do “indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível”.

Neste ponto, encontra-se o liame entre a proteção e a privação, tendo a criança e o adolescente, este principalmente, também como detentores das premissas presentes no Estado Democrático. Contudo, antes de ser estabelecida a tutela com tamanha amplitude, nos primeiros ordenamentos jurídicos, havia uma preocupação mais significativa com a punição do menor infrator do que com sua efetiva tutela.

O Código Criminal de 1830⁶³, apesar de considerar os menores de 14 anos inimputáveis, insuscetíveis de punição, não tinha tal premissa como absoluta. Já que, quando fosse comprovada que a conduta delituosa fora praticada com consciência, discernimento, a idade não era um impeditivo para ser determinado o recolhimento para as casas de detenção, até, no máximo, atingir 17 anos, sendo que o período mínimo era decidido de forma discricionária pelo magistrado.

A indiferença quanto ao modo em que os menores eram tutelados pelo seio estatal não estava restrita apenas para os infratores, estendia-se também para os abandonados pela família. Este processo, que perdurou até por volta de 1960, utilizava o método conhecido como “roda dos expostos ou dos enjeitados”, havia a garantia de concessão do anonimato e proteção daqueles que entregavam as crianças, por motivos financeiros ou sociais, para os cuidados de entidades religiosas ou particulares. No início, o Estado não era diretamente responsável pela guarda e educação dos órfãos, estes além de privados de afeto, por vezes, não recebiam nem ao menos informações sobre a família de origem, vivendo à margem da sociedade.⁶⁴

Desconsiderava-se as características pessoais, direcionando a atenção para a punição, com o descarte da necessidade de reeducação ou promoção de políticas que evitassem o cometimento de delitos, tanto por aqueles “expostos” quanto os que, apesar de permanecerem

⁶²ROXIN, op. cit.

⁶³BRASIL, op. cit., nota 10.

⁶⁴SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

com a família, encontravam-se em situação favorável à prática do ilícito.

O Código do Império e o da República marcaram a Etapa Penal Indiferenciada, pela denominação é perceptível a política prevalente à época. Após a análise da consciência sobre a conduta ilícita praticada, era aplicada a sanção⁶⁵, isto é, se o “menor” possuía capacidade de agir ilicitamente, deveria ser punido, não importando as circunstâncias ou peculiaridades.

Assim, apesar do Código Penal da República de 1890⁶⁶, tornar absolutamente inimputáveis os menores de 9 anos, com a dispensa do estudo subjetivo quanto ao discernimento, tal análise continuou sendo aplicada para aqueles com idade entre 9 e 14 anos, caso ficasse demonstrado, iriam ser recolhidos da mesma maneira como era estabelecido anteriormente.

Sendo que, mesmo com a previsão em ambos os códigos de estabelecimentos próprios para os menores infratores, a disposição quanto a separação não era aplicada na prática. Com isso, os “menores”, como assim eram chamados, e os adultos encarcerados dividiam não somente o prédio, mas também as celas, fato que reforça a concepção de que realmente eram tratados como se adultos fossem.

Com o avançar dos anos, tornou-se perceptível a ineficiência do sistema penal juvenil com enfoque somente na punição. Inaugurando-se, assim, a noção da necessidade de proteção da integridade dos “menores”, que passou a operar em conjunto com a restrição da liberdade com o poder estatal oferecendo auxílio aos infratores.

Com o fito de corrigir com instrumentos mais adequados, voltados para a educação, iniciou-se a aplicação de medidas efetivas a partir da análise das características pessoais. Desta forma, entrou em vigor “um direito penal voltado não mais ao castigo, e sim à correção efetiva do delinquente”⁶⁷, entretanto, a oferta de ajuda era oferecida com a sanção, ainda aplicada de forma discricionária.

Os “menores” continuavam sendo vistos “como objeto de proteção e não como sujeitos de direitos”⁶⁸, aliás, o único direito tangível que possuíam era justamente a aplicação da sanção penal, esta considerada como um meio ruim para atingir um bem maior, qual seja, sua plena recuperação. Para alcançá-la era aceitável a retirada de algumas garantias, como consequência, ainda não havia determinação para separação de menores e adultos encarcerados, fato que facilitava a violação à integridade física e psicológica dos apreendidos.

⁶⁵SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal dos adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013, [e-book].

⁶⁶BRASIL, op. cit., nota 12.

⁶⁷Ibid.

⁶⁸SEABRA, Gustavo Cives. *Manual de direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 37.

A discussão sobre o tema somente veio à tona depois do Caso Bernardino, ocorrido em 1926, em que denúncias de abusos sofridos pelo menino, de apenas 12 anos, encarcerado com mais de 20 adultos⁶⁹, tomaram grande repercussão na mídia, surgindo os questionamentos sobre a separação dos locais de cumprimento de pena. Principalmente, por estarem em desacordo com a política de proteção que, mesmo caminhando aos poucos, passava a ser aplicada.

Para concretizar os direitos considerados à época como necessários, para combater a delinquência juvenil e consagrar a tutela de forma mais ampla e eficiente, o Código de Menores de 1927⁷⁰ foi elaborado. Assim, houve a instituição de lugares específicos para o cumprimento da medida imposta ao menor infrator ou para sua estadia quando abandonado, chamados, respectivamente, de escola de reforma e escola de preservação, o próprio nome remetia à finalidade de reeducação para reinserção social.

Destaca-se que o termo “menor” que serviu de base para denominar a codificação especial, atualmente, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, é visto como pejorativo e discriminatório. Tendo em vista que foi utilizado como fundamento para a determinação de pessoas inferiores aos cidadãos em geral, excluídas socialmente.

Contudo, apesar do início da regulamentação para os “menores”, as polêmicas ainda estavam presentes. Visto que as disposições não abrangiam todos os que possuíam idade inferior à 18 anos indistintamente, somente os que eram classificados como abandonados ou delinquentes.

Tal disposição realizava uma notória separação entre a elite e os vulneráveis, tanto econômico quanto socialmente, mas dentro dos dois grupos não havia diferenciação para a aplicação de medidas. Por isso, por exemplo, o menor abandonado, mesmo sem ter cometido qualquer ilícito, poderia ser encaminhado à internação, bastando que o juiz utilizasse como pretexto que a tutela estaria sendo melhor atendida dessa forma.

O último dos Códigos de Menores, de 1979⁷¹, também estabeleceu quais seriam os destinatários da assistência, proteção e vigilância estatal, utilizando-se do termo “situação irregular”, esta compreendida como as situações sociais capazes de colocar os “menores” à margem da criminalidade. E, portanto, estariam mais suscetíveis a se tornarem autores de

⁶⁹PEDROSA, Leyberson. *ECA – Linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes*. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina2174.html#:~:text=Em%201979%2C%20C3%A9%20promulgado%20u m,da%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20anterior%20de%201927.&text=Teve%20papel%20preponderante%20 no%20processo,Nova%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e%20do%20ECA>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

⁷⁰BRASIL. *Lei nº 17.943A*, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021.

⁷¹BRASIL. *Lei nº 6.697*, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

infrações penais, como, de acordo com o que descrevia o código, os que viviam com reduzidos meios de subsistência ou que eram vítimas de maus tratos físicos ou morais, desde que contassem com menos de 18 anos.

Nota-se que a situação irregular era pautada em uma doutrina não universal, direcionada apenas aos adolescentes “problemas”, isto é, aqueles que estavam na rua, na grande maioria das vezes, vulneráveis economicamente, pois os que estavam dentro de casa eram destinatários dos cuidados dos pais ou de babás. Estes não ofereciam “perigo” para o Estado e, portanto, não haveria justificativa para a movimentação da máquina estatal.

Essa cultura de “tutela” vigente na época visava claramente à segregação da criança pobre e negra, sendo totalmente discriminatória, institucionalizadora e incapaz de reconhecer a subjetividade da pessoa vulnerável.

A ausência de distinção entre aqueles que eram autores de delitos e aqueles que eram vítimas de maus tratos continuava sendo marcante, com isso, era possível que ambos recebessem a mesma tutela do Estado, com a determinação da limitação dos seus direitos. Estes, que já eram escassos, seriam restringidos por medidas privativas, tidas como justas ou não, a depender da fundamentação do magistrado.

Com esse entendimento é possível extrair que “as piores atrocidades da infância se cometeram muito mais em nome do amor e da compaixão do que da própria repressão”⁷². Todavia, é inegável que houve um salto considerável da total indiferença para a preocupação com a tutela dos menores.

Com o olhar não somente dirigido para a concessão de proteção como também para a promoção de garantias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou o novo capítulo da tutela, estabelecendo, no art. 227⁷³, inúmeros direitos específicos, além dos demais direcionados a qualquer cidadão.

Nota-se que os “menores”, que até então eram vistos como seres inferiores, não detentores de direitos, foram alçados ao patamar de merecedores da proteção mais ampla possível, esta assegurada pela sociedade, família e pelo poder público estatal. Ademais, houve a consagração da inimputabilidade dos menores de 18 anos, com a impossibilidade de submissão à lei penal geral, mas sim a uma norma especial.

Como medida para efetivar a previsão constitucional, tendo como ponto de partida as

⁷²SHECAIRA, op. cit., p. 38.

⁷³BRASIL, op. cit., nota 34.

determinações acima mencionadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁴ surge. A conquista adquirida, com a edição de uma legislação própria para tratar das pessoas em desenvolvimento, tem caráter altamente positivo, sendo, por si só, um grande avanço jurídico, já que antes não tinha, de fato, nenhuma medida garantista universal.

Com o advento do Estatuto, passam a existir, em tese, direitos e a, conseqüente, perda gradativa da percepção de que as crianças e os adolescentes são menos pessoas que os adultos. Entretanto, a efetivação do instrumento legal é o grande desafio, pois não adianta a existência da lei se não forem colocados em prática seus entendimentos.

A revogação da teoria da situação irregular, prevista no Código de Menores de 1979, até então vigente no país cedeu lugar a adoção da teoria da proteção integral, disposta, expressamente, no art. 1º. Com isso, todos que possuem idade inferior a 18 anos, indistintamente, são considerados sujeitos de direito.

Tal premissa se dá em virtude de que “as crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”⁷⁵ e não por estarem em situação de abandono ou “delinquência”, retirando o caráter discriminatório da codificação anterior.

A diferenciação realizada pelo Estatuto visa delimitar o âmbito da abrangência de alguns institutos, distinguindo crianças e adolescentes com a utilização do caráter etário puramente, sem análise do desenvolvimento mental ou físico.

Por meio desse critério, crianças, para o parâmetro legal, são aquelas que possuem idade de até 12 anos incompletos, enquanto os adolescentes possuem idade entre 12 anos completos e 18 anos incompletos. Divisão que se destina a promoção de amparos específicos a cada grupo, além de proteger aqueles que possuem desenvolvimento físico ou mental mais avançado que o habitual, visto que continuarão a ser destinatários das normas nele presentes.⁷⁶

Apesar de considerar a idade como marco objetivo para fins de distinção legal, a infância e a adolescência, de um modo geral, são etapas marcadas por variadas diferenças biopsicológicas, a depender de cada indivíduo singularmente considerado, pois, “a faixa etária não condiciona os estágios de desenvolvimento”⁷⁷. E, pode-se considerar que não é um fator determinante para eventuais escolhas e ações, sendo necessário análises casuísticas.

⁷⁴BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

⁷⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

⁷⁶SEABRA, op. cit., p. 59.

⁷⁷FIGLIARELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, [e-book].

Por isso, não há como se abster de considerar, como ponto de transição entre ambas as etapas, *infantis* e *juvenis*, também as modificações na esfera física e psicológica, que, mesmo estando na fase embrionária, fazem parte do caminho a ser percorrido até atingir a vida adulta.

Considera-se o adolescente como uma pessoa que está em condição peculiar de desenvolvimento e a adolescência como o período marcado por descobertas de mundo, mas, principalmente, de si mesmo, o que ocorre por meio de experimentações⁷⁸. O jovem sempre tem que lidar com inúmeros conflitos internos, bem como com o mar de hormônios que afoga ainda mais a capacidade de percepção e realização de escolhas de forma livre.

Assim, somar a este imbróglio o controle excessivo imposto pelos adultos ocasiona revolta e, como consequência, fecham-se em si. Fato que dificulta o oferecimento de ajuda, conversas, conselhos, bem como a prevenção de abusos, o que os torna cada vez mais vulneráveis.

De certo, as faixas etárias estabelecidas pelo legislador possuem como objetivo atribuir um conceito delimitador para algo indeterminado na prática, tendo em vista que o adolescente não deve ser tratado com rigor, como se adulto fosse, e nem mesmo como criança, cercando-o em uma redoma e impedindo sua vivência.

Entretanto, apontar exatamente quando se inicia e termina a adolescência é desafiador e, por isso, deveria ser desencorajado que o aplicador do direito o faça de modo genérico, justamente em prol da isonomia material e para fazer surgir um indivíduo confiante e seguro de si, sem medo de novas descobertas e com a concepção de que os adultos estão ali para fornecer auxílio e proteção quando preciso, isto é, como seres detentores de sabedoria e não de meios de repressão.

Tal premissa não possui como objetivo desconsiderar a necessidade de proteger de forma integral o adolescente e nem ao menos descartar a sua condição de vulnerável. Todavia, questiona o modo em que conceitos de moralidade e honra estão sendo aplicados em uma sociedade moderna e com parâmetros de condutas diferentes, a depender da região do país ou até mesmo da localidade dentro de uma mesma cidade.

Aplicar a proteção integral a partir disso seria observar os padrões de comportamento e atender aos anseios de liberdade e capacidade de autodeterminação que permeiam essa fase, sem necessidade de total controle. Mas, ao mesmo tempo, visa demonstrar que, apesar do conflito das gerações, uma dará suporte e conhecimento à outra.

Inclusive, o direito à liberdade, consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente,

⁷⁸SHECAIRA, op. cit., p. 165.

em um rol meramente exemplificativo, funciona como parâmetro para as permissões. Porém, mesmo diante da previsão de determinações vedando condutas que coloquem em risco os adolescentes, não há qualquer disposição quanto à liberdade sexual. Desconsidera-se que a curiosidade acerca da sexualidade irá nascer em conjunto com a vontade de descobrir o outro intimamente.

A dúvida que prevalece é: até que ponto pode ser considerado que a capacidade de discernimento para o exercício do direito à autodeterminação sexual dos adolescentes está assegurada, sem colocar em risco a integridade sexual? Questionamento que será debatido no próximo tópico.

2.1. A evidente descoberta da sexualidade em contraponto com a negativa do direito à autodeterminação sexual dos adolescentes

A história da sexualidade passou pela total repressão, com permissão apenas para a sua prática durante o casamento e com fins reprodutivos, até a, pode-se dizer, ampla autorização, vivenciada atualmente, com trocas de parceiros e de informações ocorrendo com cada vez mais frequência.

O que não exclui os adolescentes, que, com o advento da internet, estreitaram as fronteiras e deletaram as distâncias por meio da tela do celular. Fato que facilita a possibilidade de receber conselhos bons e ruins de forma desenfreada, o que fomenta o aumento do distanciamento emocional e traz consigo a nova noção de liberdade.

Entretanto, a sensação de não pertencimento, com a crescente vontade de se encaixar em padrões, associada com a ideia de incompreensão, sentimentos aflorados na adolescência, bem como a vontade de vivenciar experiências, estas proporcionadas pela curiosidade natural, em conjunto com a facilidade dos relacionamentos amorosos transitórios, são preocupantes.

