

# RELATIVIZAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE INSCULPIDA NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

**Igor Alexandre Melo Cruz**

## **Mestrado em Direito Especialização Ciências Jurídico-Políticas**

Orientadora: Prof. Dra. Ana Paula Guimarães

Coorientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Batista Medeiros

05 de dezembro de 2021



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

**IMP.GE.84.1**



# **DECLARAÇÃO DE NÃO PLÁGIO E DE ORIGINALIDADE**

Declaro, sob compromisso de honra, para os devidos efeitos, ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que o texto é de minha inteira e exclusiva autoria, que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração, que o presente trabalho é original e que as citações dos autores e bibliografia utilizados estão devidamente identificados.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade Portucalense. Mais declaro, ainda, que os orientadores não tiveram participação ativa no conteúdo versado e no texto escrito nesta dissertação de mestrado. Toda e qualquer fraude que vier a ser detetada é de minha inteira e exclusiva responsabilidade.

# AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Alinne Machado e Melo e Fernando Luiz Mendes Cruz, que sempre me ensinaram a dar o meu melhor através do exemplo, sempre acreditaram em mim e me incentivaram da melhor forma possível, sendo as melhores pessoas que conheço;

Aos meus irmãos e melhores amigos, Paolo Marco Melo Cruz e Renan Melo Cruz, por todo apoio e estímulo;

À minha amada esposa, Larissa Macieira Martins de Melo Cruz, pelo encorajamento e compreensão, entendendo o porquê houve alguns momentos de ausência;

À minha orientadora, Prof. Dra. Ana Paula Guimarães, e ao meu coorientador, Prof. Dr. Carlos Alberto Batista Medeiros, docentes comprometidos com o nobre trabalho de educar, cujas lições foram necessárias para a concretização desta dissertação.

Muito obrigado a todos!

# RELATIVIZAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE INSCULPIDA NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

## RESUMO

A presunção de vulnerabilidade prevista no artigo 217-A do Código Penal dá azo a processos e sentenças teratológicas, impedindo que o Poder Judiciário analise o caso concreto à luz das provas trazidas à baila pelas partes envolvidas. É de conhecimento público que os Congressistas são fortemente influenciados pela opinião pública, o que desencadeia a edição de tipos penais despidos da melhor técnica legislativa. É demonstrado, ao longo desta dissertação, que o crime de estupro de vulnerável é nefasto, incubindo ao Estado punir, com rigor, os autores deste delito, protegendo-se a saúde mental e psicológica das crianças e adolescentes do país, nos termos do que preconiza a Constituição Federal de 1988. Não obstante, o dever de proteção de nossos infantes não é desculpa para a adoção de políticas retrógradas e que não refletem o sentimento social do povo que despreza a exploração sexual de menores por adultos inescrupulosos, mas que tolera, a depender do contexto, a relação entre jovens de idades aproximadas. Seguindo esta premissa, a presente dissertação analisou os argumentos favoráveis e desfavoráveis à relativização da presunção de vulnerabilidade, sem descurar-se dos aspectos históricos correlacionados ao delito de estupro, das consequências advindas de um processo criminal para a vítima e para o infrator e dos princípios hermenêuticos que permeiam a temática, a saber: princípio da proporcionalidade, busca da verdade real, legalidade, intervenção mínima, melhor interesse do menor, contraditório e ampla defesa e adequação social. Sopesando-se as implicações de diversas interpretações, verifica-se que a presunção de vulnerabilidade deve ser mitigada em casos excepcionais, cabendo ao Poder Judiciário aplicar a exceção de Romeu e Julieta, desde que estejam presentes os requisitos para tanto, quais sejam: existência de relacionamento entre sujeito ativo e passivo; consentimento da vítima para o sexo e diferença de idade entre as partes de até cinco anos. Demonstra-se, também, que tal teoria só deve ser aplicada para quem já conte com mais de 12 (doze) anos, sendo esta a idade em que se é considerado adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

**Palavras-chave:** Presunção de vulnerabilidade; Estupro de vulnerável; Políticas retrógradas; Princípios hermenêuticos; Exceção de Romeu e Julieta.

# RELATIVIZATION, BY THE JUDICIARY, OF THE PRESUMPTION OF VULNERABILITY INCLUDED IN ARTICLE 217-A OF THE CRIMINAL CODE

## ABSTRACT

The presumption of vulnerability provided for in article 217-A of the Penal Code gives rise to teratological processes and sentences, preventing the Judiciary from analyzing the specific case in light of the evidence brought to the fore by the parties involved. It is public knowledge that Congressmen are strongly influenced by public opinion, which triggers the publication of criminal types stripped of the best legislative technique. It is demonstrated, throughout this dissertation, that the crime of rape of a vulnerable person is disastrous, leaving the State to strictly punish the authors of this crime, protecting the mental and psychological health of children and adolescents in the country, in accordance with advocates the Federal Constitution of 1988. However, the duty to protect our infants is not an excuse for adopting retrograde policies that do not reflect the social sentiment of the people, which despises the sexual exploitation of minors by unscrupulous adults, but which tolerates, depending on the context, the relationship between young people of approximate ages. Following this premise, this dissertation analyzed the favorable and unfavorable arguments for the relativization of the presumption of vulnerability, without neglecting the historical aspects related to the crime of rape, the consequences arising from a criminal process for the victim and for the offender and the principles hermeneutics that permeate the theme, namely: principle of proportionality, search for real truth, legality, minimal intervention, best interests of the minor, contradictory and broad defense and social adequacy. Weighing the implications of different interpretations, it appears that the presumption of vulnerability must be mitigated in exceptional cases, and it is up to the Judiciary Branch to apply the Romeo and Juliet exception, provided that the requirements for this are present, namely: existence of relationship between active and passive subject; consent of the victim to the sex and age difference between the parties of up to five years. It is also demonstrated that such theory should only be applied to those who are already over 12 (twelve) years old, this being the age at which one is considered a teenager by the Child and Adolescent Statute.

**Keywords:** Vulnerability assumption; Vulnerable rape; Retrograde policies; Hermeneutical principles; Exception of Romeo and Juliet.

# ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	7
1. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO PENAL .....	10
1.1 Do conceito de criança e adolescente e das modificações no tratamento jurídico dado às pessoas em desenvolvimento.....	10
1.2 Crianças e adolescentes como sujeitos de direito.....	12
1.3 Reflexos da alteração na trajetória do direitos da Criança e do Adolescente na seara penal.....	15
2. DA MUDANÇA COMPORTAMENTAL DOS INFANTES EM RELAÇÃO AO SEXO E SEUS REFLEXOS NA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA ENTABULADA NO CÓDIGO PENAL .....	18
2.1 Do processo de libertação sexual e seus reflexos nas crianças e adolescentes .....	18
2.2 Mudanças na presunção de violência contra menores de 14 anos .....	21
2.3 Evolução sociofilosófica do crime de estupro.....	24
3. DA VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE .....	37
3.1 Direito e violência .....	37
3.2 Causas do cometimento do abuso sexual contra crianças e adolescentes .....	39
4. POSICIONAMENTOS E ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS DE IDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....	43
4.1 Lei penal como forma de proteção às crianças e adolescentes .....	43
4.2 Respeito à opção do legislador.....	50
4.3 A jurisprudência como forma de interpretação da norma penal .....	57
4.4 Limitação do direito à liberdade sexual .....	63

5. POSICIONAMENTOS E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS DE IDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	69
5.1 A exceção de Romeu e Julieta como possível solução para a adequação da lei.....	69
5.2 Incompatibilidade entre a súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e o sistema do livre convencimento motivado.....	79
5.3 Aplicação da presunção absoluta de vulnerabilidade num contexto de crise no sistema penitenciário brasileiro.....	88
5.4 Estigmatização do criminoso.....	94
5.5 Do fenômeno da vitimização.....	100
5.6 Análise da problemática à luz das duas faces do princípio da proporcionalidade.....	104
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	114

# INTRODUÇÃO

A mudança no comportamento dos jovens vem ocorrendo numa velocidade espantosa, gerando dissensos na visão de como o Poder Judiciário deve intervir para salvaguardar a dignidade sexual e regular o desenvolvimento da personalidades desses jovens.

