



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A adequada interpretação do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável do adolescente de 12 ou 13 anos à luz do Direito Penal Constitucional

Viviane Silva de Sousa

Rio de Janeiro  
2016

VIVIANE SILVA DE SOUSA

A adequada interpretação do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável do adolescente de 12 ou 13 anos à luz do Direito Penal Constitucional

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2016

## **A ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DO ADOLESCENTE DE 12 ANOS E 13 ANOS À LUZ DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL**

Viviane Silva de Sousa

Graduada pelo Centro Universitário da Cidade - UniverCidade. Advogada.

**Resumo:** A Lei n. 12.015/2009 alterou o Código Penal no tocante aos crimes sexuais. Trata-se de importante alteração legislativa que, adequando o Código Penal à CRFB/88, substituiu a expressão “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”. Uma das mais relevantes mudanças foi a introdução do art. 217-A, unificando em um só tipo penal o crime de estupro e de atentado violento ao pudor, contra o vulnerável. No que importa para este artigo, o legislador considera absolutamente vulnerável o menor de catorze anos. O presente trabalho visa a abordar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza da vulnerabilidade. Objetiva ainda discutir o direito à sexualidade do adolescente de 12 anos e 13 anos. Por fim, pretende defender a possível compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Lei n. 12.015/2009. Estupro de Vulnerável. Vulnerabilidade absoluta ou relativa. Autodeterminação sexual do adolescente. Princípio da Culpabilidade. Questões.

**Sumário:** Introdução. 1. Debate sobre a validade do consentimento da vítima com doze e treze anos com a prática do ato sexual: crítica à decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.480.881-PI. 2. Liberdade sexual: debate sobre o direito fundamental do adolescente à autodeterminação sexual. 3. Da necessária compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade que veda a responsabilização penal objetiva. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho discute o conceito de vulnerabilidade, do adolescente menor de 14 anos, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, que alterou substancialmente o Código Penal de 1940 em relação aos crimes sexuais, à luz do Direito Penal democrático. Debate o caráter autoritário da escolha do legislador brasileiro ao tipificar como crime de estupro de vulnerável a conduta daquele que mantém conjunção carnal com adolescente menor de 14 (catorze) anos, simplesmente pelo critério etário.

Para tanto, analisa-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do revogado artigo 224 do Código Penal de 1940, especialmente para se debater o consentimento da vítima, o direito fundamental do adolescente à liberdade sexual e a compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade, norteador do Direito Penal.

Nesse sentido, inicia-se o presente artigo científico abordando as controvérsias acerca da natureza da vulnerabilidade. Ainda no primeiro capítulo, defende-se a validade do consentimento para a prática do ato sexual do adolescente de 12 e 13 anos. Faz-se uma crítica à posição jurisprudencial atual, consubstanciada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881-PI, pois o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de não ser possível relativização do conceito de vulnerabilidade.

No segundo capítulo, defende-se o direito à autodeterminação sexual do adolescente. Isto é, sustenta-se que o adolescente que conta com ao menos doze anos de idade tem direito à liberdade sexual. Noutras palavras, o exercício da liberdade sexual do adolescente, ao lado de outros direitos fundamentais, deve ser enfrentado, e não colocado para “debaixo do tapete”, uma vez que o adolescente goza de todos os direitos assegurados aos adultos. Ressalva-se que isso não significa que se deve estimular a prática sexual do adolescente, tampouco se confunde com abuso ou exploração sexual.

O terceiro capítulo sinaliza que a posição apresentada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881-PI cria um perigo precedente para responsabilização penal objetiva em detrimento da responsabilidade penal subjetiva. Para tanto, é necessário compatibilizar a doutrina da proteção integral com os princípios do Direito Penal Constitucional, especialmente o princípio da culpabilidade.

Por fim, a pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica. Qualitativa, pois objetivará interpretar o crime de estupro de vulnerável à luz da Constituição Federal; explicativa, porque explicitará as controvérsias que

decorrem da interpretação literal do art. 217-A do Código Penal, introduzido pela Lei n. 12.015/2009; e será bibliográfica, visto que terá como fontes principais de estudo a legislação e a doutrina.

## **1. DEBATE SOBRE A VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA COM DOZE E TREZE ANOS COM A PRÁTICA DO ATO SEXUAL: CRÍTICA À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO RECURSO ESPECIAL N. 1.480.881-PI.**

Antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940 em 10 de agosto de 1942, nem Código Criminal do Império de 1830, nem o Código Penal da República de 1890 previam figuras típicas específicas em relação aos crimes de natureza sexual cometidos contra vítimas crianças e adolescente.