Tendo em vista que a inocência e a vontade de descobrir o novo podem servir de proveito para abusadores que agem com forte poder de influência. Assim surge o questionamento: a vontade manifestada é realmente livre ou apenas a expressão da insegurança e vulnerabilidade?

Por óbvio, apesar dos adolescentes estarem na etapa de transição entre a infância e a fase adulta, ainda não atingiram a completa maturidade. E, desse modo, há que se constatar a discrepância do nível de entendimento de mundo existente entre o maior de 12 anos e aqueles que já ultrapassaram a maioridade. Justamente, em vista disso, não pode ser negada que a proteção à vulnerabilidade é necessária, porém, também não deve ser desconsiderada a

descoberta, ainda que precoce, da sexualidade na adolescência, em especial para aqueles que contam com idade entre 12 e 14 anos.

Destacar a referida faixa etária e admitir que indivíduos tão jovens são capazes de agir pautados em instintos sexuais, principalmente, quando se iniciam os primeiros relacionamentos amorosos, como descrito por Foucault⁷⁹, dá ao discurso “um ar de transgressão deliberada”.

Todavia, valer-se de argumentos negacionistas, além de não ser condizente com a notória realidade social atual, priva o fornecimento da ampla gama de proteção, determinada tanto constitucionalmente quanto pela legislação especial. Haja vista que, mesmo sendo indivíduo em formação, deve ser fornecido o direito à possibilidade de construir sua personalidade de forma plena, proporcionando a descoberta, em segurança, da sexualidade.

Quanto ao desenvolvimento psicosssexual, que se inicia com a aversão ao sexo oposto até o genuíno interesse, percebido a partir dos 12 anos de idade, aproximadamente⁸⁰, os jovens, nesta etapa, passam, em conjunto, mas não de maneira simultânea, pelo despertar da natureza sexual.

Por isso, a concepção de mundo e vontades pessoais não devem ser totalmente desconsideradas, pois embora não se negue a liberdade de escolha claramente, permiti-la, com inúmeras limitações, não à efetiva.

A sexualidade pulsante na fase da adolescência, quase que em sua completude, definida pela imaturidade, deve ser balanceada tanto com a proteção integral quanto com a observância do melhor interesse, bem como com a liberdade e livre-arbítrio. Visto que, não obstante a repressão sexual ter caráter histórico na sociedade, reprimir, como forma de proteção, não inibe a natureza de descobrir.

Nesse interim, é dever de todos fornecer meios adequados para prevenir a erotização precoce e, conseqüentemente, eventuais abusos, sem deixar o diálogo de lado. Inclusive, para prevenir doenças sexualmente transmissíveis, gravidez precoce e conceder informações sobre paternidade responsável, para os meninos.

Estas condutas serviriam de base para consagrar aos adolescentes todos os direitos em sua integralidade, concretizando a nova ordem de vê-los como detentores de prerrogativas e autonomias, não como meros seres passíveis de submissão às vontades alheias.

Outrossim, tal fato, não excluiria o direito à autodeterminação sexual, já que este consagra ao indivíduo “a liberdade de orientar sua sexualidade e comportamento conforme a

⁷⁹FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 12.

⁸⁰FIGLIOLI; MANGINI, op. cit.

sua psique, vontades e sentimentos”⁸¹, permitindo, assim, com que encontre a sua identidade e confiança em si mesmo com autonomia, desenvolvendo consciência sobre suas escolhas e ações.

Justamente sobre as escolhas e ações que paira a discussão acerca dos que decidem por exercer a sexualidade de maneira diversa daquela entendida pelo meio social como adequada, ainda mais diante da pouca idade, o que reforça a ideia de anormalidade da conduta. Notadamente, em certas fases do desenvolvimento o indivíduo é mais vulnerável do que em outras, como consequência da imaturidade.

Apesar disso, em conjunto com a aplicação das normas punitivas que coíbem e previnem eventuais abusos, não é admissível a desconsideração da moral individual, para que seja incentivada a formação de pensamentos, por meio dos ensinamentos que objetivam a promoção de autoconhecimento, antes de atingirem a maioridade.

Com isso, a sexualidade passaria a ser vista “como um processo consciente e racional”⁸² quando exercida, de forma a conceder ao adolescente a possibilidade de ter controle sobre si e, principalmente, consciência dos seus atos.

Ao partir do ponto de que a moral social é mutável, com uma considerável rapidez, quando comparada com os entendimentos e concepções jurídicas, não deve ser imposta, para permitir a vivência pautada na moral particular. Além disso, deve-se considerar que “se o sexo é reprimido, isto é, fadado à proibição à inexistência e ao mutismo, o simples fato de falar dele e de sua repressão possui como que um ar de transgressão deliberada”⁸³.

Desse modo, após retirar o véu do tabu, percebe-se que o exercício da sexualidade engloba conjuntos de fatores do meio social em que o indivíduo em análise está inserido. Sendo indubitável que, somente nos casos em que haja prática de condutas arbitrárias e violadoras do direito alheio, poderá haver repressão à liberdade com a aplicação da sanção devida.

A liberdade, por sua vez, tem o direito penal como instrumento para a sua restrição e, devido ao seu caráter mais gravoso, é necessário compreender que, em regra, cada indivíduo sabe o que é melhor para si, assim, a interferência estatal é necessária diante da ausência de autonomia para a escolha. Mas, mesmo nesse caso, deve ser observada se a decisão eleita é capaz de trazer consequências graves, ao ponto de ser preciso a intervenção criminal.⁸⁴

⁸¹OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de Autodeterminação Sexual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 97.

⁸²Ibid., p. 71.

⁸³FOUCAULT, op. cit., p. 12.

⁸⁴MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 58.

Assim sendo, nos casos em que há pouca diferença de idade e, por óbvio, havendo o consentimento para o ato sexual, penalizar a conduta dos adolescentes não seria o meio mais adequado, ainda mais nos casos em que está reconhecida a existência de relacionamento amoroso prévio. Após a devida análise da espontaneidade da relação, seria possível garantir o direito à autodeterminação sexual.

Negar referido direito não afasta a possibilidade de a prática ocorrer e não atrasa a descoberta da sexualidade para uma idade socialmente considerada adequada, já que o objetivo de evitar ou retardar o início da atividade sexual como certo a se fazer, mesmo sendo o meio mais fácil, é inviável. Por isso, incentivar a abstinência não consagra nenhuma garantia ou proteção, sendo importante a atuação do Estado com abordagens de assuntos relacionados à natureza sexual juvenil.

Por certo, nem todo controle possui como característica a produção de dano imediato, haja vista que a liberdade excessiva, sem a devida conversa, também é capaz de ser prejudicial⁸⁵. Dessa maneira, em decorrência da dificuldade para estabelecer diálogos, o modo como o controle é exercido e como poderá ser interpretado pelo destinatário deve ser analisado, de forma que se evite o exercício da repressão sem a delimitação devida.

Somente depois dessa análise deve ser estabelecido o equilíbrio entre o controle e a liberdade. Pois, imputar aos adolescentes condutas, sem explicação alguma, descarta o caráter relacionado à liberalidade de escolha, ao invés de modernizar os entendimentos já vigentes de forma mais consciente e condizente com a realidade atual.

A forma adequada, que ocasionaria menos conflitos entre as gerações, seria reduzir os comportamentos contraditórios praticados pela sociedade. Já que, ao mesmo tempo em que há o incentivo indireto, pela falta de vigilância, ao consumo de pornografia, fato que reforça a descoberta sexual, principalmente para os meninos, também há a repressão quando os jovens procuram iniciar o exercício da sexualidade.⁸⁶

O melhor e mais adequado, de fato, seria a espera para o início da atividade sexual quando a capacidade de entendimento não estivesse mais em processo de formação. Todavia, devido à puberdade e o nascimento do desejo de entender a sexualidade, essa postura contraditória da sociedade acaba fazendo com que as mensagens que os adolescentes recebem sejam conflituosas.

Tendo em vista que, “de um lado, a família o encoraja, estimula o namoro, de outro, a

⁸⁵Ibid., p. 93.

⁸⁶GAUDERER, E. Christian. *Sexo e Sexualidade da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Record – Rosa dos Tempos, 1996, p. 48.

sociedade não o informa, não o educa e não lhe dá acesso aos meios anticoncepcionais”⁸⁷, por isso, ver a educação sexual como um incentivo velado à prática sexual é, no mínimo, contraproducente.

Além disso, a educação sexual é um meio facilitador de denúncias, como exemplo, tem-se o caso recente de uma jovem, 16 anos, que, após assistir uma palestra sobre o assunto, percebeu que em sua infância foi vítima de abuso sexual praticado pelo primo, atualmente com 23 anos.⁸⁸ Ou ainda a série de denúncias realizadas por alunos de uma mesma escola, 10, no total, depois de assistirem palestra sobre violência sexual.⁸⁹

Referidos exemplos são os melhores para demonstrar a importância da educação sexual, por ser o instrumento capaz de fazer com que os adolescentes tenham “certa capacidade de entendimento e de determinação em matéria sexual, e, por conseguinte, maturidade suficiente para rechaçar propostas e agressões que nessa área se produzirem”⁹⁰.

O conhecimento acerca da sexualidade deve ser visto como meio de informação e proteção das crianças e dos adolescentes, porém, é latente o tabu que envolve conversas sobre sexualidade entre pais e filhos. Já que os adultos, que deveriam deter a informação para repassá-la, não receberam quando jovens, portanto, há dificuldade em abordar o assunto ou em responder questionamentos, o que reforça o ciclo da desinformação.

Este é um dos motivos que demonstram a importância do auxílio de profissionais para discussões sobre o tema, inclusive, com a participação dos responsáveis, quando possível, como forma de estreitar laços e afirmar a normalidade.

Sobre a notoriedade do assunto, o Dr. E. Christian Gauderer⁹¹, médico pediatra, descreve frases que ouviu de adolescentes, entre elas: “nunca recebi nenhuma informação sexual, o que recebi foram conceitos morais, tabus e desinformação”, outro diz: “deve existir liberdade para que possamos fazer perguntas sexuais”, por meio delas é possível notar que há a ânsia de conversar.

Colocar fim no receio de falar sobre sexualidade, com a abertura de espaço para a educação sexual, teria como consequência transmitir a mensagem de que o assunto pode ser

⁸⁷Ibid., p. 45.

⁸⁸O GLOBO. *Menina assiste a palestra sobre educação sexual e denuncia primo por estupro no Ceará*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/menina-assiste-palestra-sobre-educacao-sexual-denuncia-primo-por-estupro-no-ceara-1-25400687>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

⁸⁹G1. *Dez alunos denunciam abusos no ambiente familiar após assistirem a palestra sobre violência sexual em escola*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/05/22/alunos-denunciam-abuso-sexual-apos-assistirem-palestras-sobre-o-assunto-em-escolas-de-campo-limpo-de-goias.ghtml>>. Acesso em: 23 maio 2022.

⁹⁰CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência Sexual Presumida*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 150.

⁹¹GAUDERER, op. cit., p. 46.

debatido. Além de fomentar a escuta, bem como facilitar a percepção de eventuais abusos, até mesmo pelos próprios adolescentes,

No mais, o conhecimento adquirido também pode ser interpretado como incentivo para a realização de denúncias, pois retiraria a ideia de que se não podem discutir sobre o tema em nenhum lugar, não possuem palco para denunciar.

Se conversas sobre a sexualidade já são cercadas de proibições dentro de casa, tentar levá-las para as escolas causa resistência de correntes mais conservadoras, entretanto, não pode ser descartada a realidade social do país, em que a maioria economicamente vulnerável, marginalizada, não recebe qualquer assistência nesse sentido. Sendo assim, o ambiente escolar passa a ser o único lugar capaz de informar, por isso, estender a ideia para a escola, aumentaria a rede de proteção.

Contudo, para ser aplicada de forma responsável, políticas públicas devem ser criadas, como a realização de cursos com os educadores e palestras com profissionais especializados no assunto. Visto que somente com a entrega de panfletos e contraceptivos não há como alcançar o objetivo principal, qual seja, a proteção dos adolescentes e a disseminação da concepção de que não há nada de errado em falar sobre sexualidade.

Ressalta-se a clara diferença entre a educação sexual e o incentivo à prática sexual, inclusive, em alguns casos, o conhecimento adquirido pode ser capaz de fazer com que o adolescente opte por retardar o início da vida sexual. Mas, no geral, é certo que quanto menos conhecimento possuem, mais vulneráveis estão.

De acordo com os argumentos expostos, é fato notório que a educação sexual, dentro e fora do ambiente escolar auxilia o desenvolvimento da compreensão sobre a sexualidade. Mas, para ocorrer de forma efetiva, as correntes sociais impositivas de pautas éticas e morais devem ser quebradas, permitindo a desmistificação do assunto para facilitar a sua abordagem.

Assim, ao adquirir conhecimento e desenvolver discernimento sobre a sexualidade, a “subtração ao adolescente que tenha consciência ética do ato sexual do direito de exercer a sua sexualidade, por não ter ainda alcançado a idade fixada por lei para tanto”⁹² se torna indevida e repressiva em excesso, quando exercida em observância aos requisitos delimitados adiante.

Cabe ao aplicador do direito acompanhar as modificações sociais, com a realização de distinção entre casos concretos, após análises aprofundadas. Já que “todo ato de autoridade de um homem sobre outro que não deriva da absoluta necessidade é tirânico”⁹³.

⁹²CARVALHO, op. cit., p.17.

⁹³BECCARIA, op. cit., p. 21.

Justamente sobre a análise da necessidade ou não da aplicação da punição aos adolescentes que praticam ato sexual que impera a problemática existente no assunto. Surge, com isso, a dificuldade em prolatar decisões objetivas, direcionadas ao caso específico, pelo receio de que a devida sanção não estaria sendo aplicada, diante das inúmeras previsões legais. Por isso, o tratamento jurídico concedido ao tema será analisado no próximo capítulo.

3. O TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEO DADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A SÚMULA N° 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O crime de estupro de vulnerável não está caracterizado quando “[...] a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual, já havia mantido relação sexual com outros indivíduos, é despudorada e sem moral, é corrompida, apresenta péssimo comportamento[...]”⁹⁴. Tal premissa concede maior importância à defesa do ofensor do que a efetiva tutela do adolescente, diante do julgamento feito sobre sua vida pregressa, por isso, quando lida, atualmente, causa espanto.

De forma diversa do entendimento mencionado, Magalhães Noronha⁹⁵, posicionava-se no sentido de que, em regra, a adolescente não teria capacidade de discernimento, por estar na puberdade. Com isso, o julgador deveria se mostrar rígido, já que “seria inadmissível a impunidade do garanhão lascivo que manteve coito carnal com u’a menor de catorze anos, porque provou ser ela fácil e namorada”.

Desse modo, ainda que de forma pequena, já havia a adoção do entendimento de que a vida anterior da vítima não seria passível de avaliação, por carecer de espontaneidade e liberdade de vontade a relação ocorrida.

Contudo, para o jurista haveria uma excepcionalidade do caráter absoluto da violência, quando a vítima era considerada “mulher pública”, isto é, tão corrompida que o acusado não poderia corrompê-la ainda mais. E, por isso, não poderia receber a mesma proteção da jovem “recatada”, por ausência de violação dos costumes, bem jurídico que era tutelado, que não eram observados. Em suma, Noronha⁹⁶ considerava que a presunção era relativa ou, dito de outra forma, absoluta comportando exceção.