A discussão sobre a relativização, pelo Poder Judiciário, da presunção de vulnerabilidade emoldurada no artigo 217-A do Código Penal está entrelaçada à temática, sendo o ponto nodal desta dissertação.

Os posicionamentos sobre o problema, muitas vezes, estão mais ancorados no que a mídia sensacionalista e o populismo penal propõem do que numa interpretação racional e comedida da Constituição Cidadã e do Código Penal, sendo imprescindível avaliar os fundamentos favoráveis e contrários para se chegar a uma conclusão razoável.

Nesse contexto, o presente trabalho almeja alcançar uma solução adequada para a polêmica, levando-se em consideração os efeitos aterradores que o crime de estupro de vulnerável gera a para a vítima, bem como as marcas indeléveis que o sistema penal causa a ela.

A princípio, questões conceituais são trazidas à baila, sendo tecidos comentários sobre as mudanças no tratamento jurídico dispensado às pessoas em desenvolvimento ao longo do tempo, explicando-se ainda como estes passaram a ocupar a posição de sujeito de direitos em nosso ordenamento jurídico.

Naturalmente, foram esclarecidas as causas do despertar sexual mais precoce dos jovens nos dias de hoje, correlacionando-as com a propagação rápida de informações, inerentes ao mundo globalizado, e com o próprio processo de secularização.

O processo de mudança na lei (diminuição da idade de consentimento) também foi abordado, destacando-se as razões para tanto. Os motivos da inclusão do crime de estupro de vulnerável pela lei nº 12.015, de 2009 também foram trabalhados ao longo do texto.

Mais a frente, foram feitas ponderações sobre a evolução sociofilosófica do delito de estupro, discorrendo-se acerca de previsões normativas do tipo penal, aspectos históricos, formas de punição e sentimento social relacionado ao tema. Tal reflexão é

necessária para a compreensão das raízes do problema, evitando-se cometer antigos erros e a perpetuação de preconceitos.

Por estar intimamente conectado com o assunto em testilha, desenvolve-se a relação entre direito e violência ao longo da história da humanidade, dissertando-se como esta última pode e deve ser utilizada em prol da própria sociedade.

Anota-se ainda que, para entender melhor a mente do criminoso que comete o abuso sexual contra menores, foram consideradas, neste trabalho, as principais causas que levam o infrator a cometer o tipo penal, sejam elas de ordem história, filosófica ou sociológica.

Após a finalização das questões introdutórias, adentra-se no âmago do assunto, registrando-se os posicionamentos favoráveis e contrários à relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade. A súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça foi amplamente debatida, posto que ela foi editada para sedimentar entendimento jurisprudencial sobre o assunto.

Frisa-se que a própria compatibilidade da súmula supra com o sistema de valoração de provas prevalecente no país e, por conseguinte, com o princípio do contraditório e da ampla defesa foi analisada.

Verifica-se, pois, que a matéria está indissociavelmente ligada às regras de hermenêutica penal, razão pela qual se trabalha com os princípios penais pertinentes, debatendo-se sobre a possibilidade de aplicação, ou não, dos princípios da intervenção mínima e da adequação social.

Neste ponto, fica bem evidenciada a importância acadêmica de se dar um desfecho melhor para a controvérsia, havendo posicionamentos extremamente antagônicos sobre a matéria, cujos efeitos práticos prejudicam os agentes envolvidos e a própria coletividade.

Mister realçar que aqueles favoráveis à manutenção da vulnerabilidade absoluta acreditam que a mitigação vai de encontro à evolução legislativa que segue no sentido de proteger os menores cada vez mais. Argumentam que interpretação mais flexível terá o condão de estimular a prática de crimes contra a dignidade sexual dos mais vulneráveis, imputando a responsabilidade do delito mais à vítima do que ao verdadeiro infrator.

Doutra sorte, os que advogam pela mitigação entendem que a prática evitaria decisões teratológicas, que chegam ao ponto de criminalizar a relação sexual ocorrida entre adolescentes de idades próximas. De acordo com os defensores desta linha de

pensamento, a realidade exige posicionamentos mais flexíveis, haja vista que a lei nunca terá força o suficiente para alterar os anseios da sociedade.

A busca por uma interpretação razoável da norma escrita foi ampla e não se limitou à legislação doméstica. Por conseguinte, foi debatida a conciliabilidade da exceção de Romeu e Julieta, teoria adotada em alguns Estados dos Estados Unidos, com a legislação interna.

Foram apresentados os pontos positivos da teoria e a adequabilidade deste entendimento normativo com legislação brasileira, velando-se sempre pelo princípio do melhor interesse do menor e pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalho almejou analisar a compatibilidade da exceção de Romeu e Julieta de forma comedida, por isso valeu-se de ambas as facetas do princípio da proporcionalidade (vedação da proteção deficiente e proibição do excesso da atividade legislativa no campo penal) para chegar a derradeira conclusão.

# **1. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO PENAL**

O conceito de criança e adolescente varia de acordo com a norma utilizada pelo operador do direito. A forma como os infantes, o Estado e a família estão sendo tutelados pela lei vem mudando ao longo dos anos. Compreender tal dinâmica é essencial para entendermos sua conceituação e traçarmos os limites legislativos em prol das crianças e dos adolescentes, mormente no âmbito criminal.

## **1.1 Do conceito de criança e adolescente e das modificações no tratamento jurídico dado às pessoas em desenvolvimento**

O artigo 1.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança define criança como “[...] todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por outro lado, assevera em seu artigo 2.º, que criança é a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, ao passo que adolescente é aquela entre 12 e 18 anos de idade.

Depreende-se que não há unanimidade absoluta quanto ao critério etário, ou seja, dependendo do país, a idade necessária para ser chamado de criança e adolescente pode mudar. Afinal, a própria convenção supra admite que a maioria seja atingida antes dos dezoito anos de idade.

Nos dias de hoje, acredita-se que a Convenção não teria muitos signatários caso não houvesse tal maleabilidade, uma vez que a diversidade de culturas não dá abertura para a existência de um conceito único do que sejam crianças e adolescentes. Peculiaridades culturais e históricas interferem na discussão, chegando a obstaculizar a promoção e difusão de certos direitos humanos, ainda que envolvam grupos mais fragilizados por questões físicas, tais como mulheres, deficientes, idosos, crianças e adolescentes.

Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>1</sup> apresenta casos (“hard cases”) de como o relativismo cultural pode reduzir vertiginosamente o alcance dos direitos humanos, citando dois exemplos: prática de sacrifício de crianças recém-nascidas por tribos indígenas para elevação de espírito ou em prol da própria comunidade indígena (fins de proteção contra castigo); amputação do órgão sexual feminino em determinadas tribos.

Ora, se nem mesmo existe consenso no âmbito internacional quanto a extirpação das práticas retromencionadas, não se pode esperar, por enquanto, que haja total acordo com relação à estipulação de conceitos envolvendo menores e adolescentes.

Conquanto o assunto seja delicado, luta-se para que as legislações internas sejam coesas, devendo haver um diálogo entre a Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Criança e Adolescente, Código Penal, Código Tributário Nacional, etc.

Pois bem! Sabe-se que, com o passar do tempo, novas leis são feitas pelo Poder Legislativo, adequando a norma jurídica à realidade atual e disciplinando as relações jurídicas nas mais diversas searas do direito, incluindo-se aquilo que envolve as pessoas em desenvolvimento.

A humanidade, como um todo, vem galgando um longo caminho, sendo habitual a mudança de perspectivas. Muitos assuntos, temas e questões pacíficas já passaram a serem vistas de forma completamente diferente com o decorrer dos anos. Em verdade, certas atitudes e visões passaram a ser intoleráveis pela sociedade e pela lei em diversas partes do globo, sendo a escravidão e a tortura exemplos disso.

Sumariando alterações fáticas e normativas no âmbito dos direitos humanos, fizeram com que houvesse evoluções no próprio direito infantojuvenil, decorrendo daí tratamentos jurídicos diversos às crianças e adolescentes.

De acordo com as lições de Paulo Afonso Garrido de Paula,<sup>2</sup> as fases oriundas das metamorfoses, ora aludidas, podem ser resumidas em quatro: I - fase da absoluta indiferença; II-fase da mera imputação criminal; III-fase tutelar e IV-fase da proteção integral. Na primeira fase, não havia legislação a respeito, atestando a falta de atenção do Poder Legislativo para com os infantes. Na segunda fase, as leis (Ordenações Afonsinas e Filipinas, Código Criminal do Império de 1830 e Código Penal de 1890) almejavam inibir o cometimento de delitos por parte dos menores de 18 anos, ao passo que na fase tutelar foram chancelados poderes aos absolutamente capazes para que eles pudessem promover a integração sociofamiliar da criança. Noutro giro, na quarta

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. – *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 387.

<sup>2</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. – *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

fase, o menor passa a ser protegido integralmente, sendo reconhecido como sujeito especial de direitos e prerrogativas pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

Depreende-se dessa linha histórica como a legislação doméstica chegou ao ponto em que está hodiernamente, estando tais transições umbilicalmente ligadas ao próprio entendimento do Poder Judiciário sobre questões penais ligadas aos infantes.

Ao nosso ver, as alterações de tratamentos jurídicos, ora citadas, são salutares, contudo conquistas no âmbito legislativo não são definitivas, tampouco garantem que não haverá retrocesso em algum momento da história.

São vários os capítulos negros da história do ser humano que sempre ameaçam retornar, justamente porque não existem garantias de que o homem não voltará a cometer os mesmos erros do passado. Preconceitos, lutas, regimes totalitários e até mesmo guerras acabam se repetindo pelas mesmas motivações econômicas, políticas e religiosas. Portanto, a luta pelo não retrocesso e a constância na autocrítica devem ser eternos.

## 1.2 Crianças e adolescentes como sujeitos de direito

Conforme explicações pretéritas, o cenário mudou, tendo a lei acompanhado tal transição. Antigamente, o Código de Menores, já revogado, abrangia o menor abandonado ou em situação irregular, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente aplica-se a qualquer criança ou adolescente, não importando a situação dos mesmos.

Já no artigo 1º, o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve: “Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” Denota-se que o legislador, com razão, passou a dar mais atenção a este segmento da população, conferindo-lhes a condição de **sujeitos especiais de direitos**, assegurando-lhes inclusive prioridade e maior proteção.

Eis o que Rossato, Lépure e Cunha<sup>3</sup> lecionam acerca da mudança de tratamento ventilada:

No mesmo sentido do exposto supra, com a edição do Estatuto passa-se a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não como objetos. Apesar da ausência

---

<sup>3</sup> ROSSATO, Luciano Alves, LÉPURE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 - comentado artigo por artigo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 80.

da plena capacidade civil, as pessoas em desenvolvimento têm o poder de ostentarem, como titulares, prerrogativas inerentes ao exercício de direitos fundamentais. Poderão, pois, exercer livremente os direitos humanos reconhecidos internamente, que, positivados, passam a ostentar o *status* de fundamentais. Tal conclusão encontra guarida no inciso IV do art. 3.º da CF, que determina ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ademais, por serem pessoas em desenvolvimento, deverão as crianças e adolescentes terem todas as oportunidades e faculdades para potencializarem o seu estado físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

De fato, as alterações promovidas pelo novo *Codex* foram profundas, reverberando diretamente sobre o acesso a direitos fundamentais por parte dos infantes. Não se pode olvidar, também, que os próprios princípios estampados no Estatuto da Criança e do Adolescente ajudem na promoção do bem das pessoas em desenvolvimento.

Dentre eles, destaca-se os seguintes: princípio da proteção integral, absoluta prioridade ou superior interesse, brevidade, excepcionalidade, respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, participação popular, dentre outros.

Assim, no afã de dar maior atenção a um determinado grupo e de lhes assegurar a condição de sujeitos ativos de direitos, as políticas de atendimento não podem ser genéricas ou desprovidas de atendimento individualizado. Do contrário, tais modificações não passariam de letras mortas num pedaço de papel. Enfim, diretrizes são necessárias.

Devido a isto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 88, inciso I, prevê a municipalização de atendimento: “Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento;”

Andou bem o legislador, haja vista que o Brasil é um país de vasta extensão territorial, possuindo dimensões continentais, ou seja, um atendimento mais pessoal se faz necessário. Sabe-se que a Administração Pública deve ser eficiente. Logo, tal previsão a ajuda em seu intento.

Sobreleva-se, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente acabou concedendo um “plus” a crianças e adolescentes, posto que, historicamente, por serem mais frágeis e vulneráveis, acabavam sendo marginalizadas e vistas como uma mera extensão de seus ascendentes. Em outros tempos, todo o poder familiar estava concentrado no chefe da família, sendo a criança e o adolescentes objetos de sua vontade.

O fato de as crianças não poderem produzir e trabalhar como adultos também contribuiu para sua exclusão, não importando a sua fragilidade natural.

Tal ótica dava abertura para o cometimento de abusos, porquanto o Poder que os ascendentes possuíam, em face do menor, era muito grande, sendo este visto como algo secundário, e não como um ser humano, dotado de personalidade própria e direitos.

A atribuição da condição de sujeito de direitos aos infantes está em sintonia, inclusive, com o artigo 227 da Carta Magna de 1988, que assim preleciona:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Salienta-se, ainda, que até mesmo o termo menor passou a ser duramente criticado pela doutrina, vez que o mesmo passou a ser associado a pontos extremamente negativos.