A Lei n. 12.015/2009, que entrou em vigor em 10 de agosto de 2009, modificou esse cenário, com alteração substancial do Título VI, do Código Penal. A nova lei substituiu positivamente a expressão “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, já que mais adequada à Constituição Federal, pois a liberdade sexual do indivíduo está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III, da CRFB/88<sup>1</sup>.

A grande alteração trazida pelo novo diploma foi unificação do crime de estupro e de atentado violento ao pudor em um tipo penal único, previsto no art. 213<sup>2</sup>, e a revogação do art. 224, alíneas “a”, “b” e “c”, todos originários do Código Penal de 1940. A mencionada art. 224 cuidava da presunção de violência. Afirmava-se que a natureza dessa presunção era absoluta,

---

<sup>1</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

<sup>2</sup>BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016

não cabendo prova em sentido contrário. Desse modo, caso houvesse conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos de idade, presumia-se a violência por parte do sujeito ativo contra a vítima, ainda que a violência não fosse real, caracterizando o crime de estupro.

Contudo, essa posição começou a ser criticada pela doutrina, que sustentava a presunção de violência relativa, de modo a possibilitar ao agente a prova em sentido contrário, para descaracterizar o crime de estupro. Vale destacar que esse entendimento foi tomando certo destaque na jurisprudência, sendo ainda majoritário o entendimento segundo o qual era absoluta a presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal.

Para Cezar Roberto Bitencourt<sup>3</sup>, “[...] o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei.” Ainda segundo o Bitencourt<sup>4</sup> o legislador tentou aplacar a posição jurisprudencial firmada no Supremo Tribunal Federal acerca da relatividade da presunção de violência. Para tanto, o legislador revogou o antigo art. 224 do Código Penal, para deixar de lado a discussão sobre a violência presumida, passando considerar a pessoa menor de 14 como absolutamente vulnerável, de modo que não caberia ao intérprete e aplicador do direito decidir de maneira contrária.

No mesmo sentido, Nucci<sup>5</sup> afirma que “a relativização da vulnerabilidade é um imperativo de dignidade humana”. O referido autor defende que a idade de 14 anos não deveria ser o critério etário para definir a vulnerabilidade, pois o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>6</sup> prevê que criança é a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

---

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

<sup>4</sup> Ibid. p. 227.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 851.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

O critério etário de catorze anos definido pelo legislador não está condizente com a realidade fática, já que adolescente com doze e treze anos possui discernimento o bastante para ser responsabilizado em caso de cometimento de ato infracional, por exemplo. O legislador se mostrou retrógrado e incapaz de acompanhar a realidade social. Atualmente não é difícil encontrar adolescentes de 12 e 13 anos de idade se relacionando amorosamente, até mesmo com o consentimento dos pais. Dessa forma, o consentimento do adolescente com idade superior a 12 (doze) anos com a prática de ato sexual do não poderia ser simplesmente desprezado pelo legislador ordinário.

O mais razoável seria analisar a validade ou não do consentimento causticamente. Isso porque não basta simplesmente a prova da materialidade do crime para responsabilização penal do sujeito passivo. Deve ficar comprovado que o bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a dignidade e a liberdade sexual do vulnerável de 12 ou 13 anos, correu ao menos perigo concreto, real e efetivo de lesão.

De acordo com Nucci<sup>7</sup>

A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar de adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável.

Referido autor não segue o entendimento segundo o qual a vulnerabilidade de todo e qualquer adolescente menor de 14 anos é absoluta. Admite, portanto, a possibilidade de se debater a capacidade do adolescente que possua idade 12 ou 13 anos, de consentir com o ato sexual, o que se harmoniza com o princípio da culpabilidade sem descuidar da doutrina da proteção integral.

Rogério Greco<sup>8</sup>, em sentido contrário, sustenta que a vulnerabilidade é um dado objetivo

---

<sup>7</sup> Ibid.

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, permissa venia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

Apesar da tentativa do legislador contemporâneo de estancar o debate antigo sobre a natureza da presunção de violência prevista no art. 224<sup>9</sup> do Código Penal, a discussão permanece viva, sendo que, atualmente, versa a natureza da vulnerabilidade prevista no art. 217-A.