Não se pode olvidar que, as vítimas, sujeitos passivos do delito em comento, por estarem em desenvolvimento físico e psíquico, merecem uma tutela penal específica, distinta das pessoas em geral. De forma a justificar a diferença do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, este visa proteger a vulnerabilidade do menor de 14 anos e não a sua liberdade sexual, como ocorre no estupro.

Sendo assim, a partir dessa concepção, para a capitulação da conduta do agente ao crime é preciso ter como base a vulnerabilidade do sujeito passivo. Referido bem jurídico encontrou

⁹⁴MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 442.

⁹⁵NORONHA, op. cit., p. 323.

⁹⁶Ibid., p. 325.

espaço após as alterações no Código, como explicitado em capítulo anterior, pois havia a previsão quanto a presunção de violência nos casos em que o abuso sexual envolvia menores de 14 anos.

Com a revogação do artigo que dispunha sobre a presunção, criou-se o tipo penal autônomo do estupro de vulnerável. Entretanto, a discussão que pairava quanto a relatividade ou não da violência não cessou, apenas passou a ser presente no que se refere à vulnerabilidade, ao considerá-la relativa, abriria espaço para análises casuísticas, se absoluta, não haveria espaço para discussões.

A divergência primordial estaria em estabelecer qual das posições seria a mais benéfica e para quem. Até porque, tendo em vista que os adolescentes são aqueles, legalmente considerados, com idade a partir de 12 anos e ao ponderar as alterações que os costumes sofrem no decorrer dos tempos, surge o questionamento: a proteção excessiva, absoluta, ao redor da sexualidade dos menores entre 12 e 14 anos seria apontada como uma forma de repressão sexual ou seria a negativa da sociedade de que há descoberta, ainda que precoce, da sexualidade?

O questionamento é relevante, pois os primeiros relacionamentos amorosos entre os jovens, com idades próximas, auxiliam no crescimento da curiosidade acerca do amor e do sexo, o que faz parte da natureza humana. Por isso, retirar o filtro da moralidade e das ideias de certo e errado concretiza a concepção de que a proteção aos adolescentes seria melhor aplicada por meio do diálogo e não da repressão.

Relativizar a presunção de vulnerabilidade, quando era presente a divergência, como ponto positivo, seria a concessão ao magistrado de margem para análise das peculiaridades de cada caso concreto. Além de que possibilitaria a prolação de decisões de maneira justa e adequada ao suscitado, em conformidade com as provas produzidas nos autos, de acordo com o contraditório e a ampla defesa.

Sem desconsiderar que a reflexão sobre a realidade social deveria ser o instrumento a ser utilizado em toda e qualquer decisão, já que a depender do meio social em que está inserido a vulnerabilidade pode estar mais aparente. No mais, para impossibilitar a impunidade, além da realização de investigação social, a elaboração de laudos por psicólogos seria o meio capaz de indicar a capacidade de entendimento sobre a seriedade do ato praticado.

Nota-se que ser amplamente livre para decidir sobre a prática sexual não era e não é o objetivo primário, ao contrário, busca-se fornecer meios para a tomada de decisão de forma livre. Para isso, utilizar-se-ia da educação sexual com o intuito de tornar o jovem consciente da importância da sexualidade e de seu exercício, bem como das eventuais consequências pela prática sexual de forma irresponsável, como doenças e gravidez indesejadas.

Para a presunção relativa, os fatores primordiais teriam que ser a vontade da vítima, as circunstâncias do caso e a capacidade para o exercício do direito à autodeterminação sexual, analisados casuisticamente. Desta maneira, retiraria a concepção de que a relativização teria como escopo culpabilizar o sujeito passivo a partir da ideia de que a conduta por ele praticada foi o meio facilitador do resultado, além de afastar a discussão sobre a correção ou não do relacionamento sexual precoce.

Para Nucci⁹⁷ seria válido relativizar a vulnerabilidade “no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (...), ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual”. Referido entendimento, além de ter como fundamento a faixa etária estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, também possui como base o princípio da lesividade.

Ademais, também encontra respaldo no princípio da *ultima ratio*, concepção que veda o excesso da utilização do poder punitivo estatal. Este imperativo político-criminal deve ser observado quando a criminalização da conduta praticada for excessivamente desproporcional em comparação à culpabilidade do agente, em consonância com a reprovabilidade do ato e a necessidade da pena.⁹⁸

Especificamente com relação à criminalização, Jareborg, de acordo com Martinelli⁹⁹, estabelece que, para se extrair a eficácia ou não da criminalização, deveria ser analisado dentre outros princípios, o da humanidade. Por meio do qual, tanto os interesses da vítima quanto do agente deveriam ser levados em consideração, justamente para evitar a revitimização ou uma sobrecarga penalizadora desnecessária.

Com isso, sem descartar a autonomia individual e a autodeterminação, caberia ao “Estado restringir somente comportamentos prejudiciais à harmonia social e possibilitar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, de modo que cada um tenha condições de fazer escolhas para si autonomamente”¹⁰⁰. O Estado, a partir dessa premissa, concederia condições para o desenvolvimento adequado, de modo que cada indivíduo eficazmente decidiria de forma livre sobre si, sem ferir direitos alheios.

De forma que, caso o meio social entenda que a escolha privada não é a melhor, em decorrência dos princípios acima explicitados, outros meios diversos da criminalização deveriam ser observados. Sendo assim, não seriam desconsideradas as modificações

⁹⁷NUCCI, op. cit.

⁹⁸JAREBORG apud MARTINELLI, op. cit., p. 53-54.

⁹⁹Ibid., p. 54.

¹⁰⁰Ibid., p. 55.

comportamentais ocorridas na sociedade, principalmente no que se refere aos namoros precoces e as relações sexuais consentidas entre jovens com idades próximas, de 13 e 17 anos, por exemplo.

Seguindo esta linha, antes da modificação legislativa que transformou a presunção de violência em presunção de vulnerabilidade, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰¹ proferiu decisão adotando a presunção relativa como a adequada nos casos em que fora comprovado a existência de relacionamento amoroso prévio entre o acusado e a adolescente, posição proferida nos seguintes termos:

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

Ao analisar que a jovem era adolescente, na época dos fatos, contava com 13 anos, o julgador aplicou a presunção relativa de violência, fato que permitiu a análise do caso concreto de forma ampla. Após considerar a idade da menor e a comprovada existência de relacionamento amoroso, decidiu pela absolvição do acusado, apesar de não haver menção à idade deste.

Vale consignar o julgamento sobre a conduta da adolescente, na utilização do argumento de que não seria suficientemente inocente para permitir a punição do réu, afirmação que deve ser amplamente rechaçada. Nota-se que o ponto, notadamente negativo, de quando imperava a divergência quanto a modalidade de presunção era o fato da desproteção ocasionada pela insegurança de qual entendimento seria adotado pelo magistrado.

¹⁰¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 637361/SC 2004/0036666-5*, 6.a T., relator: Og Fernandes, 01.06.2010, v.u. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5/inteiro-teor-15029402>>. Acesso em: 30 out. 2021.

Outrossim, em defesa da relatividade, tem-se o argumento que utiliza como base o art. 68 da Lei nº 12.594/2012¹⁰², que consagra a possibilidade de visita íntima para o adolescente submetido à medida socioeducativa de internação, somente nos casos em que comprovar possuir união estável ou ser casado. E, em consonância com o dispositivo, em dezembro de 2020, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) aprovou Resolução¹⁰³ reafirmando à possibilidade de ocorrência da visita íntima, nas hipóteses descritas.

O direito à visitação possui como principal finalidade assegurar e manter o adolescente infrator em contato com sua família, medida que visa à promoção da ressocialização. Entende-se que, no momento em que o Estado assegurou tal direito, reconheceu também a existência de núcleos familiares, ainda que precoces, formados por aqueles que estão em conflito com a lei e que podem, inclusive, serem pais ou mães.

O entendimento acima exposto, concernente a união estável e ao casamento, estava fundamentado na legislação civilista, tendo em vista que havia a previsão autorizativa da realização do casamento antes de completar os 16 anos. Porém, desde que fosse para evitar a imposição ou cumprimento de pena ou ainda em caso de gravidez.

Entretanto, a primeira exceção, restou tacitamente revogada pela Lei nº 11.106/2005¹⁰⁴, responsável pela revogação expressa do inciso VII do art. 107 do Código Penal, dispositivo que impunha, como causa de extinção da punibilidade, o casamento da vítima com o estuprador. Preceito que era altamente dotado de concepções machistas e patriarcais, pois, ainda que indiretamente, considerava o casamento precoce como meio capaz de restaurar a dignidade da mulher, diante da violação do costume vigente à época.

Com isso, até meados de 2019, antes da Lei nº 13.811/2019¹⁰⁵, vigorava no ordenamento jurídico pátrio apenas uma exceção quanto a possibilidade de casamento antes de atingida a idade núbil, previsão que focava na família que estava em formação e no melhor interesse da criança que estava sendo gerada. Todavia, desconsiderava o melhor interesse da genitora.

O casamento realizado entre aqueles com idade inferior a 16 anos encontrava inúmeras barreiras, pois era responsável por gerar evasão escolar, normalizar a gravidez precoce e inserir o jovem no meio adulto antes do momento adequado. Tudo baseado na ideia de que a união

¹⁰²BRASIL. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁰³ ANGELO, Tiago. *Resolução do Conanda não autoriza visita íntima a menor infrator de 12 anos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/resolucao-conanda-nao-autoriza-visita-intima-menor-12-anos>>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁰⁴BRASIL. *Lei nº 11.106/2005*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5>. Acesso em: 09 out. 2021.

¹⁰⁵BRASIL. *Lei nº 13.811/2019*, de 12 de março de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm#art1>. Acesso em: 09 out. 2021.

seria benéfica, concepção que silenciava o ciclo de violência, por estar de acordo com a cultura moralista do meio social e pela expectativa de que haveria uma melhora na qualidade de vida.

Desconsiderava-se a complexidade e profundidade do tema, visto que, além da imaturidade para a tomada da decisão, quanto mais tenra fosse a idade mais submissa, frágil e vulnerável seria e a escola estaria pautada na gravidez, o que dificultaria a manutenção da vida conjugal. A vida da jovem era redirecionada à uma vida de afazeres domésticos e cuidados dos filhos, lógica que era legitimada pela legislação vigente.

Todavia, atualmente, de acordo com a lei civilista a idade núbil é de 16 anos, sem exceção, marco que deve ser aplicado, por analogia, à união estável. Com isso, os adolescentes de até 15 anos incompletos, não possuem o direito à visita íntima, por não preencherem os requisitos presentes na legislação, o que fez o argumento supramencionado, a favor da presunção relativa, perder força.

Porém, não se pode olvidar, que a partir dos 12 anos a pessoa “tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o art. 271-A do Código Penal”¹⁰⁶.

Em compensação, ao considerar que “a lei não se pode tornar cúmplice do réu na frouxidão e na dissolução dos costumes”¹⁰⁷, consagra-se o entendimento acerca da vulnerabilidade absoluta, sob o argumento da escolha objetiva utilizada pelo legislador na eleição da faixa etária, “menor de 14 anos”.

Este caráter objetivo etário adotado no momento da edição do tipo penal, não deixaria opção ao magistrado para decidir sobre a ocorrência ou não do estupro de vulnerável. Haveria, apenas, a aplicação da lei ao caso concreto, após a devida comprovação da idade da criança ou adolescente no momento da prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso.

Desse modo, dispensar-se-ia análises circunstanciais, sobre qualquer outro elemento, como o consentimento ou a existência de relacionamento amoroso prévio. Em consonância com esse entendimento, Rogério Greco¹⁰⁸ esclarece que “o tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos”, de forma que, ao praticar a conduta descrita, a sanção penal deve ser aplicada.

É importante considerar que a definição de modo objetivo da faixa etária possui como

¹⁰⁶NUCCI, op. cit.

¹⁰⁷NORONHA, op. cit., p. 323.

¹⁰⁸GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 13. ed. V.III, Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 85.

condão consagrar a proteção de crianças e adolescentes contra abusos. Mas, vê-la como o meio adequado para retardar o início do exercício da sexualidade, quando dentro do relacionamento amoroso de adolescentes com idades próximas, pode não ser o mais eficaz.

Como está sendo amplamente exposto no presente trabalho, abster-se de falar sobre o assunto com os jovens, por considerar imoral ou inadequado para o momento, não irá fazer com que a prática não ocorra. De modo que, conceder a eles a informação, de maneira compatível com a faixa etária, é o método que possibilitaria nascer a semente da dúvida ou da certeza quanto ao início da sexualidade.

Ademais, outro ponto importante sobre o tipo penal, é a desnecessidade de violência ou grave ameaça para a caracterização da conduta e da dispensabilidade da comprovação do consentimento. Elementos presentes no crime de estupro e descartados no estupro de vulnerável, justamente por ter como foco pessoa em desenvolvimento e, que, portanto, possuem a carência do recebimento de uma maior proteção da norma.

Como dito, a presunção absoluta, retira a margem de análise do caso concreto e da realidade do meio social, as modificações nele sofridas são descartadas, impondo com a certeza de que todo menor de 14 anos é vulnerável.

Afirma-se que, todos os abrangidos pela faixa etária, não possuem capacidade de discernimento, não havendo distinção entre criança e adolescente, dentro da faixa etária de 12 a 14 anos. Portanto, todo aquele, sem exceção, que realizar qualquer ato sexual, englobando o libidinoso, com menor, comete crime ou ato infracional análogo ao crime, desde que tenha conhecimento da idade deste.

A inaceitabilidade de produção de prova em contrário, de acordo com Mirabete¹⁰⁹, é justificada pelo fato de que embora o adolescente, em determinados casos tenha maturidade, informação e conhecimento para o exercício livre de sua sexualidade “na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstância de que o menor de 14 anos não pode validamente consentir [...]”, isto que fundamenta, corretamente, a nulidade do consentimento.

Porém, a rigidez, para os que defendem a relatividade da presunção, estaria em contraste com o princípio da não culpabilidade, previsto no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88¹¹⁰. Esta presunção de inocência determina como regra probatória “a imprescindibilidade da comprovação efetiva dos fatos pelo órgão acusatório, não admitindo qualquer presunção de

¹⁰⁹MIRABETE, op. cit., p. 441.

¹¹⁰BRASIL, op. cit., nota 34.

fatos, especialmente daqueles que possam acarretar prejuízo ao acusado”¹¹¹.

Por ser o meio de cautela que rege a justiça, com o intuito de prevenir a indicação de culpados de forma antecipada. Presume-se que o acusado não é o culpado pela prática do delito, até que se estabeleça prova em contrário, tendo como marco final o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos¹¹², prevê o princípio da presunção de inocência, dispondo em seu art. 11, item 1. Com isso, há todos deve ser fornecido “[...] o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”, consagrando-se, assim, o benefício da dúvida.

E Convenção Americana dos Direitos Humanos¹¹³, ao prever a presunção de inocência, enumera em seu art. 8º, item 2, um rol de garantias que deverão ser adotados, objetiva-se evitar a restrição da liberdade de forma precipitada e desnecessária. Com isso, quando não houver os requisitos autorizadores das prisões cautelares, determina ao aplicador da lei uma regra de tratamento para que olhe o acusado como inocente/não culpado, até o momento em que for demonstrado o oposto.

Lado outro, os princípios constitucionais, em regra, não são absolutos, inclusive, a não culpabilidade, de modo que pode sobre limitações. Desta maneira, quando houver conflitos entre direitos, em determinado caso concreto, a própria Constituição irá dispor de meios para solucionar a colisão ou, caso não o faça, caberá ao intérprete observar qual diretriz deverá prevalecer.