Mister trazer à baila os ensinamentos de Nucci<sup>4</sup> sobre a mudança acerca da terminologia:

Sem dúvida, com o passar do tempo, o desgaste do termo menor se tornou visível, por variadas razões: a) havia o anterior Código de Menores, que conferia às crianças e adolescentes poucos direitos e várias punições, tornando a terminologia um sinônimo de extremada rigidez; b) os próprios adolescentes infratores, quando eram apreendidos, intitulavam-se para os agentes da polícia como sendo de menor; c) como o maior contingente de crianças e adolescentes a frequentar as Varas de Menores eram originários de famílias pobres, terminou-se por associar menor a pessoa pobre; d) os menores oriundos de famílias abastadas, se fossem surpreendidos em atos infracionais, também eram considerados menores, mas a proporção era ínfima, motivo pelo qual o estigma ficou saliente para as camadas menos favorecidas economicamente. Concordamos, portanto, que o termo desgastou-se. Porém, aboli-lo do dicionário é medida inócua e ingênua. Proibi-lo nos escritos relativos à infância e juventude é um autoritarismo às avessas. Há autores, hoje, que a pretexto de serem modernos, criticam todos os que ainda usam a palavra menor para designar criança ou adolescente. Nesse cenário, segundo nos parece, devemos evitar o falso proselitismo e a infantil caça aos antiquados. O termo menor é apenas a óbvia designação de quem tem menos de 18 anos, enquanto a palavra maior é destinada ao adulto, que já superou os 18 anos. Nada mais que isso. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por certo, trouxe modernidade ao direito infantojuvenil e, somente por isso, deve prevalecer, na maioria das citações, a terminologia adequada à novel legislação. Nem por isso, o termo menor de 18 anos tornou-se dogmaticamente incorreto ou um símbolo da tirania. Os filhos de pessoas pobres ou ricas são menores de 18 anos, logo, crianças e adolescentes. Aliás, se a singela troca de palavras resolvesse algum problema real do Brasil, já estaríamos com esse Estatuto implementado e nossos

---

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. – *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 64.

infantes e jovens não enfrentariam terríveis situações de descaso, a maioria delas provocadas pelo próprio Estado, omissos em seus deveres legais.

Concorda-se com as precisas lições do autor, pois a mudança no vocabulário, neste caso em específico, não trará mudanças na vida prática, tornando a discussão despicienda.

O Estado, a doutrina e o próprio Poder Judiciário devem se preocupar com a efetivação de direitos das crianças e adolescentes, e não com uma palavra que nem sequer possui, de fato, conotação pejorativa. Aliás, o próprio artigo 4º do Estatuto determina:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O fato é que, independentemente do “banimento” de antigas terminologias, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um marco, representando mudanças salutares para os direitos Infantojuvenis, dotando-os de direitos e extirpando a ideia de que tal grupo continuaria a ser visto como meros objetos.

### **1.3 Reflexos da alteração na trajetória do direitos da Criança e do Adolescente na seara penal**

O advento de novas legislações acompanhou a saída do ostracismo dos direitos da Criança e do Adolescente. Essa é uma tendência, havendo comando na própria Lei Maior acerca da punição de quem age em detrimento dos infantes, *in verbis*: “Art. 227, § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

Com efeito, o constituinte foi muito enfático. Logo, o nascimento de leis infraconstitucionais prevendo sanções cada vez mais rigorosas foi natural. O Poder Judiciário também vem seguindo essa trilha, pautando suas decisões nos interesses dos menores e punindo quem abusa deles.

Frisa-se, ainda, que no Brasil, os maiores de 18 anos (imputáveis) submetem-se as sanções penais entabuladas no Código Penal de 1940, ao passo que os menores de

18 anos sujeitam-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente, lembrando que às crianças só podem ser aplicadas medidas protetivas.

Assim sendo, a forma de como se encara a situação dos infantes interfere na sua própria punição e proteção, além de incidir diretamente sobre o rescrudescimento no tratamento de seus algozes.

Neste ponto, residem diversos problemas, sendo um campo fértil para diversas celeumas. A verdade é que há um abismo entre a teoria e a prática! Às vezes, uma proteção excessiva à determinado grupo pode desencandear certas injustiças na seara criminal.

Cita-se, como exemplo, a conduta de indivíduos mal-intencionados que se aproveitam da brandeza do Estatuto da Criança e do Adolescente para violar a lei, sobretudo adultos capazes que, valendo-se de crianças e adolescentes, cometem diversos delitos.

Não é incomum ver na mídia notícias de adolescentes sendo utilizados como intermediadores para a venda de drogas ilícitas, por exemplo. Crianças e adolescentes são usados até mesmo como membros em associações criminosas, cujo objetivo é o perpetramento de ilícitos penais.

Em razão do panorama atual, diversos doutrinadores e bancadas políticas discutem questões penais, alguns defendendo a reforma ou redução da maioria penal, ao mesmo tempo que outros defendem que a referida mudança não resolveria o problema, haja vista que o seu cerne do problema reside na falta de educação e excesso de pobreza da população, levantando-se a bandeira do direito penal mínimo.

Pois bem. **O tema** concernente à idade, na seara criminal, não se limita à aplicação, ou não, do ECA ou do Código Penal, estendendo-se, também, para outros casos, tais como a limitação etária fixada no artigo 217-A.

Discutir sobre essa possibilidade é justamente o propósito deste trabalho, havendo muitas nuances ao redor da questão que merecem ser consideradas antes que se possa chegar a uma conclusão satisfatória. O assunto é de tal importância que já foi objeto de Súmula pelo Tribunal da Cidadania, *in verbis*:

Súmula 593: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

A questão foi sumulada, mas a discussão está longe de ser sepultada, já que súmulas podem ser revistas/canceladas e os magistrados podem divergir do Superior Tribunal de Justiça (STJ), porque o entendimento não é de obediência obrigatória (não se trata de súmula vinculante).

Por fim, imaginemos por um momento que a Lei nº 12.015/09 tivesse estabelecido a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, apenas para os casos em que a vítima contasse com 12 (doze) anos de idade, tudo com fulcro no conceito dado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa solução se coadunaria com o interesse coletivo?

Tal questão é polêmica, mas entender os conceitos aqui abordados é o primeiro passo para obter a resposta almejada.

## 2. DA MUDANÇA COMPORTAMENTAL DOS INFANTES EM RELAÇÃO AO SEXO E SEUS REFLEXOS NA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA ENTABULADA NO CÓDIGO PENAL

### 2.1 Do processo de libertação sexual e seus reflexos nas crianças e adolescentes

É evidente que o mundo está constantemente mudando e se remodelando, notadamente depois da globalização e da vinda da era digital, que contribuiu significativamente para a difusão de conhecimento e para a sua democratização, sobretudo no Ocidente.

Todas essas mudanças afetaram a conduta da geração atual, vez que esta se encontra diariamente diante de informações ligadas a conteúdos de cunho sexual. Sublinha-se que a sexualidade e a própria mídia estão entrelaçadas, já que, no afã de vender (auferir lucro), os canais midiáticos se valem do sexo, assunto instigante por natureza, especialmente para os jovens que ainda estão se descobrindo.

Tal fenômeno resta cristalino no mundo capitalista, que claramente vem sendo muito influenciado pelo estilo de vida americano, bem como por seus programas televisivos e obras cinematográficas que vêm tratando do tema de forma cada vez mais escancarada.

Basta lembrar de programas famosos como *South Park* e de filmes como *American Pie* para chegar a conclusão de que mentes jovens são expostas a temas adultos o tempo inteiro.