Como a jurisprudência ora se manifestava pela natureza relativa da vulnerabilidade, ora se posicionava pela natureza absoluta, o Superior Tribunal de Justiça, a fim de uniformizar o entendimento acerca da matéria, ao julgar o Recurso Especial n. 1.480.881-PI, adotou posição segundo a qual o consentimento do ofendido, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima são irrelevantes para descaracterização do crime de estupro de vulnerável. Para a referida Corte superior o novel art. 217-A<sup>10</sup> do Código Penal não permite a relativização da condição de absolutamente vulnerável do menor de 14 anos.

Todavia, o entendimento firmado viola frontalmente os princípios da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVIII, da CRFB/88), do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88). Com esse entendimento, a única defesa possível ao acusado de crime de estupro de vulnerável seria comprovar que não tinha conhecimento da idade da vítima, de modo que a tese defensiva ficaria restrita a erro de tipo (art. 20 do Código Penal), já que, para o Superior Tribunal de

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. V 3. 12. ed. Niterói, RJ: Ímpetus, 215, p. 587.

<sup>9</sup>BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016

<sup>10</sup>BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016



Justiça, basta a prova da ocorrência do ato sexual ou libidinoso para que o acusado seja responsabilizado penalmente.

No entanto, a interferência do Direito Penal não se justifica se o bem jurídico não foi sequer colocado em risco concreto de lesão, como é o caso de o ato sexual ou libidinoso ter sido validamente consentido pela pessoa com 12 e 13 anos de idade. Se houve consentimento válido, ou seja, se não houve violência ou grave ameaça, a conduta do agente deve ser considerada atípica, caso contrário estar-se-á a adotar responsabilidade objetiva em detrimento da subjetiva, o que viola o princípio da culpabilidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, foi alçada ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. Por isso, o art. 5º da CRFB/88 dispõe sobre um rol de princípios relacionados ao Direito Penal, que serve para limitar o poder punitivo estatal, uma vez que tem por finalidade orientar o legislador ordinário para edição de leis que tenham por objetivo um controle penal mínimo, já que a liberdade é direito fundamental de 1ª geração que exige um dever de abstenção do estado.

## **2. LIBERDADE SEXUAL: DEBATE SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO ADOLESCENTE À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.**

A Constituição Federal de 1988, alinhada aos diplomas internacionais, reconhece que as crianças e os adolescentes são pessoas em formação que precisam de uma proteção especial, diferenciada. Nesse sentido, o art. 227<sup>11</sup>, com redação dada pela EC n. 65/2010, prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à liberdade, entre outros direitos fundamentais.

---

<sup>11</sup>BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

Em relação ao bem jurídico tutelado pelo art. 217-A<sup>12</sup> do Código Penal, importante salientar que, além da proteção da dignidade e da liberdade sexual, Rogério Greco<sup>13</sup> leciona

[...] como constava originalmente no projeto que, após algumas modificações, se converteu na Lei n° 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos apontar o desenvolvimento sexual também como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

A Constituição da República adotou a doutrina da proteção integral deixando de lado a da situação irregular. Com isso a criança e o adolescente deixaram de ser vistos como simples objeto de controle.

Segundo Danielle Rinaldi Barbosa<sup>14</sup>

Desde a Declaração dos Direitos da Criança de 1969, o indivíduo em desenvolvimento passou a ser visto como senhor de seus direitos, destinatário não do intervencionismo estatal, mas de uma legislação que lhe assegure, em razão de sua situação de vulnerabilidade, proteção integral.

No presente artigo, defende-se a capacidade de o adolescente de 12 ou 13 anos de idade de consentir validamente com a prática sexual. Isso não implica dizer que esses adolescentes não merecem tratamento especial por parte do Estado e da sociedade. Ao contrário, por se tratar de adolescente, pessoa em desenvolvimento, permanece sendo mais vulnerável, daí que deve ser o centro de maior proteção da norma jurídica. Não obstante, se interpretado corretamente, o art. 217-A<sup>15</sup> do Código Penal, protegerá efetivamente o adolescente de 12 ou 13 anos, sem privá-lo do exercício fundamental à liberdade sexual. Em

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 3V. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 567.

<sup>14</sup> BARBOSA, Danielle Rinaldi. *Direito fundamental à visita íntima do adolescente internado*. Revista Liberdades. 19. ed. Agosto. 2015. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=236](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=236)>. Acesso em: 04 de nov. 2016, p. 69 a 85.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

outras palavras, o dispositivo legal mencionado resguardará o direito do adolescente maior de 12 e menor de 14 anos à autodeterminação sexual, sem ferir os princípios do Direito Penal, os quais se prestam a proteger o indivíduo contra o poder punitivo estatal.