Porém, neste último caso, devido ao grau de importância dos direitos e garantias fundamentais, a limitação possui exceção. Ou seja, deve ser feita somente na amplitude estritamente necessária para proporcionar adequação à demanda, sem restringir mais do que o essencial para solucionar o conflito. Para isso, não deve ser desconsiderado outros direitos previstos, como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade, principalmente, em prol do interesse da criança e do adolescente vítima do abuso sexual.

Efetuar a análise do caso concreto sob outra perspectiva, em observância as mudanças sociais vigentes à época dos fatos, é exemplo de outro elemento que pode ser utilizado pelo magistrado para a expedição da sentença condenatória, além do exame do discernimento sobre

¹¹¹CARVALHO, op. cit., p. 131.

¹¹²ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 out. 2021.

¹¹³ONU. *Convenção Americana dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

o ato sexual e a vontade livre manifestada por ambos os envolvidos, quando possuírem idades próximas, bem como outros requisitos específicos que serão descritos adiante.

Sob essa óptica, ao considerar o meio social em que estão inseridos os envolvidos, aplicar-se-ia o princípio da adequação social da conduta. De maneira que, caso fosse constatado que a não aplicação da sanção penal não violaria o sentimento da população por justiça, poderia o fato, embora tipificado em lei, passar a ser atípico, por ausência de tipicidade material. Tal entendimento estaria em consonância com o princípio da subsidiariedade do direito penal.¹¹⁴

De toda forma, quem denuncia a violência sexual se vê cercado por julgamentos, sendo certo que, o estupro é, sem dúvidas, o único crime em que a vítima se culpa, a sociedade a culpa e o judiciário a julga, o que não está restrito apenas àqueles com capacidade completa.

O (a) menor de 14 anos, por estar mais suscetível a sofrer coação física e psicológica, por ausência de compreensão completa da gravidade do que ocorreu, demora a identificar o abuso e, conseqüentemente, há um retardo em efetivar a denúncia, outro ponto que reforça a importância da educação sexual.

A identificação das condutas abusivas é o primordial a ser feito, diante da dificuldade em observar quem são os predadores sexuais, pedófilos, conhecidos que adquirem confiança da vítima e da família. Por isso, apurar a percepção sobre mudanças comportamentais que podem transparecer, ainda que indiretamente, que algo está fugindo da normalidade, auxilia na identificação das condutas abusivas.

Assim, se após proceder com a narrativa dos fatos houver a subsunção, haverá condenação do acusado, mediante a incontroversa relação sexual entre ele e o (a) menor. Porém, quando da realização do encaixe da conduta ao tipo penal “é indispensável cautela, a fim de se evitar enquadramentos dissonantes com a real intencionalidade do autor do crime”¹¹⁵.

Analisar o comportamento dos envolvidos, seria a maneira que “melhor forneceria substrato a admissibilidade ou não da validação do consentimento ofertado pelo jovem”¹¹⁶. Mas, poderá impor a valoração sobre a conduta da vítima e, somente depois proceder com o exame do julgamento acerca dos atos praticados pelo abusador, fato que poderia caracterizar um retrocesso. Por isso, a observância das condutas também deveria encontrar restrições às situações específicas, a fim de que se evite arbitrariedades.

Do mesmo modo, em desacordo com o caráter geral e abstrato, fazer com que o direito

¹¹⁴MASSON, op. cit., p. 41.

¹¹⁵BARRETO, Kizz de Brito. *Sexualidade infanto-juvenil: a proteção da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 68.

¹¹⁶Ibid., p. 50.

penal se molde às especificações de cada localidade, abriria brechas legislativas. E isso, em uma sociedade de cultura sexista, fomentaria condutas violentas e abusivas com respaldo em entendimentos jurídicos contraditórios, como o julgado descrito acima.

Deve-se buscar a desvinculação do julgador e da sociedade às formas de “justificar” a conduta do réu, retirando pré-conceitos arraigados: “não era inocente o suficiente”, “era madura para a sua idade”, “não foi o primeiro parceiro sexual”, “a todo momento estava provocando”, “com aquela idade não deveria estar andando na rua àquela hora, era de se imaginar que algo assim aconteceria”, “não denunciou antes e continuou convivendo com ele, na certa estava gostando”, “não acredito que ele faria isso com ela, ele sempre me tratou tão bem”, “ela escolheu beber com eles”, dentre outras.

A prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menores deve ser reprovada e, referida concepção, não deve se modificar com as mudanças da sociedade, dos costumes e do estilo de vida que cada um adota na esfera particular.

Inclusive, a precocidade sexual atual deve ser vista como sinônimo da necessidade de estabelecer maior proteção, para que se evite o “desrespeito à liberdade da pessoa em desenvolvimento de efetivar as descobertas da sexualidade motivadas pela ação livre de escolha”¹¹⁷, proporcionando, com isso, o livre exercício da sexualidade de modo seguro e consciente, para os adolescentes.

Mas, especificamente quanto às crianças, até 12 anos incompletos, sempre estará configurado o estupro, pois, além de estarem em uma fase embrionária do seu desenvolvimento, possuem uma “inaptidão anatômica e fisiológica para a vida sexual, constituindo-se em verdadeira aberração biológica tal prática”¹¹⁸, a denominada pedofilia.

Desta forma, não há como haver compreensão sobre à sexualidade, de forma a ser descartada qualquer possibilidade de emitirem um consentimento apto ao ponto de ser considerado válido.

Sem dúvidas, a presunção também não deixaria de ser absoluta quando estiver caracterizada violência ou grave ameaça ou qualquer outro meio capaz de mascarar a real vontade da vítima, como a promessa de casamento futuro, apesar de não serem requisitos essenciais para a caracterização do delito.

No mais, não deve haver controvérsia como quando os envolvidos possuírem grande diferença de idade, visto que a experiência de vida e a malícia são e devem ser censuradas socialmente.

¹¹⁷BARRETO, op. cit., p. 52.

¹¹⁸CARVALHO, op. cit., p. 147.

Mas, com relação aos adolescentes com idade abarcada pelo tipo penal em comento, os que possuem faixa etária entre 12 e 14 anos, não há como desconsiderar o desenvolvimento psicosssexual decorrente das transformações fisiológicas que marcam a puberdade, fase que os diferenciam das crianças. Sem descartar que a maturidade sexual não será atingida de um dia para o outro, no momento em que fazem aniversário, e nem mesmo que ocorre de forma objetiva e igualitária para todos, sendo um processo de difícil precisão.¹¹⁹

Inclusive, para que a relação sexual consentida ocorra de forma segura e saudável, curiosidade que é inata ao jovem adolescente, diante da curiosidade natural que possuem, deve-se ter cautela para que “não seja desvirtuada e manipulada pelo hebéfilo (predador sexual do adolescente)”¹²⁰.

Por isso, apesar do repúdio à prática sexual entre adultos e adolescentes, não deve ser desviado o foco que estes possuem desenvolvimento fisiológico diverso quando comparados com as crianças, por mais complexa que pareça essa análise, “é crucial não permitir que escape aos olhos da sociedade essa sexualidade potencial e efetivamente ativa na adolescência”¹²¹.

Assim, observada a concordância sem vícios, ou seja, com discernimento, deveria ser mantida a punição? Estaria ainda o adolescente sempre em situação de vulnerabilidade? Atualmente, aqueles que possuem idade entre 12 e 14 anos devem ou não serem considerados maduros na esfera sexual?

Para responder os questionamentos, é necessário considerar a dificuldade na demonstração da capacidade de decidir sobre a vida sexual, ou seja, que haveria realmente o discernimento para a tomada de decisão, daqueles com idade entre 12 e 14 anos. Já que, a mera dedução não concede ao judiciário a possibilidade de determinar a atipicidade da relação sexual praticada.

Ressalta-se que, diante das divergências expostas, com objetivo de promover a segurança jurídica e findar com as discussões, doutrinárias e jurisprudenciais, quanto ao caráter de presunção de vulnerabilidade. E, como consequência, estagnar as oscilações de entendimentos, modificações legislativas foram elaboradas, com o intuito de salvaguardar as vítimas, estabeleceu-se uma conduta negativa, como regra, para não manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com o menor de 14 anos, em geral.

Com isso, em 2015, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo de nº

¹¹⁹Ibid., p. 150.

¹²⁰BARRETO, op. cit., p. 41.

¹²¹Ibid., p. 49.

1.480.881/PI¹²², a terceira seção do Superior Tribunal de Justiça sedimentou a jurisprudência dominante, de forma a consagrar a presunção absoluta com relação ao estupro de vulnerável. Desta maneira, com o intuito de demonstrar as peculiaridades do caso concreto, para posterior análise da exceção de Romeu e Julieta, vale transcrever parte da ementa do referido acórdão:

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 Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal 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 [...] 2. No caso sob exame, já sob a observância 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 com 8 anos. [...] 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. [...] 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.

Importante ressaltar algumas peculiaridades do julgado acima, o agente iniciou os contatos íntimos com a jovem quando ela era uma criança, com apenas 8 anos de idade, de início com a prática de atos libidinosos, com a posterior consumação da conjunção carnal, quando a “menor” atingiu 11 anos.

Apesar de denominar os abusos como se namoro fosse, é grande a diferença de idade existente entre ambos, visto que o réu contava com 25 anos. Com isso, caso considerasse o “relacionamento” como adequado socialmente estaria em total desconformidade com os preceitos básicos de proteção da criança, que é absolutamente vulnerável em várias áreas, principalmente, na esfera sexual.

Desse modo, tendo como base referido entendimento, em 2017, a Súmula nº 593 do

¹²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1480881 PI 2014/0207538-0*, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETII CRUZ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864072680/recurso-especial-resp-1480881-pi-2014-0207538-0>. Acesso em: 09 nov. 2021.

Superior Tribunal de Justiça¹²³ foi aprovada. Inteligência que promoveu o destaque a posição já presente em julgamentos anteriores, de que o estupro de vulnerável estaria configurado apenas com a comprovação de que as condutas descritas no tipo penal foram praticadas.

Concretizou, com isso, o descarte da necessidade de demonstração do consentimento da vítima, se possuía experiência sexual pretérita ou relacionamento amoroso com o agente. É inquestionável, portanto, a adoção pela presunção absoluta de vulnerabilidade para todos os menores de 14 anos.

Com esse mesmo raciocínio, a Lei n° 13.718/2018¹²⁴ acrescentou ao art. 217-A do Código Penal o parágrafo 5°, para fazer constar expressamente o mesmo entendimento descrito no preceito sumular. Isto é, que para a conduta constituir crime independe do consentimento da criança ou do adolescente, além de ser irrelevante o fato da vítima ter ou não mantido relações sexuais em momento anterior à prática do delito.

Após as referidas disposições não há mais divergência quanto a presunção de vulnerabilidade, contudo, levantar o questionamento quanto aos adolescentes no atual momento social é capaz de estabelecer mudanças de entendimentos em determinados casos concretos, que se diferem de julgados semelhantes ao acima transcrito, desde que preencham alguns requisitos pré-determinados. Tal medida possibilitaria a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta como forma de descaracterizar o “estupro bilateral”, institutos que serão analisados no próximo subcapítulo.

3.1. A precocidade sexual como fator originário do “estupro bilateral” e a (im)possibilidade da aplicação da Exceção de Romeu e Julieta

Tanto as crianças quanto os adolescentes possuem em comum o fato de estarem em desenvolvimento, o que justifica a criminalização em apartado das condutas que violam a dignidade sexual dos maiores de 18 anos. Mas, a junção de crianças e adolescentes, como eventuais sujeitos passivos, em um mesmo tipo penal faz surgir a dificuldade de compatibilizar as liberdades individuais, como o direito à autodeterminação sexual.

Desta forma, deve-se diferenciar o exercício das liberdades de acordo com as fases de desenvolvimento infanto-juvenil, para que se continue a consagração da proteção do bem

¹²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 593*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

¹²⁴BRASIL. *Lei n° 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1>. Acesso em: 07 nov. 2021.

jurídico tutelado pelo tipo penal, vulnerabilidade, e a proteção integral, sem limitar o exercício de direitos indevidamente.

Com as alterações na legislação, a moral e os costumes cederam lugar à liberdade e a dignidade sexual, contudo, o direito penal continua por desautorizar o livre exercício da sexualidade pelos adolescentes, menores de 14 anos. Apesar de buscar a preservação do desenvolvimento regular (e socialmente aceito), referida conduta se contrapõe com a aceitação da sexualidade quando exercida, o que demonstra a dificuldade em separar, na prática, os julgamentos das concepções morais.¹²⁵

Não obstante estarem em de desenvolvimento, tal condição não os reduz a objetos. E, por serem detentores de direitos, deve ser assegurado o devido acompanhamento e orientação para o exercício da liberdade de modo seguro. Com isso, diferenciar a análise do consentimento quando o ato sexual é praticado entre dois adolescentes e entre o adulto e o adolescente pode ser tido como o ponto que compatibilizaria o direito fundamental à autodeterminação sexual com a proteção da vulnerabilidade.

Pois, é natural que os adolescentes estejam descobrindo a sexualidade ao mesmo tempo, apesar de precoce, não deixa de ser mais seguro e adequado que a relação ocorra entre eles. Entretanto, há imputação de condutas de modo genérico e abstrato pelo legislador e, inclusive, pela sociedade “para que a mesma não se processe de maneira desorganizada, desestruturada e não aceita pela coletividade”¹²⁶, o que pode ser compreendido como um modo de censura velada, disfarçada de (excessiva) proteção.

A partir dessa ideia surge a figura doutrinária conhecida como “estupro bilateral ou recíproco”, que estaria caracterizada quando dois adolescentes, menores de 14 anos, mantivessem relação sexual, ainda que mutuamente consentida. Nesse sentido, em sendo observada a aplicação da lei de forma crua, “ato infracional cometerão ambos os adolescentes, um contra o outro”¹²⁷, diante da desnecessidade de análise da violência e de outros elementos.

Para Masson¹²⁸, referida criação doutrinária não dispõe de fundamento jurídico, tendo em vista que o papel primordial do estupro de vulnerável é a proteção das crianças e dos adolescentes contra atos praticados por aqueles que possuem maior discernimento e que, por isso, utilizariam suas experiências para aproveitar da fragilidade daqueles.

¹²⁵ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. *Boletim IBCCRIM*. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4987/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

¹²⁶GAUDERER, op. cit., p. 94.

¹²⁷NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Estupro Bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCRIM*. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4854/>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

¹²⁸MASSON, op. cit.

Em decorrência do raciocínio supramencionado, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso, entre duas pessoas consideradas vulneráveis, não seria capaz de caracterizar infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, haja vista que a situação que o legislador visou reprimir não estaria presente.

Outrossim, ao considerar que fazer justiça é diferente de ser técnico, mesmo diante da desnecessidade de análise do consentimento no estupro de vulnerável, a nomenclatura “estupro bilateral” é inadequada, já que estaria sendo usada para denominar o ato sexual consentido livremente entre dois adolescentes. E o significado de “estupro” é justamente o oposto, isto é, ausência de concordância de um dos envolvidos.

Quanto à criminalização ou não da conduta, basta observar o caso de acordo com o princípio da lesividade, sendo possível constatar a ausência de efetiva lesão ao bem jurídico. Diante disso, de qualquer modo, descaracterizaria a referida bilateralidade e necessidade de intervenção do direito penal.

Com a inaplicabilidade da sanção não se busca afirmar que a sexualidade ativa dos adolescentes, menores de 14 anos, deverá ser normalizada na sociedade, mas sim alcançar o reconhecimento de que está cada vez mais comum o seu exercício. E, por isso, afirmar que em nenhuma hipótese poderá exercer a sua sexualidade, inclusive, com outro de igual ou similar faixa etária, acaba por desconsiderar que o diálogo seria mais benéfico ao invés de determinar a interferência da legislação penal.