Insta trazer a lume as observações de Strassburger<sup>5</sup> a respeito das mudanças de abordagem sobre o sexo nos filmes:

Os anos entre 1970 e 1989 representaram a era dos filmes de “sexploração” adolescente. Hollywood favoreceu a população adolescente, possivelmente devido a considerações demográficas: os adolescentes constituem o maior segmento da população que vai ao cinema. Filmes como *Porky's I, II e III*, *O Último Americano Virgem*, *Indo Até o Fim*, *A Primeira Vez*, *Amor Sem Fim*, *Negócio Arriscado*, *A Última Festa de Solteiro* e *Picardias Estudantis* tratavam de sexo na adolescência.

---

<sup>5</sup> STRASSBURGER, Victor C., WILSON, Bárbara J., JORDAN, Amy B. *Crianças, adolescentes e mídia* [recurso eletrônico]. Tradução: MALLMANN, Sandra. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Penso, 2011.p. 221.

As ponderações do autor estão em perfeita sintonia com a linha de raciocínio aqui esposada, razão pela qual maiores digressões não são necessárias.

Frisa-se que o próprio movimento de contracultura fez com que novas ideologias relacionadas à sexualidade emergissem, fomentando ainda mais o que estava adormecido na cabeça de pessoas com pouca idade, inclusive nas das mulheres e dos homossexuais de ambos o sexos, que vêm se engajando cada vez mais na luta por direitos civis.

O próprio Movimento *Hippie*, que surgiu nos anos 1960, contribuiu para o processo de libertação sexual, assim como a popularização de métodos anticoncepcionas. Faz-se mister destacar que o processo de secularização também favoreceu a diminuição de certas amarras quanto a sexualização.

Explica-se que a Igreja Católica, direta e indiretamente, sempre acabou regulando as relações amorosas, traçando regras e limites de acordo com seus dogmas. Por causa disso, a relação puramente carnal passou a ser vista como algo pecaminoso, ou seja, um ato que deveria ser reprimido, porque estava associado com o pecado em si. Ocorre que tal visão vem perdendo força ao longo dos anos.

É notório que, apesar de exercer grande influência perante milhões de pessoas, a religião perdeu muito do seu poder de influência perante a civilização ocidental, disputando, agora, com a ciência e com a ideologia capitalista, que tem como “Deus” o dinheiro.

Interessa relatar que no Brasil há uma harmonia, na legislação, entre a laicidade (artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal) do Estado e o direito constitucional à liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal). Eis o que entabula o artigo 19 da Constituição Federal:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

O artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal, por seu turno, assevera: Art. 5º (...)VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

A consequência de tal harmonia, na prática, resultou na pluralidade de pensamentos, de modo que aos poucos a correlação entre o sexo e pecado foi

esmorecendo do imaginário popular. Tanto é assim que não se vê, com a mesma habitualidade, pessoas indo se confessar, bem como se tornou comum a prática de atos libidinosos antes do matrimônio.

Enfim, verifica-se que, com o advento das mudanças supra, o sexo passou a ser menos reprimido, gerando efeitos colaterais negativos, vez que o assunto passou a ser cada vez mais comercializado e banalizado.

Trata-se de adultos vendendo seu produto a qualquer custo, independentemente de quaisquer prejuízos oriundos de sua comercialização desmedida, no âmbito internacional e nacional. A verdade é que a mídia impressa, cinemas e a própria televisão viraram fontes de informação sexual, podendo ser acessados livremente por intermédio de computadores e celulares, até mesmo por crianças e adolescentes.

Tal cenário traz à baila a seguinte indagação: Caberia ao Estado-Juiz, no intuito de velar pelo interesse do público infanto-juvenil, intervir de forma mais incisiva em caso de programação televisiva abusiva?

Acredita-se que sim. Portanto a liberdade de programação insculpida no artigo 220 da Constituição Federal não é um direito absoluto, devendo ser visto com temperamentos, *in verbis*: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

O artigo 21, XVI, da Constituição Federal de 1988, por sua vez, dispõe o seguinte: “Art. 21. Compete à União: XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão.”

Conclui-se, pois, que incumbe à União, através do Ministério da Justiça, recomendar os horários adequados para que determinados programas sejam transmitidos, sendo a classificação meramente indicativa, e não obrigatória. Colaciona-se o entendimento do Ministro Dias Toffoli<sup>6</sup>, em 2005:

(...) Sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, levando-se em conta, inclusive, a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada. Afinal, a Constituição Federal também atribuiu à lei federal a competência para ‘estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221’ (art. 220, § 3º, II, CF/88).

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI 2404*, Rel. Min. Dias Toffoli. [Consult. 04 abril 2020]. Julgado em 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2404.pdf> >.

Pois bem. Pode-se inferir das explicações supra que a aproximação dos jovens brasileiros contemporâneos com o sexo não ocorreu de forma repentina, havendo todo um contexto por trás. A própria mídia continua contribuindo para o contato precoce do público infanto-juvenil com o sexo, possuindo a Corte Máxima um posicionamento bem liberal quanto a questão, permitindo que o Poder Judiciário interfira apenas em casos de abusos.

De toda forma, acredita-se que este é um caminho sem volta, visto que o acesso a conteúdos adultos é simplesmente fácil demais nos tempos atuais, não havendo outra alternativa senão a adequação da lei penal às mudanças comportamentais dos jovens.

## **2.2 Mudanças na presunção de violência contra menores de 14 anos**

Naturalmente, o cenário hodierno contribui para o “amadurecimento” precoce dos jovens para o sexo, gerando reflexos no direito penal e, por conseguinte, na chamada presunção de violência.

O próprio Código Penal de 1890, entabulava a presunção de violência contra menores de 16 (dezesesseis) anos, todavia, no afã de acompanhar a mudança comportamental dos adolescentes, em 1940, o legislador alterou a idade para 14 (catorze) anos. Não obstante tais alterações, as discussões ainda perduraram, havendo doutrinadores que defendiam a presunção de violência absoluta (*juris et de iure*) e aqueles que defendiam o emprego da presunção relativa (*juris tantum*).

Esclarece-se que, se for adotada no caso concreto a presunção relativa, serão admitidas provas em contrário, justamente para elidir a suposta violência. Nessa esteira de pensamento, seria possível que o sujeito ativo do delito, denunciado pelo delito de estupro, comprovasse ao longo da instrução processual que não se aproveitou da ausência de maturidade do sujeito passivo.

Essa maturidade poderia ser traduzida, segundo eventual tese defensiva em: experiências sexuais pretéritas, consentimento expresso da vítima para a prática da atividade libidinosa, conhecimento da família do sujeito passivo acerca do relacionamento e pouca diferença de idade entre o suposto violador(a) e o menor de 14 anos.

Noutro giro, em se tratando da presunção de violência absoluta, não se admite prova em contrário da violência. Nessa senda, um adolescente de 17 (dezesete) anos deve, obrigatoriamente, ser condenado (ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável) em um processo judicial por manter um relacionamento (independentemente da maturidade psicológica do sujeito passivo) com outro adolescente de 13 (treze) anos de idade.

Neste último caso, a própria imaturidade psicológica da vítima está sendo tutelada pelo ordenamento jurídico, relegando-se a análise dos fatos em si. Ousa-se dizer que o moralmente repreensível agiganta-se sob esta perspectiva, impedindo uma análise casuística mais acurada do ocorrido.