A criança e o adolescente não sujeitos de direitos assim como a pessoa adulta. Significa que são dotadas de todos os direitos inerentes à pessoa humana, previstos no ordenamento jurídico nacional e internacional. O art. 5º da CRFB/88<sup>16</sup> traz um rol exemplificativo de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à propriedade etc. Como salientado por Danielle Rinaldi Barbosa<sup>17</sup>, “[...] o conjunto de direitos previsto na CR é complementado por direitos implícitos, bem como por direitos expressos em tratados internacionais de direitos humanos”.

Ainda segundo Danielle Rinaldi Barbosa<sup>18</sup> “[...] o comportamento sexual, quer-se abranger muito mais do que o ato sexual em si. Comportamento sexual seria toda conduta relacionada à sexualidade, voltada para a obtenção de prazer”. Assim, do ponto de vista constitucional, o adolescente também tem direito de buscar sua felicidade por meio do comportamento sexual.

Para a referida autora, com quem se concorda inteiramente, o direito à liberdade sexual alcança também o adolescente. O legislador ao tratar do direito à liberdade no art. 16<sup>19</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente, silenciou-se a respeito do direito à liberdade sexual, perdendo a oportunidade de disciplinar minimamente a matéria. Ou seja, o legislador não enfrentou o tema, embora seja é inegável que adolescentes sentem desejo sexual, assim como a pessoa adulta e, cada dia, têm iniciado a vida sexual mais cedo.

---

<sup>16</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

<sup>17</sup> Ibid. p. 69 - 85.

<sup>18</sup> Ibid. 69 - 85.

<sup>19</sup>BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

A despeito de não estar expressamente previsto na legislação pátria, e como o rol de direitos fundamentais não é taxativo, mas sim exemplificativo, o direito à autodeterminação sexual deve ser entendido como um dos aspectos do direito à liberdade. Por isso, não pode ser usurpado do adolescente. Assim, ainda que o direito à liberdade sexual não esteja previsto no rol de direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adolescente não é vedado o exercício da prática sexual, incluindo a escolha do parceiro.

A liberdade sexual está diretamente relacionada à essência do indivíduo, a dignidade da pessoa humana. Apesar disso, o exercício deste direito pelo adolescente não deve ser dar tal qual a pessoa adulta, tendo em vista o caráter peculiar da pessoa em desenvolvimento, à luz da doutrina da proteção integral. Isso não significa dizer, contudo, que o adolescente com 12 anos de idade não tenha discernimento necessário para consentir validamente com o ato sexual.

Pelo contrário, se verificado, no caso concreto, que o adolescente, por exemplo, mantém relacionamento afetivo com o agente, por livre e espontânea vontade, e que a prática do ato sexual entre eles ocorre sem grave ameaça ou violência, não há o porquê criminalizar o parceiro sexual do adolescente, que validamente consentiu com o ato.

É evidente que este adolescente continua merecedor da tutela penal, no caso de ser constrangido a manter relação sexual, ou caso o agente se aproveite de uma situação de vulnerabilidade desse adolescente, como ocorre na prostituição. Nesses casos, ainda que a vítima já tenha iniciado a sua vida sexual, não se admite que o agente se beneficie da condição de vulnerável do adolescente, mesmo que ela seja relativa, a fim de satisfazer-se lascivamente em detrimento da dignidade da vítima, ainda que não haja violência ou grave ameaça.

Aliás, o livre exercício à liberdade sexual vai ao encontro do pleno desenvolvimento da personalidade do adolescente, o que atende a doutrina da proteção integral. Por óbvio,

deve-se proteger o adolescente contra o abuso e a exploração sexual, mas isso não afasta o direito do adolescente à autodeterminação da vida sexual.

Nessa esteira, Danielle Rinaldi Barbosa<sup>20</sup> sustenta

Nesses moldes, há de se identificar com firmeza a linha que divide o exercício natural da sexualidade do indivíduo em formação de seu comportamento sexual do comportamento erótico abusivo dos direitos de crianças e adolescentes. Só assim se permite interpretar o ordenamento em consonância com os direitos fundamentais infantojuvenis.

Importante salientar que o art. 217-A<sup>21</sup> do Código Penal não exige nenhuma condição especial do sujeito ativo, sendo crime comum, portanto. Daí que até mesmo o adolescente pode ser autor do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável. O que pretendeu o legislador foi prevenir e reprimir o abuso sexual cometido contra criança e o adolescente.