Não obstante a divergência quanto a nomenclatura e a possibilidade de punição, como descrito acima, o exame do “estupro bilateral” é feito quando a relação ocorre entre dois vulneráveis. Mas, quando há relacionamento amoroso entre dois jovens impúberes e, posteriormente, um deles ultrapassa o marco legal de 14 anos, a manutenção da relação, com a continuidade da prática consentida do ato sexual deveria ser considerada conduta típica? E se a resposta for positiva, punir o jovem, que não é mais vulnerável legalmente, é o que o senso social de justiça aguarda?

A compreensão pela busca da efetiva e verdadeira justiça que deverá ser aplicada ao caso concreto deve ser balanceada com a garantia de proteção à vítima ao mesmo tempo em que evita a violação dos direitos do acusado. E, a partir desse entendimento, surgiu a Lei de Romeu e Julieta, como é originalmente conhecida, esta seria a responsável pela modificação no estudo sobre a vulnerabilidade, com o intuito de impedir a criminalização da descoberta da sexualidade.¹²⁹

¹²⁹SARAIVA, João Batista Costa. *O “depoimento sem dano” e a Romeo and Juliet Law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP.* Disponível

A Lei ou Exceção de Romeu e Julieta recebe tal denominação inspirada no clássico romance de Shakespeare, de igual nome, nele, a personagem Julieta é descrita como uma adolescente de 13 anos, portanto, vulnerável, de acordo com a legislação nacional, enquanto Romeu possui 17 anos. O livro narra a história de amor proibido, não pela idade, mas por rivalidades familiares, entre os dois jovens, que chegam a se casar e consumir o ato sexual.

Adotada em alguns estados norte-americanos, a Exceção é aplicada nos casos em que há o envolvimento sexual consentido entre duas pessoas, em que uma está abaixo da idade para ter o consentimento válido considerado, e outra, é um jovem adulto, sendo que entre ambas há pouca distinção de idade. Com relação a esta diferença etária, há variação de 2 a 5 anos a depender do estado, além de haver modificação na idade em que o consentimento será validado, com alteração entre 16 e 18 anos.¹³⁰

No ordenamento jurídico nacional, caso fosse aplicada ao caso concreto, a Exceção seria uma causa excludente da tipicidade material da conduta, ao ponderar pelo reduzido dano efetivo à sociedade, bem como pela mínima reprovabilidade do comportamento, com o afastamento da concepção moral da precocidade sexual, que não deve ser usada como fundamento para punir o acusado.

No mais, a utilização do referido instituto estaria em completa concordância com o princípio da mínima intervenção do direito penal, diante da desnecessidade de interferência do ramo nas relações afetivas, nos casos em que não houver lesão ao bem jurídico tutelado.

Entretanto, após a edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça e a inserção do §5º ao art. 217-A do Código Penal, a presunção absoluta de vulnerabilidade está amplamente consolidada, fato que impossibilitaria a admissão da Exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico nacional. Com base nisso e contrário a aplicação da Exceção, Masson¹³¹ dispõe que “a ninguém é dado o direito de relacionar-se sexualmente com menores de 14 anos, ainda que exista consentimento do ofendido ou relacionamento amoroso entre os envolvidos”.

O autor, da mesma maneira que o tipo penal, não distingue as crianças dos adolescentes, inclusos na faixa etária de até 14 anos. Por certo, não há discussão acerca do ato sexual praticado com o menor de 12 anos incompletos, o consentimento, nesses casos, quando fornecido, deve ser amplamente desconsiderado e a aplicação da lei é à medida que se faz adequada. Sobre esta

em:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5716753/mod_resource/content/0/SARAIWA%20Jo%C3%A3o%20Batista%20Costa.%20O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20Romeo%20and%20Juliet%20Law..pdf>. Acesso em: 14 nov. 2021.

¹³⁰LEGAL DICTIONARY. *Romeo and Juliet Laws*. Disponível em: <<https://legaldictionary.net/romeo-and-juliet-laws/>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

¹³¹MASSON, op. cit.

necessária distinção, Adelina Carvalho¹³² explicita:

Diversa, contudo, a situação do menor situado na faixa etária de 12 anos completos a 14 anos incompletos, isto é, a chamada fase pré-púbere, período que antecede a adolescência e, portanto, fase em que já iniciam, de forma mais intensa para uns e menos para outros, transformações psicofisiológicas relevantes, certo que estar não ocorrem em razão de uma simples passagem de data natalícia, mas fruto de um processo lento. Plenamente possível, assim, que o menor, entre 12 e 14 anos de idade, possa apresentar sinais definidores da puberdade que assegurem biologicamente a prática de ato sexual, caso em que deverá ser avaliado seu desenvolvimento psicosssexual.

Assim, não pode ser descartado que é natural que dois adolescentes estejam descobrindo a sexualidade em momentos semelhantes, por isso, “embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar mais precoce dos desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado”¹³³. Com fulcro nesse entendimento, no direito comparado, existe o instituto protetivo da Exceção de Romeu e Julieta.

Contudo, como as disposições constantes no ordenamento jurídico pátrio foram editadas com base em relações sexuais envolvendo um adulto e um vulnerável, por isso, devem prevalecer, diante da capacidade de entendimento discrepante entre ambos. Entretanto, em que pese a edição do entendimento sumular, é preciso fazer a distinção dos casos concretos que fomentaram sua elaboração com aqueles que envolvem um adolescente e um jovem adulto, em que ambos estão em desenvolvimento.

Tal diferenciação deve ocorrer, já que o adulto possui o discernimento de que tem uma vantagem superior sobre o adolescente, de modo que há, sem dúvidas, maior capacidade de sedução, o que leva o jovem a ceder as investidas recorrentes e, conseqüentemente, acaba camuflando a sua real vontade. Porém, sendo dois jovens, o exame das diferenças de discernimento entre ambos não é tão discrepante.

Aplicar a medida socioeducativa de internação a este adolescente com a justificativa de querer educá-lo, é desproporcional. Se o objetivo for realmente educá-lo, deve ser aplicada alguma medida de proteção, como a determinação de participar de grupos de apoio a sexualidade precoce, para evitar que fique chancelado como delinquente. Assim, caso se entenda que a prática sexual seja vista como ato infracional, o entendimento deve se adaptar, para fornecer uma resposta à sociedade adequada e necessária.

¹³²CARVALHO, op. cit., p. 148.

¹³³Ibid., p. 151.

Destaca-se que quando se admite a aplicação da Exceção, reafirma a tese que a tutela promovida pelo tipo penal não é da liberdade, mas sim da vulnerabilidade, e esta, por sua vez, não estaria sendo violada, o que permitiria a adequação ao caso concreto. Por conseguinte, ao retirar todo o livre exercício da sexualidade dos adolescentes, em casos específicos, poderia o Estado estar se preocupando com bem jurídico diverso do eleito pelo legislador, bem jurídico este que será objeto de análise no próximo capítulo.

4. OS DIFERENTES ASPECTOS DA TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL FRENTE AO DELITO DE ESTUPRO E AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Não há dúvidas de que “todo delito, ainda que privado, ofende a sociedade, mas nem todo delito tenta a sua imediata destruição”¹³⁴, esta concepção é claramente observada nos crimes que atentam contra a dignidade sexual. Visto que, estes, apesar do caráter pessoal e íntimo que possuem, inflamam o senso de justiça da coletividade que clama por uma punição justa e adequada.

De forma que, a criminalização da conduta presente nos tipos penais relacionados à dignidade sexual é indiscutivelmente necessária, principalmente, com relação ao estupro de vulnerável, pelas características do sujeito passivo. Sendo certo que outros ramos do direito não teriam êxito em coibir a prática delituosa de forma menos gravosa e ao mesmo tempo efetiva, por isso, os bens juridicamente tutelados nos dispositivos merecem receber maior proteção.

Em decorrência do sistema jurídico fundado no *civil law*, a fonte primária do direito é a lei, apesar de evitar casuísmos e auxiliar a efetivação da segurança jurídica, não concede ao julgador a possibilidade de flexibilização de suas decisões de forma ampla, restringindo sua atuação ao texto legal. Lado outro, o poder punitivo é limitado por meio de princípios fundamentais, como a lesividade, para evitar que toda e qualquer conduta que se enquadre no tipo seja punida, visando atingir o ideal de justiça almejado, sem arbitrariedades.¹³⁵

Para consagrar a característica de *ultima ratio* do sistema penal, não é qualquer direito que é considerado como merecedor desta tutela, do mesmo modo que não é qualquer conduta potencialmente violadora que poderá ser sancionada. Leva-se em consideração, para tanto, o bem-estar da coletividade em conjunto com as necessidades de cada indivíduo, como sua autodeterminação, ainda que restrita, objetivando a ordem social.¹³⁶

Referido controle da sociedade, no Estado Democrático de Direito, está direcionado às condutas caracterizadas como desviadas, que adquiriram a qualidade de delito pela observância da sua danosidade social. Esta característica é mutável, variando de acordo com o momento histórico, com isso, para efetuar a indicação da conduta desviante, o Estado possui poder relativo, já que deve corresponder às aspirações sociais.¹³⁷

Em suma, a sociedade também possui parcela de poder para a definição e seleção dos

¹³⁴BECCARIA, op. cit., p. 38.

¹³⁵MARTINELLI, op. cit., p. 14-16.

¹³⁶Ibid., p. 17-18.

¹³⁷BUSATO, op.cit., p. 71.

fatos danosos, escolhidos por meio de critérios, que poderia ser o ético-social, funcionalista ou pela eleição de um bem jurídico. Os dois primeiros são criticados e, por conseguinte, não são adotados, pois ao punir a conduta pela análise ética-social efetuaria a triagem pelos costumes e culturas locais e o critério funcionalista defenderia a conservação do sistema, coibindo condutas que impedissem o regular funcionamento da sociedade.¹³⁸

Ao passo que a adoção do último critério como determinante seria a mais adequada. Assim, para proporcionar maior compreensão sobre os bens jurídicos, Roxin¹³⁹ os compreende como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade [...]”.

Isto é, aqueles bens que merecem uma especial proteção, não como um meio inibidor da liberdade individual, mas sim como uma manifestação da proibição de condutas violadoras de direitos, com finalidade de fomentar a pacificação social, tendo em vista que são oriundos da própria sociedade.

Consequentemente, ao observar o meio social, comportamentos que eram considerados imorais ou inadequados, do ponto de vista conservador, e que, por isso, eram objetos de proteção do direito penal, deixaram de ser. Neste sentido, ainda segundo o autor supramencionado, “os bens jurídicos não têm uma validade natural infinita: preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais”¹⁴⁰.

Com isso, ao passo em que os costumes se modificam, de forma diretamente proporcional, a moralidade também começa a se expressar de outra forma. Em vista disto, comportamentos que antes eram considerados indignos de proteção Estatal, como as profissionais do sexo ou, até mesmo, merecedores de uma repressão mais rigorosa, como ter relação sexual antes do casamento, foram modificados.

Referidas mudanças são derivadas do pensamento da mínima intervenção que o Estado, principalmente, por meio do direito penal, deve ter no exercício de liberdades individuais, inclusive, na esfera sexual, de relevância apenas para os envolvidos. Somente sendo admitida a interferência para prevenção ou repressão de lesões.

Rechaça-se, dessa maneira, o moralismo legal, compreendido como a criminalização de “condutas para prevenir ações simplesmente porque tais condutas são inerentemente

¹³⁸Ibid., p. 72.

¹³⁹ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, [e-book].

¹⁴⁰Ibid.

imorais”¹⁴¹. Pois, com esse entendimento, descartaria a individualidade da pessoa e imputaria a ela o que a moral da coletividade entende como correto e bom, em determinada época, forçando condutas e pensamentos isonômicos.

A desconsideração de condutas tidas como imorais, ou até mesmo contrárias a ideais religiosos, surge da compatibilização da necessidade da intervenção estatal com a necessidade da pena, consagrando o limite ao poder punitivo estatal concretizado pelo bem jurídico tutelado pela norma.¹⁴²

Não pode ser desconsiderado, porém, que a imoralidade está presente em todos os tipos penais, mas nem todo ato imoral, por si só, deve ser punido, quando não houver violação ao bem jurídico tutelado. De forma contrária, de acordo com Martinelli¹⁴³, estabelece o princípio da moralidade, que preconiza como fundamento a preservação de uma condição de vida, impondo a moralidade pelo direito, não importando a ocorrência ou não da lesão concreta.

Sustenta-se, por meio desse princípio, que a inexistência de uma moral social comum, é capaz de desaguar em comportamentos que atingiriam a paz da coletividade. E argumenta que as mudanças e aceitações das condutas, não teriam sido aceitas, mas apenas toleradas.¹⁴⁴

Embora tanto o direito quanto a moral descreverem regras comportamentais, caso o Estado agisse no sentido de impor sanção a algo imoral apenas, estaria distante dos parâmetros constitucionais de proteção do bem jurídico e de princípios importantes, como legalidade, lesividade, subsidiariedade, dentre outros. Sendo certo que não cabe ao direito penal controlar e punir condutas, privadas ou públicas, consideradas imorais.

Não há dúvidas que a autonomia individual realiza influência sobre o direito, visto que a restrição à liberdade deve ser mínima. Todavia, a interferência no âmbito pessoal somente deve ser evitada quando envolver pessoas capazes de agir e de entender a consequência dos atos praticados, ao contrário, o Estado deve intervir, diante da incapacidade de exprimir, sem vício, a disposição do bem tutelado.¹⁴⁵

No mais, tendo por base os parâmetros constitucionais, há ampla valorização das liberdades individuais para a promoção da imparcialidade estatal, com a não imposição de comportamentos. Mas, não deixa de ser dever do Estado “propiciar meios para o desenvolvimento pessoal e, como consequência, cada um terá condições de optar pelo melhor

¹⁴¹MARTINELLI, op. cit., p. 25.

¹⁴²BUSATO, op. cit., p. 42.

¹⁴³MARTINELLI, op. cit., p. 40.

¹⁴⁴Ibid., p.42.

¹⁴⁵Ibid., p.27.

caminho”¹⁴⁶, como por meio da educação sexual.

Definir o bem jurídico em observância aos valores constitucionais de determinado direito, por meio do conceito jurídico-constitucional, de acordo com Busato¹⁴⁷, não fornece segurança. Haja vista que a norma, ainda que constitucional, pode não estar em conformidade com os anseios da sociedade.

Todavia, admite-se a Constituição como referencial negativo, isto é, se um direito não está nela previsto como essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade, excluído estaria também da proteção do direito penal de mínima intervenção.¹⁴⁸

Destaca-se ainda que não são todos os direitos constitucionalmente previstos que recebem a proteção do direito penal, em consonância ao seu caráter subsidiário. Contudo, para uma conduta ser criminalizada deverá estar prevista na Constituição.¹⁴⁹

Com relação aos crimes sexuais, tanto o estupro como o estupro de vulnerável estão situados sob a égide da dignidade sexual e, de forma mais ampla, da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, prevista no art. 1º, inciso III da CRFB/88¹⁵⁰.

Dignidade esta que se difere da liberdade sexual exercida pelas plenamente capazes, haja vista que, os vulneráveis, com destaque aos menores de 14 anos, apesar de fruírem de dignidade sexual, não possuem ampla liberdade para o seu livre exercício. Concepção que se aplica também aos adolescentes inclusos nessa faixa etária, quais sejam, os menores com idade entre 12 e 14 anos.