Enfim, a rápida modificação de costumes, por óbvio, era a tônica da discussão nessa época. O posicionamento do Ministro Marco Aurélio de Melo<sup>7</sup>, em 2005, ilustra bem isso:

A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.

Mais uma vez, com o objetivo de apaziguar os conflitos, o legislador editou a lei 12.015/2009, oportunidade em que a presunção de violência petrificada no artigo 224 do Código Penal cedeu espaço para a vulnerabilidade da vítima, insculpida no artigo 217 – A do Código Penal.

Assim, a lei ventilada criou a figura do vulnerável, sendo estes, conforme o artigo 217-A (estupro de vulnerável), os menores de 14 (catorze) anos, os portadores de enfermidades ou deficiência mental que lhes retire o discernimento e a pessoa que, por qualquer outra causa, não possa ofertar resistência.

Interessa trazer a baila a redação do artigo 217–A, por causa de sua importância para o assunto em tela:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. – *Acórdão no Habeas Corpus nº 73.662/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. [Consult. 15 mar. 2020]. Decisão publicada em 21 de maio 2005. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_editorial/62-42-Junho-1996](https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/62-42-Junho-1996)>.

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

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º. Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º. As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

O advento da novel tipo penal não foi o suficiente para pacificar a discussão, sendo precisas as lições de Nucci:<sup>8</sup>

(...) tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos. Partindo do seguinte ponto básico; o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente.

Concorda-se com as ilações do autor neste ponto, porquanto o Poder Legislativo não se debruçou verdadeiramente sobre a questão, já que a mera remodelação de um tipo penal não será o suficiente para transformar subitamente a realidade.

Sabe-se que, muitas vezes, o Poder Legislativo não se vale de métodos puramente racionais para editar uma lei, haja vista que a adoção de medidas impopulares, ainda que necessárias, não são aprovadas pelo eleitorado daquele político. Na esmagadora maioria das vezes, é muito mais fácil perfilhar-se a discursos populistas e de pouca eficácia prática, ainda que com isso se fomente visões maniqueístas e discursos dotados de pouco embasamento científico.

Acredita-se, pois, que a redação do artigo 217–A não foi devidamente pensada, contendo nesta características de um direito penal meramente imediatista e simbólico,

---

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 967.

cuja lógica propagandista deve ser condenada pela melhor doutrina e pelo Poder Judiciário, que está em posição favorável para assumir posturas de vanguarda.

Sucedem que não é isso que vem acontecendo, vez que o próprio Superior Tribunal de Justiça, tentando dar um desfecho para a celeuma, editou a súmula 593, prevalecendo nesta o critério de presunção de vulnerabilidade absoluta.

Observa-se, pois, que a questão é complexa e que não há um consenso sobre o assunto no Brasil, apesar das tentativas de harmonização promovidas pelo Poder Legislativo e Judiciário. Fica claro, no entanto, que a sexualização não pode ser vista como um processo estático, e sim como algo que permanece em contínua transformação.

O processo de presunção de violência foi intensamente debatido até que fora substituído por um novo termo, mas, no final das contas, as controvérsias ainda persistem, pois não se chegou a uma solução satisfatória e verdadeiramente proporcional.

## **2.3 Evolução sociofilosófica do crime de estupro**

O estudo sobre o passado não é só saudável como também é necessário, pois só assim a sociedade consegue se situar no contexto em que vive, entendendo as transformações das normas e as suas raízes.

Um olhar crítico sobre o passado, notadamente na seara penal, ajuda a evitar que a humanidade repita seus próprios erros e auxilia no aperfeiçoamento da legislação e dos entendimentos encampados pelos tribunais.

Nesse passo, trazer à baila a evolução dos conceitos e das perspectivas relacionadas ao crime de estupro é imprescindível para o desenvolvimento desta dissertação, tornando-se possível entender como a legislação chegou ao ponto em que está. Também é possível vislumbrar os problemas jurídicos que os hermenutas e legisladores terão pela frente, considerando-se a evolução da norma positivada e a realidade atual.

O crime de estupro, ao longo da história, foi punido com rigor, através da aplicação de penas como a de morte e castração.

Não é sem razão que Cezar Roberto Bitencourt<sup>9</sup> leciona que os povos antigos puniam, com extremo rigor, os crimes sexuais violentos, destacando que os romanos puniam a conjunção carnal violenta, atualmente conhecida como o delito de estupro, com a aplicação de pena capital, disseminando terror com o ato. Outrossim, as chamadas Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, também puniam com pena de morte o homem que forçasse uma mulher a dormir com ele.

Naturalmente, o delito em voga sempre foi considerado grave pelas legislações, envolvendo questões embrionariamente ligadas à barbárie e selvageria do ser humano, que deve ser submetido a formas de controle social.

Trata-se de um crime considerado odioso, mesmo nos dias de hoje, estando o estupro e o estupro de vulnerável enquadrados como crimes hediondos no artigo 1º, incisos V e VI da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.

Na verdade, a morte de um estuprador não é mal vista pela população em geral (leigos no direito), sendo a vingança privada, nestes casos, vista como uma forma de defender a honra da pessoa estuprada, e não um motivo torpe.

O Poder Judiciário já se debruçou sobre o assunto, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.858.900 - PR (2020/0014440-0) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ RECORRIDO : TANIA DA SILVA GODOI ADVOGADOS : DIHEYSON ADALBERTO FURLAN CUNHA - PR062917 MARCELO RICIERI PINHATARI - PR037970 DECISÃO O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele estado nos Embargos de Declaração na Recurso em Sentido Estrito n. 0004478-61.2017.8.16.0090. Consta dos autos que a recorrida - denunciada como incurso no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal - foi pronunciada nos termos da exordial acusatória. O Tribunal a qual deu parcial provimento ao recurso, para afastar da pronúncia a qualificadora do motivo torpe. O Parquet, irrisignado, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados. O recorrente alega violação do art. 74, § 1º, e 413, caput e § 1º, do Código de Processo Penal, porque "a conclusão acerca do quadro fático em que se deu o crime e sua respectiva subsunção à qualificadora do motivo torpe caberia ao Tribunal do Júri" (fl. 1.243). Requer o provimento do recurso para que seja restabelecida a qualificadora do motivo torpe. As contrarrazões foram apresentadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso. Decido. I. Admissibilidade do recurso especial Constato a tempestividade do recurso especial, interposto com espeque no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, e verifico o preenchimento dos requisitos constitucionais, legais e regimentais para seu processamento. II. Contextualização Depreende-se dos autos que a recorrida - denunciada como incurso no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal - foi pronunciada nos termos da exordial acusatória. Narra a denúncia que o crime foi cometido por motivo torpe, em virtude de vingança, pelos seguintes fatos (fls. 95-96, destaquei): Consta dos autos que a vítima foi processada e absolvida, neste Juízo, da acusação de ter estuprado a filha da denunciada TANIA DA SILVA GODOI. Entretanto, a denunciada não se conformou com a absolvição e, em razão

---

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. – 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 48.