Assim, se o artigo for interpretado literalmente, até mesmo um ato sexual envolvendo dois adolescentes de 13 anos de idade, que mantém relacionamento amoroso, com o consentimento de seus responsáveis legais, poderia, em tese, configurar o crime de estupro de vulnerável. Dessa forma, ao mesmo tempo o adolescente seria vítima e o autor do ato infracional. Essa interpretação levaria ao absurdo. Destarte, se foi dado consentimento válido por parte do adolescente, que tinha capacidade de discernimento, o crime de estupro estará descaracterizado.

De acordo com Danielle Rinaldi Barbosa<sup>22</sup>

[...] é preciso interpretar referido comando normativo em conformidade com o texto constitucional, que assegura a crianças e adolescentes um conjunto de direitos fundamentais gerais e especiais voltados a lhes atribuir proteção integral. Conforme dito alhures, é preciso bem delimitar o exercício da liberdade sexual de crianças e adolescentes, de modo a que tal exercício não implique, em razão do fato desses indivíduos ainda estarem em estágio de formação de suas personalidades, prática sexual abusiva que aferre seus direitos. É preciso lembrar que crianças e

---

<sup>20</sup> Ibid. p. 69 a 85.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

<sup>22</sup> Ibid. p. 69 - 85.

adolescentes são indivíduos em formação, e sua incompletude de desenvolvimento psicológico pode acarretar vícios ou falhas no seu ato de consentir.

Mais recentemente, a Lei n. 12.594/2012, no art. 68<sup>23</sup>, reconhece o direito do adolescente internado à visita íntima, condicionando seu exercício à comprovação de união estável. Daí porque se verifica que o legislador evoluiu, ainda que timidamente, para reconhecer que deve ser respeitada a liberdade sexual do adolescente. Se assim não fosse, o legislador não teria garantido ao adolescente em conflito com a lei o direito à visita íntima.

Desse modo, a correta interpretação da lei é no sentido de que, ainda que o adolescente que receberá a visita íntima não tenha completado 14 anos, ou mesmo se seu companheiro também não tenha completado esta idade, não há falar em crime de estupro de vulnerável. Até porque referido dispositivo legal não restringe o direito à visita íntima ao adolescente com idade igual ou superior a 14 anos. Por conseguinte, a prática de ato sexual consentida por adolescente com 12 ou 13 anos, que não esteja cumprindo medida socioeducativa, também não configura o crime previsto no art. 217-A<sup>24</sup> do Código Penal.

### **3. DA NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COM O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE QUE VEDA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA**

Faz-se necessário que o art. 217-A<sup>25</sup> do Código Penal seja interpretado à luz dos princípios do Direito Penal Constitucional. O princípio da culpabilidade emerge da expressão latina *nullum crimen sine culpa*<sup>26</sup>. Esse princípio veda a responsabilidade penal objetiva,

---

<sup>23</sup>BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

<sup>24</sup>BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

<sup>25</sup>BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

<sup>26</sup> Não há crime sem culpa (tradução livre).

proibindo que o agente responda simplesmente por ter praticado a conduta proibida penalmente, ou seja, mesmo que tenha agido sem dolo ou culpa em relação ao resultado. Isso contraria a doutrina do Direito Penal, que está fundada na responsabilidade subjetiva do agente, razão pela qual somente seria possível punir o agente se ele praticou a conduta ao menos com culpa.

A presunção de violência implícita no art. 217-A<sup>27</sup> do Código Penal meramente pelo fato de o agente ter mantido conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 (cartorze) anos, configura, sim, hipótese de responsabilidade penal objetiva. O agente deve responder na medida da sua culpabilidade, sendo vedado ao legislador, em razão do princípio acima mencionado, criar presunção legal em desfavor do acusado.

Assim, se o adolescente maior de 12 ou 13 anos mantiver relação sexual com outro adolescente de igual idade, ou com pessoa adulta, mas de forma livre e consentida, sem qualquer violência ou ameaça, ou exploração sexual, em razão da condição socioeconômica do adolescente, não haveria que se enquadrar a conduta no crime de estupro de vulnerável. Ressalvem-se os casos de abuso sexual e de oportunismo da pessoa que mantém relação sexual com o adolescente, favorecendo-se da condição social deste, por motivo de prostituição, por exemplo, hipótese em que o crime estará configurado.