A sexualidade, inerente a todo e qualquer ser humano, está atrelada a dignidade sexual, por isso, a legislação não se fundamenta aos julgamentos morais sobre condutas comportamentais na esfera privada de cada um. Já que, por ser inseparável do homem, compreendido em seu sentido lato, não há possibilidade de ocorrer a perda da dignidade sexual como consequência de alguma ação socialmente reprovável.

A partir desse entendimento, os profissionais do sexo ou aqueles com vários parceiros sexuais ao longo da vida, não deixam de receber a proteção conferida pela norma¹⁵¹, pois, seria desarrazoado entender que a vítima não seria considerada desta forma em virtude de comportamentos e de escolhas individuais. Ou ainda que teria concordado com o risco ou consentido de maneira implícita, por “ser possível” presumir que haveria possibilidade da

¹⁴⁶Ibid., p.26.

¹⁴⁷BUSATO, op. cit., p. 52.

¹⁴⁸Ibid.

¹⁴⁹MARTINELLI, op. cit., p. 25.

¹⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 35.

¹⁵¹MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 29.

ocorrência do abuso em certas situações.

Isso ocorre porque há um limite no Estado de Direito, que é a lei e o bem jurídico nela tutelado. Martinelli¹⁵², destaca dois conceitos distintos de bem jurídico, por meio do conceito dogmático, relacionado à tipicidade formal, há o enfoque do que o tipo penal realmente pretende proteger, impossibilitando que o julgador ao interpretar extrapole limites predeterminados.

Nesse caso, há restrição da atuação do aplicador do direito que deve se atentar a subsunção da conduta à norma, limitação justificada para que não exceda o poder punitivo conferido pelo legislador. O que resulta em uma restrição interpretativa, inclusive, para o âmbito de proteção da norma.

Outro conceito ressaltado pelo autor é o político-criminal, atrelado à função dos bens jurídicos penais, relativo à tipicidade material. Isto é, após a seleção realizada pelo legislador, conferindo destaque e importância para serem tutelados pelo direito penal, o julgador, no caso concreto, observa se a lesão ou ameaça de lesão legitima a aplicação da sanção, tendo em vista que a pena só será fundamentada quando eficiente para a proteção do bem jurídico.¹⁵³

Portanto, toda e qualquer interferência, criminalizada, que lesione ou que ameace de lesão a esfera volitiva do outro passa a ser considerada criminosa. Mas, devido as consequências que uma pena injusta aplicada ao agente pode ocasionar em sua vida, “os limites ao poder punitivo do Estado e à interpretação da própria norma, em um Estado social democrático, estão na tutela penal daqueles bens (jurídicos)”¹⁵⁴, não podendo referida proteção ser excluída pautada em condutas pessoais consideradas “inadequadas” pela sociedade.

Com relação ao delito de estupro, que está sob o título “dos crimes contra a dignidade sexual”, a liberdade sexual é o bem jurídico protegido, ou seja, o exercício da sexualidade de modo livre, sem constrangimento. Como forma de salvaguardar a capacidade do indivíduo de autodeterminar a sua sexualidade, independentemente de imposição alheia ou de parâmetros morais, observando apenas a sua vontade.

Referida vontade que se manifesta por meio do consentimento para a prática do ato, considerada, inclusive, como elemento implícito do tipo penal, visto que, quando fornecido possui o condão de excluir a tipicidade e, portanto, o crime.¹⁵⁵

Desse modo, tanto a autorização quanto o dissenso somente poderão ser manifestados pelo titular do bem jurídico, já que a escolha do parceiro e o modo como a sexualidade é

¹⁵²MARTINELLI, op. cit., p. 19.

¹⁵³Ibid.

¹⁵⁴Ibid., p. 13.

¹⁵⁵MESTIERI, op. cit., p. 82.

exercida são opções personalíssimas. E, por isso, a coletividade nada tem a ver com a disposição feita de forma livre e consciente, não havendo justificativa para a intervenção do direito penal nestes casos.

Contudo, o consentimento para a prática do ato sexual é irrelevante para a caracterização do estupro praticado contra menores de 14 anos, pois não possuem aptidão para emitir a vontade sem vício.

Por isso, a dignidade sexual que possuem não é analisada da mesma forma que no estupro, ou seja, o legislador ao tipificar a conduta busca tutelar o livre desenvolvimento sexual e não o seu livre exercício, como forma de proteção contra aqueles que podem se aproveitar do discernimento incompleto, assim, a própria vulnerabilidade é protegida pelo tipo penal.¹⁵⁶

Com a concepção de que a vulnerabilidade da criança e do adolescente é o bem tutelado, deve-se compreender que nos casos em que não se constata violação à vulnerabilidade, não haverá ofensa ao bem jurídico, afastando-se, a aplicação da norma penal. Entretanto, referido entendimento deve ser aplicado quando a prática da conduta sexual é exercida por adolescentes, somente por eles, de igual faixa etária ou, ao menos, quando há proximidade de idade.

Ao confirmar a aplicação de punição ao exercício precoce da sexualidade, entre os jovens, nos casos em estão ausentes lesões, estaria o direito penal fundamentando a sua atuação em tabus? Ao considerar que estaria concretizada a imposição de uma conduta, que entende como adequada, desconsiderando, de modo injustificado, as vontades e instintos individuais de cada indivíduo.

A partir dessa ideia Roxin¹⁵⁷ questiona se a proibição pura e simples “previne uma verdadeira ameaça à segurança ou se ela somente tem por objeto a proteção de sentimentos ou convicções sobre tabus”. Ou seja, justamente por dispensar a análise sobre peculiaridades concretas, negando o óbvio que é a descoberta da sexualidade, estaria protegendo o bem jurídico, vulnerabilidade, ou consagraria a proteção excessiva às liberdades?

Tal questionamento surge ao considerar os entendimentos consolidados de que a vulnerabilidade dos menores de 14 anos é absoluta. Porém, não pode ser desconsiderado, como dito anteriormente, que o bem jurídico tutelado pelo tipo não estaria sendo violado e que, por isso, não haveria motivo para se discutir sobre a relativização ou não da vulnerabilidade, em determinados casos específicos.

Com o mesmo raciocínio, Martinelli¹⁵⁸, demonstra que o Estado, como garantidor, não

¹⁵⁶MARCÃO; GENTIL, op. cit., p. 168.

¹⁵⁷ROXIN, op. cit.

¹⁵⁸MARTINELLI, op. cit., p.26.

pode influir na consciência por meio de imposições. E para ocorrer modificações comportamentais, justifica o autor, “deve existir um caminho de mudanças a ser percorrido naturalmente”, como conversas para demonstrar as consequências do exercício da sexualidade precoce, retirando o pré-conceito existente no tema, evitando a sexualização, mas sem deixar de levar o conhecimento.

Além disso, Busato¹⁵⁹ descreve que “a proteção de bens jurídicos é, pelo menos, identificável como a proteção dos Direitos fundamentais do homem, plasmados em princípios, mas jamais em uma etérea ética social”. Ou seja, a função garantista da lei penal não é a promoção da ética social, esta matéria compete à outras áreas, tais como a educação, religião, à família, intervindo o direito penal em último caso.

Sendo assim, a partir da concepção de bem jurídico e com a análise de particularidades nos casos concretos, julgados recentes aplicam de forma expressa ou não a Exceção de Romeu e Julieta, quando presentes os seus requisitos. Admitindo, desse modo, afastar a imposição de sanção penal quando se mostrar desnecessária, visto que apesar da violação à norma, não há efetiva lesão à vulnerabilidade ou a dignidade sexual do adolescente, conforme será demonstrado no próximo subcapítulo.

4.1. A (im)possibilidade de relativização da vulnerabilidade

Com a concepção de que a utilização do instituto da Exceção de Romeu e Julieta somente é admitida nos casos em que ambos os envolvidos estão vivenciando a descoberta da sexualidade ao mesmo tempo, além de estarem em situação peculiar de desenvolvimento, a partir da análise do bem jurídico tutelado pela norma, seria possível compreender, seguindo os parâmetros expostos no tópico anterior, pela aplicação do instituto em casos pontuais.

Destaca-se que não há que se falar em relativização de violência, de vulnerabilidade ou violação à dignidade sexual, visto que as particularidades das condutas que admitiriam a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta acabam por retirar a necessidade de análise dos referidos elementos.

Desse modo, ao se admitir a aplicação da Exceção, inexistente abuso diante do patamar de igualdade em que se encontram. E, a aplicação da lei pura e simplesmente, sem análises casuísticas, não estaria em acordo com o ideal de justiça, e nem ao menos com os parâmetros de adequação e necessidade.

¹⁵⁹BUSATO, op. cit., p. 57.

Inclusive, reafirmaria a tese de que a tutela jurídico-penal não é sobre a liberdade sexual, mas sim sobre a vulnerabilidade que, por consequência, não estaria presente, o mesmo pode ser considerado da violência. Em suma, inexistiria ofensa ao bem jurídico tutelado nos crimes sexuais praticados contra vulnerável, nas hipóteses que estiverem presentes os requisitos da Exceção.

Desse modo, com a análise do caso concreto, após a retirada de elementos diferenciadores quando comparado com entendimentos consolidados, como a Súmula do Superior Tribunal de Justiça, torna possível a realização de interpretação diversa, desde que de modo justificado e motivado. Referida conduta é admitida no ordenamento jurídico pátrio, com previsão no art. 315, §2º, inc. VI do Código de Processo Penal¹⁶⁰.

O dispositivo supramencionado prevê o instituto do *distinguish*, por meio do qual é facultado ao magistrado não aplicar enunciado de súmula ao caso concreto, com a devida demonstração da existência de diferenças casuísticas. Destaca-se que a justificativa deve ser ampla, utilizando-se de elementos concretos para demonstrar a não incidência no caso em julgamento, sob pena de ser considerada imotivada a decisão.

Com a aplicação do referido instituto jurídico, o Superior Tribunal de Justiça, no julgado do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP (2020/0307577-5)¹⁶¹, em agosto de 2021, absolveu acusado da prática de estupro de vulnerável. No caso em análise, como fruto da relação sexual praticada, durante o relacionamento amoroso, nasceu um filho, além dessas, outras singularidades presentes foram consideradas para culminar na desnecessidade de aplicação da sanção penal. Conforme trecho da ementa abaixo transcrita:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPCIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E

¹⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 53.

¹⁶¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. nº 1919722 SP 2020/0307577-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003075775&dt_publicacao=20/08/2021>. Acesso em: 21 dez. 2021.

RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ. [...] 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção. 4. A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional). 5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017). 6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. [...] Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. [...] Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da união estável, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.

No acórdão acima transcrito, considera-se que o relacionamento amoroso entre os jovens teve início quando a adolescente possuía 12 anos, com a anuência e conhecimento de ambos os genitores. E, apesar da irrelevância, impossibilidade, da análise do consentimento dos conceituados como vulneráveis pela legislação penal, as relações sexuais entre os jovens foram livres de qualquer vício ou coação.

Sendo assim, apesar da conduta se encaixar perfeitamente ao tipo penal de estupro de vulnerável, presença da tipicidade formal, a mera aplicação da norma ao caso concreto não atingiria a justiça esperada pela sociedade.

Ao contrário, ao observar de maneira fria e superficial, descartando as diferenciações presentes, a simples subsunção formal poderia culminar em injustiças irreparáveis para os envolvidos, o acusado, a vítima e para o filho do casal. De modo que, ao observar as diferenças entre o caso concreto e o julgado que originou o entendimento sumular, tornou-se possível afastar a aplicação da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, conforme justificado pelo magistrado.

Inclusive, além de observar a ocorrência do *distinguish*, o julgador considerou o princípio da adequação social para excluir a tipicidade material da conduta por ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Bem como afirmou não ser “coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar seus anseios”¹⁶², justamente por ela não buscar a punição do então acusado.

Com isso, a proteção da tutela da dignidade sexual da adolescente foi considerada em conjunto com a proteção da família que estava em formação, diante da ausência de qualquer risco perceptível, observou o julgador pela desnecessidade de imposição da sanção penal, consagrando a sua intervenção mínima.

Importante consignar que, apesar do julgado não explicitar a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta, todos os seus requisitos estavam presentes, o relacionamento amoroso existente entre os jovens, o fato da adolescente possuir 12 anos no momento em que se iniciou o namoro e a diferença de idade entre ambos não ser tão longínqua. O que faz surgir o seguinte questionamento: a aplicação do *distinguish*, nesse caso, não seria uma forma indireta utilizada para aplicar a Exceção?

Lado outro, de maneira expressa, em dezembro de 2020, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 70084660364¹⁶³, acolheu e aplicou a Exceção de Romeu e Julieta, afastando a necessidade de imputação de medida socioeducativa ao acusado, sob o argumento de que “o adolescente não pode ser responsabilizado por um fato pelo qual a vítima não se opôs e, ao que tudo indica, não ocasionou traumas psicológicos”. De acordo com ementa transcrita abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ESTUPRO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADA. APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA. CABIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. Fato. Estupro de vulnerável (Art. 217-A, caput, do Código Penal). Materialidade Boletim de ocorrência e prova oral colhida em juízo que provam

¹⁶²BRASIL, op. cit., nota 132.

¹⁶³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível*: AC 0104395-38.2020.8.21.7000, Relator: RUI PORTANOVA. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1168169495/apelacao-civel-ac-70084660364-rs/inteiro-teor-1168169518>>. Acesso em: 24 dez. 2021.

a respeito da materialidade do fato praticado. Autoria A autoria do ato infracional praticado contra a vítima restou comprovada pela prova oral colhida em juízo. Improcedência da representação. Adequada análise judicial do agente ministerial, neste grau de jurisdição, opinando pelo provimento do apelo diante da viabilidade da aplicação da Exceção de Romeu e Julieta ao caso concreto e, por consequência, reformar a sentença recorrida para julgar improcedente a representação e absolver o apelante do fato a ele imputado. DERAM PROVIMENTO.

No caso acima, ambos começaram a ter relação sexual ao mesmo tempo, quando o menino possuía 15 anos e a menina contava com 12 anos de idade, portanto, ambos adolescentes, com pequena diferença etária. Sendo que, de acordo com os depoimentos prestados durante a fase processual e analisados pelo magistrado, todas as práticas sexuais ocorreram de forma consentida, sem qualquer tipo de violência ou imposição dos envolvidos.

Ao julgar a precocidade sexual e determinar a sanção, o magistrado desconsideraria a voluntariedade do ato, a realidade fática, a ausência de qualquer tipo de violação a dignidade sexual, bem como o livre exercício da descoberta da sexualidade de ambos.

Assim, “a incriminação fere, no mínimo, o bom senso. Por isso, possível pensar-se na aplicação do princípio da ação socialmente adequada, em face das peculiaridades próprias do costume e da forma como viviam as partes”¹⁶⁴.

Destaca-se novamente, o que se busca com a aplicação ou não do instituto não é a descriminalização de condutas hediondas de pessoas adultas, com o desenvolvimento completo, que decidem por manter relação sexual com o menor de 14 anos, ainda que com o consentimento destes. Tais condutas, por óbvio, são estupros e devem ser coibidas de todas as maneiras admitidas no ordenamento jurídico pátrio, com aplicação da súmula do Superior Tribunal de Justiça e de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Mas, mesmo com políticas que visam coibir a sexualização precoce, com o apoio da sociedade, da família e da comunidade escolar, é difícil vedar por completo o início da atividade sexual dos adolescentes, sendo esperado que a descoberta ocorra entre eles, visto que não se pode buscar uma completa abstinência sexual até que atinjam a maioridade.