do seu ódio reprimido e desejo violento de vingança, prometeu que faria justiça com as próprias mãos e, assim, mandaria seus irmãos, os denunciados, ceifarem a vida da vítima. Destarte, verifica-se que a motivação da mandante e autora intelectual do crime é torpe e os demais denunciados, os executores, tinham ciência dessa motivação e aderiram a ela. O Juiz de primeiro grau asseverou, quanto ao motivo do delito, que (fl. 1.056, grifei): De mais a mais, também existem nos autos provas que indicam que o crime imputado aos réus em relação à vítima VALDINEY BRAZ DA SILVA pode se encaixar na definição de homicídio qualificado por motivo torpe e em razão do cometimento do crime mediante recurso que dificultasse ou tornasse impossível a defesa do ofendido, nos termos do artigo 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal. Com efeito, verifico existir nos autos provas que indicam que o crime imputado ao réu pode se enquadrar na definição de homicídio qualificado em razão do cometimento do crime por motivo torpe, uma vez que o motivo das agressões perpetradas seria desprezível, porquanto seria motivado por vingança, pois a vítima supostamente teria estuprado sua filha e este teria sido absolvido após o processo criminal. O Tribunal a quo deu parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificadora do do motivo torpe. Vejamos os fundamentos do acórdão quanto ao motivo do delito (fls. 1.194-1.198): Melhor sorte assiste ao pleito subsidiário de exclusão da qualificadora da torpe motivação. No caso em tela, consta da denúncia que a ré teria orquestrado a prática do delito supostamente motivada pelo sentimento de vingança, ou seja, por motivo torpe, em razão da vítima ter sido processada e absolvida da acusação de ter estuprado sua filha. [...] In casu, entendo que a narrativa da exordial acusatória não se coaduna com a qualificadora do motivo torpe, porquanto se o móvel propulsor do delito, em tese, foi o fato da vítima ter praticado o delito de estupro contra a filha da recorrente, não há torpeza na sua ação, pois não se pode concluir que agiu de maneira ignóbil, abjeta, desprezível e profundamente imoral. Assim, a vingança pode até configurar a qualificadora do motivo torpe, mas tão somente quando fruto de um sentimento injustificável e odioso, o que não ocorreu na hipótese, haja vista que da prova oral colhida evidencia-se que há indícios que a possível motivação do crime se deu pelo fato da vítima ter supostamente estuprado a filha da acusada. Desta forma, não há que se falar em motivo torpe, uma vez que não se pode considerar como repugnante o sentimento da acusada no presente caso. Em face do exposto, voto pelo parcial provimento do presente recurso, a fim de excluir a qualificadora do motivo torpe da decisão de pronúncia. A defesa, então, opôs, então, embargos de declaração, os quais foram rejeitados. III. Motivo torpe e vingança primeiramente, é importante consignar que a vingança, por si só, não torna torpe o motivo do delito. Como é cediço, a vingança como motivo é aquela que mais vivamente ofende a moralidade média, o senso ético social comum. É o motivo abjeto, repugnante, indigno. A realidade fática, as características do acontecimento, as peculiaridades relevantes e as condições das pessoas envolvidas é que nortearão o intérprete na acolhida ou na repulsa do gravame. A doutrina, nesse ponto, é bem esclarecedora. Vejamos: Cleber Masson orienta que "a vingança não caracteriza automaticamente a torpeza". (MASSON, Cleber. Código Penal comentado. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 617). Para Mirabete, "a vingança pode constituir o homicídio torpe, mas é necessário que esteja eivada de torpeza, que cause repulsa segundo os valores éticos correntes" (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código Penal interpretado. 9 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 772). Segundo Paulo César Busato, "um dos mais polêmicos temas sobre a qualificação torpe é a questão da vingança. Obviamente, em uma sociedade de padrão desejável, a vingança não é um valor moralmente apreciável ou positivo". Diz o autor que se deve "observar topicamente se a vingança que inspira o autor ofende ou não a moralidade média ou os princípios éticos dominantes. É mais do que evidente que a solução será sempre tópica, merecendo a análise caso a caso" (BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte especial 2. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39). Hungria afirma que "torpe é o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum. É o motivo abjeto, ignóbil, repugnante que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade" (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 163). O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que "A verificação se a vingança constitui ou não motivo torpe deve ser feita com base nas peculiaridades de cada caso concreto, de modo que, não se pode estabelecer um juízo a priori, seja positivo

ou negativo" (HC n. 80.107/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJ 25/2/2008, p. 339). Assim, escorrito o entendimento proferido pelo Tribunal de origem de que a vingança pode até configurar a qualificadora do motivo torpe, mas tão somente quando fruto de um sentimento injustificável e odioso, o que não se verifica na situação de vingança posta na denúncia. Desta forma, não há que se falar em motivo torpe, uma vez que não se pode tachar de repugnante o sentimento da acusada no presente caso, que pela denúncia e pelos indícios constantes na prova dos autos, matou a vítima para vingar um suposto e grave crime sexual praticado contra a sua filha. A grande questão a decidir, portanto, é se o enfrentamento da matéria deve ser ou não realizado pelo Tribunal do Júri, que é o juiz natural competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ou se o fato narrado (vingança pelas agressões praticadas pela vítima contra a sua genitora) pode, por manifestamente improcedente sua qualificação como torpe, ser excluído da análise dos jurados. IV. Art. 413, caput e § 1º, do Código Penal A Constituição Federal conferiu ao Tribunal do Júri a competência para julgar crimes dolosos contra a vida e assegurou-lhe a soberania dos veredictos. É cediço, ainda, que a decisão de pronúncia consubstancia um mero juízo de admissibilidade da acusação, razão pela qual basta que o juiz esteja convencido da materialidade do delito e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação para que o acusado seja pronunciado, consoante o disposto no art. 413 do Código de Processo Penal. Todavia, a decisão que submete o acusado a julgamento perante o Conselho de Sentença deve ser fundamentada não apenas em relação à materialidade do fato e aos indícios suficientes de autoria ou de participação, mas também no que se refere às qualificadoras, haja vista o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Vale dizer, embora a decisão de pronúncia deva ser comedida na apreciação das provas, é preciso que contenha uma fundamentação mínima para o reconhecimento de qualificadoras, enquanto o juízo de valor acerca da sua efetiva ocorrência será apreciado pelo Conselho de Sentença. A propósito, confira-se: "as qualificadoras do crime de homicídio só podem ser excluídas da decisão de pronúncia se forem manifestamente improcedentes, isto é, quando completamente destituídas de amparo nos autos, sendo vedado nessa fase valorar as provas para afastar a imputação concretamente apresentada pelo Ministério Público, sob pena de se usurpar o pleno exame dos fatos do juiz natural da causa, qual seja, o Tribunal do Júri." (HC n. 138.177/PB, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 28/8/2013). No caso, a denúncia narra que a prática do delito imputado ao recorrido teve motivação torpe, por vingança, pois a denunciada praticou o delito, por não se conformar com a absolvição da vítima, que havia sido acusado de estupro a filha da ré. A decisão de pronúncia fundamentou a incidência provável da qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 121 do Código Penal da seguinte forma (fl. 1.056): [...] em razão do cometimento do crime por motivo torpe, uma vez que o motivo das agressões perpetradas seria desprezível, porquanto seria motivado por vingança, pois a vítima supostamente teria estuprado sua filha e este teria sido absolvido após o processo criminal. Pelos excertos acima, é certo que a qualificadora do motivo torpe foi inserida na tipificação, pelo fato de a mãe haver tentado matar o suposto estuproador de sua filha, o qual foi absolvido em processo penal. Desse modo, conforme demonstrado alhures, se tal conduta - em que pese bastante reprovável - não configura ato abjeto, ignóbil, repugnante, entendo que tipificá-la como qualificadora torpe no crime de tentativa de homicídio é manifestamente improcedente. É, portanto, imperiosa a sua retirada no iudicium accusationis. Em outras oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça também afastou a qualificadora do motivo torpe de plano, por entender que a vingança que motivou o crime não constitui torpeza a ponto de qualificá-lo. Vejamos as ementas: [...] 1. A vingança como motivo é aquela que mais vivamente ofende a moralidade média, o senso ético social comum. É o motivo abjeto, repugnante, indigno. A realidade fática, as características do acontecimento, as peculiaridades relevantes e as condições das pessoas envolvidas é que nortearão o intérprete na acolhida ou na repulsa do gravame. 2. Embora reprovável, não se pode acoimar de repugnante o sentimento do acusado no presente caso, que matou a vítima para vingar a morte de seu pai, a qual ocorreu quando o réu era criança e de forma violenta, pois, depois de ser morto, seu pai fora jogado aos porcos. Tal circunstância, no passado, afasta, de plano, a apontada torpeza do motivo. 3. Permite-se a exclusão das qualificadoras do crime de homicídio quando manifestamente improcedentes, isto é, quando completamente destituídas de amparo legal, como na