O acusado do crime de estupro de vulnerável tem direito de demonstrar que não constrangeu a vítima, seja mediante violência real (força física) ou grave ameaça, ou não aproveitou da condição de vulnerabilidade do adolescente para com ele praticar ato sexual, caso contrário, haveria grande prejuízo ao direito de defesa daquele, na medida em que as teses defensivas seriam reduzidíssimas, já que absoluta de vulnerabilidade, citando-se, a título de exemplo, o erro de tipo (art. 20 do CP)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

O ordenamento jurídico brasileiro ao definir crime adota a teoria tripartida segundo a qual o crime é o ato típico, ilícito e culpável. Nesse sentido, a culpabilidade do agente não é apenas um pressuposto da pena, mas sim elemento do conceito analítico de crime cuja ausência torna o fato atípico.

No tocante à configuração de um delito, o princípio da culpabilidade exerce duas funções: a primeira, em relação à análise da tipicidade, na qual a conduta do agente somente pode ser considerada típica se este tiver agido ao menos de forma culposa; já a segunda, trata do elemento da culpabilidade, segundo o qual a conduta do agente deve ser reprovável, caso contrário não estará configurado o terceiro elemento do conceito analítico do crime.

Com efeito, a responsabilidade pena objetiva não é compatível com um direito penal democrático cuja dignidade da pessoa humana, que é um princípio fundamental da república, artigo 1º, III da CF<sup>29</sup>, impõe limites ao direito de punir do Estado. A responsabilidade objetiva ignora o acusado com sujeito de direito colocando-o apenas como mero objeto da punição estatal.

Por outro lado a doutrina da proteção integral que exige maior proteção de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade de modo algum se mostra incompatível com a vedação à responsabilidade penal objetiva, ainda que a vítima seja adolescente maior de 12 anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ademais, prevê a responsabilização infantojuvenil pela prática de ato infracional do adolescente de 12 anos ou mais, podendo ser-lhe aplicada medida sócio-educativa. O legislador, desse modo, entende que essa mesma pessoa tem o discernimento necessário para consentir, diferentemente da pessoa menor de 12 anos.

Portanto, a adequada interpretação do artigo 217-A à luz do direito penal constitucional é no sentido de relativizar o conceito de culpabilidade do adolescente maior de 12 anos para

---

<sup>29</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.



entender que este já possui capacidade para consentir o ato sexual, o que afastaria a presunção absoluta de vulnerabilidade. Além disso, estar-se-ia garantindo a liberdade sexual do adolescente e prevenindo punições injustas de acusados de crimes de estupro de vulnerável com a adoção da responsabilidade penal objetiva.

## **CONCLUSÃO**

A Lei n. 12.015/2009 alterou significativamente o Código Penal no tocante aos crimes sexuais, principalmente ao mudar o enfoque da tutela penal para dignidade sexual em detrimento dos costumes. Essa mudança foi positiva, já que colocou a pessoa humana no centro dessa proteção. Outra alteração importante foi a criação do tipo penal autônomo de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A. O legislador ordinário manteve o rol do revogado art. 224 do Código Penal, o denominou, porém, de vulnerável.

O fato de o legislador ter realizado essa mudança não fez com que as discussões a respeito da natureza da presunção de vulnerabilidade, hoje inexistente, fossem redirecionadas para a natureza da vulnerabilidade. Atualmente, continua viva a discussão se é o não possível flexibilizar o entendimento sobre o conceito de vulnerável, para descaracterizar o crime de estupro de vulnerável quando houve consentimento, por exemplo.

A oscilação jurisprudencial tende a diminuir depois que o Superior Tribunal de Justiça, no julgado do Recurso Especial n. 1.480.881-PI posicionou-se no sentido de que a vulnerabilidade é absoluta. A referida Corte superior considerou irrelevante o consentimento, a existência de experiência sexual anterior, ou o relacionamento afetivo entre o agente e a vítima, para a configuração do crime previsto no art. 217-A do Código Penal. Apesar disso, o presente artigo demonstrou ser possível compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

\_\_\_\_\_, Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016

\_\_\_\_\_, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016

\_\_\_\_\_, Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.480.881-PI. RECURSO ESPECIAL 2014/0207538-0. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Órgão Julgador S3 – TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento: 26/08/2015. Data da Publicação/Fonte DJe 10/09/2015.

BARBOSA, Danielle Rinaldi. *Direito fundamental à visita íntima do adolescente internado*. Revista Liberdades. 19ª ed. Agosto. 2015. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=236](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=236)>. Acesso em: 04 de nov. 2016

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 3V. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.