De modo que, outras formas de auxílio, além do repressivo, devem ser pensados para promover a efetiva proteção, principalmente, dos que decidem exercer a liberdade sexual de maneira antecipada.

Nesse sentido, da mesma forma que análises casuísticas possibilitam a não aplicação da sanção penal, determinadas situações, mesmo diante de fatores diferenciadores, não podem afastar a aplicação da legislação, principalmente, nos casos que envolvem menores de 12 anos.

¹⁶⁴Ibid.

Tendo em vista que o instituto do *distinguish* e a Exceção de Romeu e Julieta não podem retirar a proteção completa, ilimitada e irrestrita concedida às crianças.

Todavia, de modo diverso, sentença proferida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁶⁵, decidiu por afastar a aplicação do art. 217-A do Código Penal, na situação em que um homem de 19 anos engravidou uma menina de 11 anos. Mesmo com a existência de relacionamento amoroso prévio, com o conhecimento dos genitores da menor, por envolver uma criança, levar tais elementos em consideração, por si só, afronta, além do bem jurídico tutelado pela norma penal, o princípio da proteção integral da criança.

Apesar da indicação da importância de realizar análises casuísticas, com o objetivo de conceder ao caso concreto a verdadeira justiça esperada, é oportuno considerar que com relação às crianças, a vulnerabilidade, em qualquer caso, deverá ser absoluta, sendo inconcebível promover à análise de eventual consentimento proferido.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Criminal nº 0003839-17.2018.8.24.0080¹⁶⁶, o magistrado condenou adolescente, de 16 anos, pela prática de estupro de vulnerável contra outra adolescente, de 12 anos, afastando a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta, não obstante a pouca diferença de idade. Conforme ementa abaixo transcrita:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS. PROVAS SUFICIENTES DE QUE O AGENTE PRATICOU CONJUNÇÃO CARNAL COM A OFENDIDA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA CONSTITUI INDIFERENTE PENAL. ENUNCIADO 593 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM IMPEDE A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO “ROMEU E JULIETA”. CONJUNTO PROBATÓRIO CONFIRMA A CIÊNCIA DO AGENTE ACERCA DA IDADE DA OFENDIDA. ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADO. VONTADE CONSCIENTE DE SATISFAZER SUA LASCÍVIA. SENTENÇA MANTIDA – O adolescente que pratica conjunção carnal com menor de 14 (quatorze) anos comete o ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal – Nos termos do enunciado 593 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo

¹⁶⁵CONJUR. *Juiz absolve homem de 19 anos que engravidou namorada de 11*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/juiz-absolve-homem-19-anos-engravidou-garota-11>>. Acesso em: 29 dez. 2021.

¹⁶⁶BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal nº 0003839-17.2018.8.24.0080*. Relator: Carlos Alberto Civinski. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768196776/apelacao-criminal-apr-38391720188240080-xanxere-0003839-1720188240080/inteiro-teor-768196846>>. Acesso em: 06 jan. 2022.

irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente” – Recurso conhecido e desprovido.

Em uma análise superficial, constata-se que a legislação penal foi aplicada de forma pura e simples ao caso concreto, de acordo com os argumentos presentes na decisão. Todavia, justamente por ter realizado a análise das peculiaridades do caso em tela, era o mais adequado a se fazer, não obstante a pouca diferença de idade entre os envolvidos.

Observa-se que não havia relacionamento amoroso prévio e, o mais importante, a vítima não manifestou o consentimento para a prática do ato sexual, configurando o estupro de vulnerável. De modo que, os fundamentos expostos acima, por si só, tiveram o condão de afastar a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta, por ausência de seus requisitos ensejadores, e, como consequência, constatou a violação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal, a vulnerabilidade da adolescente.

A partir dos julgados acima explicitados, com a aplicação ou não do instituto do *distinguish* e da Exceção de Romeu e Julieta, constata-se a necessidade de análises pontuais, concretas e atentas às necessidades de cada caso, para, somente então, impor uma sanção justa. Tais condutas seriam efetivas para evitar que a ingerência desarrazoada do Estado seja capaz de ferir princípios, como o da alteridade, ideais de liberdade, bem como os princípios constitucionais da intimidade e vida privada.

Nesse mesmo sentido, o princípio limitador do âmbito de atuação do direito penal, qual seja, o princípio da intervenção mínima, também possui como finalidade consolidar ideais de preservação de direitos individuais.¹⁶⁷ Referido entendimento pondera que a utilização da punição pelo Estado culmina em dano de difícil reparação e, em determinados casos, pode não ser o meio eficiente para coibir o conflito e impedir que condutas semelhantes ocorram.

Visando evitar a imputação de sanções injustas e inadequadas, todos os elementos do conceito analítico de crime devem ser analisados, principalmente, a culpabilidade do agente. Paulo César Busato¹⁶⁸, trata este elemento também como instrumento limitar da intervenção do Estado, determinando que seu estudo deve ser feito por meio de “um conceito político criminal” com a finalidade de evitar a imposição da responsabilidade penal objetiva.

Desta maneira, para uma análise imparcial do vínculo subjetivo do agente com o ato praticado, Busato¹⁶⁹, ao descrever que Roxin dispunha sobre o uso da culpabilidade como

¹⁶⁷BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

¹⁶⁸Ibid., p. 71.

¹⁶⁹ROXIN apud Ibid., p. 87.

elemento limitador da pena, explicita que o referido instrumento jurídico não seria capaz de ser o único a embasar a necessidade de aplicação da sanção, salvo nos casos em que fosse necessária e efetiva a imposição da pena.

Esta premissa está em conformidade com o explicitado acima, isto é, para Roxin, a dupla função da pena estaria de forma geral relacionada a uma perspectiva limitadora, de proteção ao bem jurídico, e de caráter especial seria relativa à ressocialização. Ausentes tais pressupostos, há de se analisar forma diversa para coibir a conduta desviante, pois, a simples adequação do fato à norma não se mostraria suficiente para a imputação penal.¹⁷⁰

Assim, concluí Busato¹⁷¹, “a mera reprovação resulta insuficiente para a aplicação de uma pena por parte do Estado. Seriam necessárias considerações de corte preventivo geral e especial que elevassem o nível de racionalidade do castigo”.

Com isso, encontrar a razoabilidade entre a punição do adolescente que, de forma livre, exerce precocemente a sexualidade, com outro adolescente, quando presentes os requisitos da Exceção de Romeu e Julieta é o ponto essencial.

Por outro lado, não é possível desconsiderar que é dificultosa a realização da ponderação de direitos, punições adequadas, valores e costumes sociais, enquanto, do outro lado da balança, pode ocorrer o detrimento da proteção adequada do desenvolvimento e da preservação da liberdade sexual.

Dessa maneira, com a finalidade de evitar ponderações desproporcionais, que podem desprivilegiar conceitos importantes, como a proteção integral do adolescente, e para que todos os princípios e direitos individuais sejam devidamente tutelados, a aplicação da pena deve estar vinculada com os seus fins sociais, em conjunto com a proteção do bem jurídico.

Nesse sentido, o direito penal estaria se desprendendo do liame estreito entre a liberdade e a proteção estipulada pela norma, tendo em vista que, nesse contexto, se “admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, do modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas”¹⁷². Desse modo, a depender das peculiaridades de cada caso, um mesmo valor, resultaria em distintas consequências.

Verifica-se que análises casuísticas, como as realizadas nos julgados acima transcritos, reforçam, no aplicador do direito, as diferenças entre casos que, em um primeiro momento, parecem semelhantes, mas, de fato, não são. E, por conseguinte, torna-se possível a aplicação

¹⁷⁰ Ibid., p. 240.

¹⁷¹ Ibid., p. 88.

¹⁷² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2000, p. 235. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 12 abr. 2022.

do instituto do *distinguish*, com o objetivo de que a norma se aproxime, de forma proporcional e razoável, do problema em que será aplicada, com o intuito de compatibilizar a segurança jurídica com a ideia de justiça.

Com as modificações sociais e culturais, o comportamento adequado, tido como “normal”, reinventou-se, surgindo, desse modo, o questionamento de quais posições jurídicas devem ou não ser alteradas, para que se aproximem ao máximo da realidade da sociedade em determinado local e época.

Não obstante, é certo que inexiste uma verdade absoluta e uníssona no direito, mas, ao considerar essa premissa, é possível reconhecer diversas realidades e várias formas de interpretação da norma, sendo este “um fator necessário e útil para o equilíbrio e desenvolvimento sociocultural”¹⁷³.

Posição que resta ainda mais evidente ao considerar que a norma penal é o instrumento adequado para proporcionar pacificação, segurança e confiança social. Por isso, é primordial que ocorram revisões de entendimentos, haja vista que “já não se trata de aplicar o sistema de imputação tendo como único objetivo o enquadramento do fato no sistema, gerando uma realidade de imputação imutável e presumivelmente verdadeira”¹⁷⁴.

Posturas estáticas e rígidas de interpretação da norma não encontram respaldo no conceito atual de justiça, visto que políticas criminais, que visam o controle social de maneira adequada para a realidade vigente, são as mais eficazes.

Por isso, Busato¹⁷⁵ esclarece, que a ilicitude do ato praticado não resulta simplesmente na aplicação da pena, mas sim objetiva cumprir o dever de solucionar conflitos entre os interesses individuais dos envolvidos e os interesses sociais, já que por meio da antijuricidade se percebe o choque entre esses interesses.

Assim, após destacar os interesses em conflito, para que o resultado almejado se aproxime do ideal de justiça, quando a mera subsunção legal não é suficiente para tanto, a norma deve ser excepcionada, relativizada. Todavia, a relativização não deverá ser ampla ou pautada em morais sociais preconcebidas, tendo em vista que caso assim fosse, além da insegurança jurídica gerada, a opinião pessoal do julgador seria de alta relevância para a punição ou não do agente.

Dessa maneira, nos casos em que se observar diferenças casuísticas significativas, quando comparado com aqueles que foram base para fundamentação de entendimentos

¹⁷³Ibid., p. 236.

¹⁷⁴Ibid., p. 238.

¹⁷⁵Ibid., p. 240.

jurisprudenciais, a relativização visaria procurar um sentido útil para o direito. Concepção que evitaria também que o Estado agisse pautado em condutas paternalistas, isto é, que ocorresse interferência na liberdade individual contra a vontade da pessoa, objetivando a sua proteção, de forma rígida.

A conduta paternalista é compreendida no sentido de restrição, como uma forma de retirar a autonomia sobre as escolhas do indivíduo. Entretanto, o comportamento que o Estado entende ser o melhor para o bem-estar social pode ser alcançado por meio de uma informação ou um conselho, formas que auxiliam, sem limitação direta à liberdade, com cuidado para não ser insistente de maneira que, inconscientemente, o outro mude o comportamento em virtude disso.¹⁷⁶

Assim, deve-se distinguir a informação adequada da impositiva, esta última sim, é considerada paternalista. Enquanto, a informação adequada concede ao seu destinatário a possibilidade de se conscientizar sobre as consequências da conduta, caso opte por realizá-la, inclusive, entende-se que “uma das situações em que se julga uma pessoa incapaz de se comportar de determinada maneira é a falta de informação mínima sobre os desdobramentos de sua conduta”¹⁷⁷.

Impossibilitar que a informação, por meio da educação sexual, chegue aos adolescentes, ainda que não seja possível afirmar que com ela virá a responsabilidade, não necessariamente impede o início, ainda que precoce, do exercício da sexualidade. Mas, considera-se que “a informação por meio da educação ou avisos pode levar o sujeito a uma decisão racional”¹⁷⁸, em contraponto, a ausência de conhecimento com a imposição da criminalização, fundamenta o sistema paternalista.

Com isso, há o intuito de fornecer conhecimento para que surja a faculdade de agir livremente, de maneira consciente, desenvolvendo capacidade de entender o momento adequado para prática do ato sexual e as implicações decorrentes da escolha.¹⁷⁹

Diferenciando, assim, aos poucos o tratamento dado aos adolescentes daqueles fornecido às crianças, tendo em vista que, aos adolescentes, “ora atribuímos [...] uma infantilidade própria das crianças puras, ora os aproximamos de responsabilidades típicas da maturidade”¹⁸⁰, mas, por vezes, sem perceber que, no fundo, o conceito aberto de “melhor interesse”, pode estar sendo desvirtuado, em situações pontuais.

¹⁷⁶MARTINELLI, op. cit., p. 88.

¹⁷⁷Ibid., p. 89.

¹⁷⁸Ibid., p. 130.

¹⁷⁹Ibid., p. 90.

¹⁸⁰BARRETO, op. cit., p. 46.

O conhecimento fornecido pelo Estado, não deixa de ser um meio de proteção, entretanto, justamente por ser menos invasivo à esfera individual, não é visto como paternalista, pois não há intenção de privar e não é uma tentativa de impedir o comportamento. Visa a promoção do autoconhecimento e da possibilidade de identificação de eventuais abusos.

Lado outro, por meio do pré-julgamento da reduzida capacidade de discernimento, o Estado estaria respaldado para agir de maneira invasiva, rígida, preservando a autonomia futura a ser exercida quando atingida a maturidade. Percebe-se que “nem sempre uma conduta paternalista é ilegítima”¹⁸¹, sendo preciso impor ideias limitadoras dos interesses individuais, justamente para fomentar a liberdade, conforme ocorre com as crianças, até 12 anos incompletos.

Objetiva-se, com isso, consagrar a dignidade dos que possuem qualidades especiais, diante da vulnerabilidade, desse modo, o foco primordial está no desenvolvimento, bem-estar e integridade sexual da vítima. Mas, ao estabelecer que qualquer menor de 14 anos é vulnerável, quando há um namoro entre eles, com o início das relações sexuais, não há como constatar de forma firme, ao ponto de ensejar uma condenação, que um deles era mais preparado que o outro, de tal modo que se utilize do *status* de vulnerável.

Não se pode olvidar que, diante da pouca idade, do reduzido discernimento sobre si e, em consequência da ausência de informação adequada que tem à disposição, o Estado tem a certeza de que está agindo em busca do melhor e, de fato, está. Principalmente, com relação às crianças e aos adolescentes, vítimas de adultos que se aproveitam da pouca maturidade e da vulnerabilidade que ostentam.

A imposição condutas omissivas aos maiores de 18 anos, determinando que não seja praticado ato sexual ou qualquer conduta libidinosa com os menores de 14 anos, sob pena de ser aplicada a devida sanção, é uma forma de proteção direcionada aos vulneráveis. Dessa forma, apesar de ser uma norma paternalista, impositiva, é justa e necessária, configurando o paternalismo impuro¹⁸², por restringir a liberdade do maior para tutelar a vulnerabilidade daquele que se encontra em desenvolvimento.

Mesmo ao defender a reduzida intervenção estatal na esfera privada, constata-se que em alguns casos há fundamentação para tanto. De acordo com Martinelli¹⁸³, Dworkin, assim compreendia o paternalismo, justificando condutas limitadoras de forma pontual, quando o resultado se mostrasse irreversível e grave à vida do agente ou do meio social.

¹⁸¹Ibid., p. 97.

¹⁸²Ibid., p. 101.

¹⁸³DWORKIN apud MARTINELLI, op. cit., p. 125.

Entretanto, ressalta-se a dificuldade em estabelecer os casos em que a intervenção seria legítima e realmente necessária. Como exemplo elucidativo: quando estiver diante de uma relação com equilíbrio e igualdade entre os envolvidos, como ocorre com a descoberta da sexualidade, dentro do relacionamento amoroso, entre adolescentes com idades próximas. Nesse caso especificamente destacado, deveria restar evidenciado de forma fundamentada a intervenção penal na liberdade de escolha dos jovens.

Entender a intervenção como meio para alcançar o bem-estar social, conforme descrito pela doutrina paternalista, de acordo com Dworkin, relatado por Martinelli¹⁸⁴, não é justificativa suficiente para a criminalização, sendo importante, porém, apenas para preservar a capacidade de escolha racional da decisão. Por isso, o autor destaca que “a preocupação deve existir não apenas com a felicidade ou o bem-estar do indivíduo, mas também com sua autonomia e liberdade”.

Ainda segundo o autor, condutas paternalistas, além de serem praticadas pelo Estado, também poderiam ser adotadas pela família, em comum, ambas teriam a recusa do destinatário em aceitar o que está sendo determinado. Caracterizando, com isso, violação à autonomia em virtude da retirada da tomada de decisão, ainda que em prol de benefício futuro por entender, que o possível beneficiário do ato, não sabe o que é melhor para si próprio.¹⁸⁵

Destaca-se, a partir dessa análise, que “ninguém sabe o que é melhor para o indivíduo do que o próprio indivíduo e, portanto, a vontade de outros ou da sociedade não podem passar por cima de sua opinião a respeito de seus próprios interesses”¹⁸⁶.

Desta forma, a interferência estatal, especificamente, com a criminalização de determinadas condutas, apenas seria justa e acertada nos casos em que fosse constatado ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a vulnerabilidade. E, por conseguinte, estivesse presente desequilíbrio na relação em análise.

De certo, promover o acesso à informação, além de visar prevenção e repreensão de abusos, sendo um meio eficaz para identificá-los, também deve ser vista como o modo de conscientizar acerca do exercício precoce da sexualidade e suas consequências, como uma eventual gravidez na adolescência, além de ser a forma mais eficaz de promover autoconhecimento.

Por todo o exposto, percebe-se que os magistrados devem assumir uma postura ativa com interpretações e concepções dinâmicas do ordenamento jurídico como um todo,

¹⁸⁴Ibid., p. 130.

¹⁸⁵Ibid., p. 131.

¹⁸⁶Ibid., p. 128.

concretizando o verdadeiro sentido de justiça no caso concreto, com a inobservância de preceitos morais. Acerca das transformações da moralidade social e o exercício da sexualidade pelos adolescentes, Adelina Carvalho¹⁸⁷ dispõe:

Tendo se renovado os conceitos de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos, não se pode mais simplesmente ignorar, nos crimes sexuais, a capacidade volitiva do menor de 14 anos e maior de 12 anos de idade como posto pelo legislador penal.

Desta forma, não obstante a doutrina majoritária compreender que a vulnerabilidade possui caráter absoluto, com fundamento na Súmula n° 593 do Superior Tribunal de Justiça e no §5° do art. 217-A do Código Penal, há que se destacar que em um relacionamento amoroso, envolvendo dois adolescentes, não há violação ao bem jurídico tutelado pelos diplomas mencionados.

Consigna-se ainda que, no caso concreto que deu origem ao entendimento sumular (Recurso Especial Repetitivo de n° 1.480.881/PI), havia grande diferença etária entre os envolvidos e a menina, vítima da violência, possuía apenas 11 anos, ou seja, uma criança. Assim, por meio do instituto do *distinguish* seria possível afastar a aplicação das mencionadas normas em casos específicos.

Efetivando o exercício liberdade de escolha entre duas pessoas livres e iguais que decidam entrar consensualmente em uma relação amorosa e iniciar o exercício da sexualidade. Haja vista que aplicar a Exceção de Romeu e Julieta, nesses casos, seria mais razoável do que criminalizar a conduta de ambos os adolescentes, pela imputação de ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

¹⁸⁷CARVALHO, op. cit., p. 150.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o trabalho apresentado objetivou debater as condutas adotadas pelos adolescentes e os corretos e/ou aceitáveis ingredientes que compõem o sentimento do exercício da sexualidade entre eles. De forma a conceder a possibilidade de retirar, aos poucos, a concepção de que determinadas condutas não são naturais, e que, por isso, são reprováveis e merecedoras de sanção.

Verificou-se que, ao examinar o exercício precoce da sexualidade como algo anormal, com a determinação de regramentos severos, além de fomentar o isolamento do adolescente, tanto com relação à família quanto aos meios adequados para adquirir conhecimento sobre o assunto, dificulta também o acesso as medidas contraceptivas e outras que previnem a ocorrência de abusos, sem, contudo, cessar a prática sexual.

Por isso, é preciso agir sem proporcionar uma invasão desmedida e irracional, com a imposição de punições desnecessárias e com consequências mais graves do que a conduta praticada em si. Prioriza-se, com isso, a retirada de ideais pautados na moral com o intuito de punir quando necessário e educar sem impor.

Afinal, a restrição deve recair sobre comportamentos prejudiciais à harmonia social, para possibilitar o desenvolvimento dos adolescentes. No mais, ao entender que a escolha privada não é a melhor, outros meios, diversos da criminalização, podem ser adotados, de modo a afastar a ideia de que a prática sexual entre os jovens é caracterizadora de ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, adaptando tal compreensão para fornecer uma resposta à sociedade adequada e necessária.

Por certo, há um limite estreito entre condutas pautadas no afeto, que fazem nascer o relacionamento amoroso, e aquelas que se aproveitam do véu da inocência e ingenuidade para a prática de atos injustificáveis e altamente reprováveis. E, por isso, não há discussão acerca da criança, até 12 anos incompletos, o consentimento, nesses casos, quando concedido, deve ser amplamente desconsiderado, configurando o estupro de vulnerável.

Neste liame, da diferenciação entre crianças e adolescentes, que mora a maior dificuldade do operador do direito, mas que também é capaz de proporcionar a aplicação da lei de forma justa, adequada e específica. Por isso, a distinção deve ser feita de modo claro, de forma a consagrar a importância da realização de análises casuísticas.

Deve-se demonstrar que há o discernimento para a tomada de decisão, daqueles com idade entre 12 e 14 anos, tendo em vista que a simples dedução da capacidade de entendimento não concede ao judiciário a possibilidade de terminar a atipicidade da conduta. Ainda que

presentes os requisitos ensejadores da Exceção de Romeu e Julieta.

Nota-se que determinar que o adolescente é amplamente livre para decidir não é o objetivo primário, mas sim fornecer meios para a tomada de decisão, utilizando-se da educação sexual para tornar o jovem consciente.

Assim, rechaçar a análise do consentimento quando o ato sexual é praticado entre dois adolescentes não compatibilizaria o direito à autodeterminação sexual. Lado outro, a punição deve ser imposta quando envolver adulto e adolescente, para proteção da vulnerabilidade, bem jurídico tutelado pela norma.

Ou seja, objetiva-se conciliar a autodeterminação sexual com a vulnerabilidade a partir de análises concretas, preservando o melhor interesse do adolescente e efetivando a proteção integral.

Visto que, o art. 217-A do Código Penal visa o livre desenvolvimento sexual e não o livre exercício da sexualidade, de forma a tutelar a vulnerabilidade do adolescente. A partir da concepção de que a vulnerabilidade é o bem tutelado no diploma legal, deve-se compreender que nos casos em que não se constata a violação, não haverá ofensa ao bem jurídico, afastando-se, a aplicação da norma penal.

Entretanto, referido entendimento deve ser aplicado quando a prática da conduta sexual é exercida por adolescentes, somente por eles, de igual faixa etária ou, ao menos, quando há proximidade de idade. Sendo certo que não é fácil acusar ou absolver, principalmente, em casos tão específicos que envolve um tema absolutamente sensível.

A partir da concepção de bem jurídico e com a análise de particularidades nos casos concretos, julgados recentes aplicam de forma expressa ou não a Exceção de Romeu e Julieta, quando presentes os seus requisitos, conforme demonstrado no presente trabalho.

Desse modo, admite-se afastar a imposição de sanção penal quando se mostrar desnecessária, visto que apesar da violação à norma, não há efetiva lesão à vulnerabilidade ou a dignidade sexual do adolescente, atentando-se a função social dos bens juridicamente tutelados, bem como à finalidade da norma.

Ademais, a utilização da Exceção de Romeu e Julieta somente é admitida nos casos em que ambos os envolvidos estão vivenciando a descoberta da sexualidade ao mesmo tempo, além de estarem em situação peculiar de desenvolvimento. Ao aplica-la reafirma a tese de que a tutela promovida pelo tipo penal não é da liberdade, mas sim da vulnerabilidade.

Por conseguinte, ao afastar todo o exercício da sexualidade dos adolescentes poderia o Estado estar se preocupando com bem jurídico diverso do eleito pelo legislador. E, por isso, é desnecessário discutir sobre a relativização de violência, de vulnerabilidade ou violação à

dignidade sexual, visto que as particularidades das condutas que admitiriam a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta acabam por retirar a necessidade de análise dos referidos elementos, em virtude da ausência de lesão.

Tendo em vista que, mesmo com políticas que visam coibir a sexualização precoce, com o apoio da sociedade, da família e da comunidade escolar, é difícil vedar por completo o início da atividade sexual dos adolescentes, sendo esperado que a descoberta ocorra entre eles, visto que não se pode buscar uma completa abstinência sexual até que atinjam a maioridade.

Destaca-se o que se busca com a aplicação ou não do instituto não é a descriminalização de condutas hediondas de pessoas adultas.

Conclui-se, assim, que, apesar do primordial ser retardar o início da atividade sexual dos adolescentes, não deve ser desconsiderado a importância de adoção de medidas públicas para proteção daqueles que optam pelo exercício precoce da sexualidade.

De modo que, quando presentes os requisitos ensejadores da Exceção de Romeu e Julieta, a partir da análise probatória, por meio do *distinguish*, conceder ao magistrado a possibilidade de afastar a aplicação da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, em situações pontuais, seria o verdadeiro sinônimo de consagração do melhor interesse.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. *Boletim IBCCRIM*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4987/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

ANGELO, Tiago. *Resolução do Conanda não autoriza visita íntima a menor infrator de 12 anos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/resolucao-conanda-nao-autoriza-visita-intima-menor-12-anos>>. Acesso em: 02 out. 2021.

BARRETO, Kizz de Brito. *Sexualidade infanto-juvenil: a proteção da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Petrópolis: Vozes, 2020.

BRASIL. *Ordenações Afonsinas*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg29.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

_____. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1168.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 17 abr. 2021.

_____. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 17 abr. 2021.

_____. *Código Penal de 1890*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/CCiViL_03/decreto/1851-1899/D847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas.&text=%3C2%BA%20A%20lei%20penal%20n%C3%A3o,ser%3CA1%20regido%20pela%20lei%20nova.>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

_____. *Lei nº 11.106/2005*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5>. Acesso em: 09 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.811/2019*, de 12 de março de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm#art1>. Acesso em: 09 out. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 abr. 2021.

———. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1>. Acesso em: 07 nov. 2021.

———. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

———. *Lei nº 17.943A*, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021.

———. *Lei nº 6.697*, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

———. *Lei nº 13.505*, de 8 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

———. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

———. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 5.117/2020*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145395>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

———. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.

———. *Lei nº 12.845*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

———. *Portaria nº 1.508*, de 1º de setembro de 2005. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html>. Acesso em: 09 abr. 2021.

———. *Portaria nº 2.282*, de 27 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

———. *Lei nº 10.778*, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

———. *Recomendação Conjunta*, de 02 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/recomendacao-mpfdpu.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

———. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 637361/SC 2004/0036666-5*, 6.a T., relator: Og Fernandes, 01.06.2010, v.u. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5/inteiro-teor-15029402>>. Acesso em: 30 out. 2021.

———. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 02 out. 2021.

———. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1480881 PI 2014/0207538-0*, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETII CRUZ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864072680/recurso-especial-resp-1480881-pi-2014-0207538-0>. Acesso em: 09 nov. 2021.

———. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 593*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

———. *Lei nº 8.072/1990*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.

———. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.

———. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. nº 1919722 SP 2020/0307577-5*, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003075775&dt_publicacao=20/08/2021>. Acesso em: 21 dez. 2021.

———. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 0104395-38.2020.8.21.7000*, Relator: RUI PORTANOVA. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1168169495/apelacao-civel-ac-70084660364-rs/inteiro-teor-1168169518>>. Acesso em: 24 dez. 2021.

———. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal nº 0003839-17.2018.8.24.0080*, Relator: Carlos Alberto Civinski. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768196776/apelacao-criminal-apr-38391720188240080-xanxere-0003839-1720188240080/inteiro-teor-768196846>>. Acesso em: 06 jan. 2022.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

———. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência Sexual Presumida*. Curitiba: Juruá, 2009.

CONJUR. *Juiz absolve homem de 19 anos que engravidou namorada de 11*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/juiz-absolve-homem-19-anos-engravidou-garota-11>>. Acesso em: 29 dez. 2021.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011, [e-book].

———. *Sobreviventes e guerreiras: uma breve história da mulher no Brasil de 1500 a 2000*. São Paulo: Planeta, 2020.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal: coleção sinopses para concursos*. 5 ed. Bahia: Juspodivm, 2020, [e-book].

FIGLIOLI, José Osir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, [e-book].

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

G1. *Dez alunos denunciam abusos no ambiente familiar após assistirem a palestra sobre violência sexual em escola*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/05/22/alunos-denunciam-abuso-sexual-apos-assistirem-palestras-sobre-o-assunto-em-escolas-de-campo-limpo-de-goias.ghtml>>. Acesso em: 23 maio 2022.

GAUDERER, E. Christian. *Sexo e Sexualidade da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Record – Rosa dos Tempos, 1996.

GONZAGA, Christiano. *Manual de criminologia*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2000, p. 235. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/20/revista20%20(13).pdf) . Acesso em: 12 abr. 2022.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 13. ed. V.III, Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981 [e-book].

LEGAL DICTIONARY. *Romeo and Juliet Laws*. Disponível em: <<https://legaldictionary.net/romeo-and-juliet-laws/>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

———. *Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018, [e-book].

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Estupro Bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCRIM*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4854/>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Crimes contra os costumes*. São Paulo: Saraiva, 1942.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

———. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

O GLOBO. *Menina assiste a palestra sobre educação sexual e denuncia primo por estupro no Ceará*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/menina-assiste-palestra-sobre-educacao-sexual-denuncia-primo-por-estupro-no-ceara-1-25400687>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de Autodeterminação Sexual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 out. 2021.

———. *Convenção Americana dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, [e-book].

PEDROSA, Leyberson. *ECA – Linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes*. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina2174.html#:~:text=Em%201979%2C%20C3%A9%20promulgado%20um,da%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20anterior%20de%201927.&text=Teve%20papel%20preponderante%20no%20processo,Nova%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e%20do%20ECA>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, [e-book].

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, [e-book].

SARAIVA, João Batista Costa. *O “depoimento sem dano” e a Romeo and Juliet Law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP*. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5716753/mod_resource/content/0/SARAIVA%](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5716753/mod_resource/content/0/SARAIVA%202021.pdf)

20Jo%20C3%A3o%20Batista%20Costa.%20O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20Romeo%20and%20Juliet%20Law..pdf>. Acesso em: 14 nov. 2021.

SEABRA, Gustavo Cives. *Manual de direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SIQUEIRA, Fabio Ramos Martins de. *História da sexualidade brasileira*. São Paulo: Leitura Médica, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista: *Direito penal dos adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013, [e-book].