hipótese. 4. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp n. 1.637.001/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 19/12/2017) [...] III - A verificação se a vingança constitui ou não motivo torpe deve ser feita com base nas peculiaridades de cada caso concreto, de modo que, não se pode estabelecer um juízo a priori, seja positivo ou negativo. Conforme ressaltou o Pretório Excelso: a vingança, por si só, não substantiva o motivo torpe; a sua afirmativa, contudo, não basta para elidir a imputação de torpeza do motivo do crime, que há de ser aferida à luz do contexto do fato"(HC 83.309/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06/02/2004). IV - No caso concreto, entretanto, a circunstância do crime ter sido cometido em decorrência de abuso sexual sofrido pelo paciente, no passado, pela vítima do homicídio, afasta, de plano, a apontada torpeza do motivo. Ordem parcialmente concedida. (HC n. 126.884/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 16/11/2009, destaquei) O acórdão está de acordo, portanto, com a firme jurisprudência desta Corte, o que me permite o julgamento monocrático deste recurso nos termos da Súmula n. 568 do STJ. V. Dispositivo À vista do exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento. <sup>10</sup>

A decisão supra mostra o quanto o estupro é tido como abjeto, devendo ser considerado o sofrimento da vítima e dos familiares da ofendida, desde a fase inquisitorial até a instrução e julgamento do feito.

Em verdade, o crime sexual é um ato tão perverso e horrendo que consegue despertar um sentimento irrefreável de revolta na população, sendo comum escutar notícias de que populares, em determinadas circunstâncias, quiseram linchar estupradores até a morte, mormente quando as vítimas são infantes.

Lembra-se que, por questões biológicas e culturais, as mulheres foram os principais alvos do crime de estupro, ou seja, foram as que mais sofreram com a prática, de sorte que os infratores sempre confiaram no silêncio da vítima e na impunidade.

Aliás, até mesmo nos dias de hoje, a clandestinidade circunda os crimes sexuais, dificultando o levantamento de provas materiais que corroborem com a palavra da vítima.

Basta analisar alguns acórdãos atuais para atestar que a clandestinidade ainda acompanha crimes desta natureza, prevalecendo o posicionamento de que as declarações da vítima devem possuir valor probatório especial nos crimes contra a dignidade sexual.

Acerca do vertente assunto, colacionam-se os seguintes julgados:

EMENTA: APELAÇÃO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CONTRADIÇÃO ENTRE AS TESTEMUNHAS - PROVAS APTAS PARA A CONDENAÇÃO - PALAVRA DA VÍTIMA - AMBIENTES DE CLANDESTINIDADE - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - MANUTENÇÃO - CONTINUIDADE DELITIVA - QUANTUM MÍNIMO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Ainda que a defesa tenha trazido argumento no sentido de

---

<sup>10</sup> STJ-REsp: 1858900 PR 2020/0014440-0, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 27/02/2020, Decisão Monocrática, Data de Publicação: 03/03/2020.

que as provas testemunhais são contraditórias, os depoimentos prestados por cada uma das testemunhas conduzem à mesma conclusão, ou seja: o acusado aproveitava os momentos em que estava sozinho com o infante e passava a esfregar o pênis em seu ânus, sendo que para isso, oferecia dinheiro e doces, de modo que justificava a condenação pelos crimes de estupro de vulnerável, em continuidade delitiva. Inteligência do artigo 217-A c/c artigo 71, todos do CP. A palavra da vítima nos crimes sexuais está impregnada de especial relevância probatória, sobretudo por serem delitos que, quase sempre, são cometidos em ambientes de clandestinidade e em circunstâncias fáticas que não deixam vestígios precedentes. Mostra-se justa a fixação da pena-base acima do mínimo legal com espeque nas circunstâncias do crime, eis que o magistrado de primeiro grau se baseou no fato de ter o réu oferecido dinheiro e doces ao menor, com o fim de convencê-lo a aceitar a prática dos atos criminosos, o que deixa patente o modus operandi pernicioso usado na ação criminosa. Apresenta-se razoável o emprego da fração mínima de 1/6 em decorrência da incidência da causa de aumento prevista no artigo 71, do CP (crime continuado), por terem sido praticadas, ao menos, duas (2) infrações. Recurso conhecido e improvido.<sup>11</sup>

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. PLEITO ABSOLUTÓRIO RECHAÇADO. A inexistência de vestígios aferíveis por meio de prova técnica não reflete na atipicidade de infrações contra a dignidade sexual, haja vista o fato envolver conduta que, em regra, não deixa rastros materiais - no caso, toques nos glúteos e nas pernas e fricção do membro viril na genitália da infante. Ademais, a genitora da criança comunicou a autoridade policial quando transcorridos três meses da investida lasciva, tempo hábil para o desaparecimento de eventuais lesões. Firmada jurisprudência no sentido de que, em se tratando de ilícitos sexuais, a palavra da vítima se reveste de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova a determinar a condenação do acusado. Isso porque, pela sua natureza, tais condutas são normalmente cometidas de forma clandestina, longe dos olhos de qualquer testemunha. Assim, sendo a assertiva da ofendida firme e coerente, e não restando evidenciada a presença de motivos espúrios para falsa imputação, esta deve ser considerada como elemento de convicção na formação do juízo condenatório. Precedentes. Condenação mantida. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO.<sup>12</sup>

Sumariando, as cortes supra entendem que palavra da vítima é uma prova determinante, todavia não pode ser analisada de forma isolada, devendo dar-se ao acusado o direito ao amplo contraditório e ampla defesa.

Ainda nos dias de hoje, a vergonha e desonra impingida pelo ilícito sexual é tamanha que, muitas vezes, a vítima prefere não procurar as autoridades, até mesmo por que terá que lidar com o infrator ao longo do processo e reviver o ocorrido, relatando os fatos perante a autoridade policial e judicial e respondendo os questionamentos feitos por procuradores.

---

<sup>11</sup> TJ-ES - APL: 00033513320078080035, Relator: Ney Batista Coutinho, Data de Julgamento: 15/06/2016, Primeira Câmara Criminal / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/06/2016.

<sup>12</sup> TJ-RS - ACR: 70070078282, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 14/06/2017, Oitava Câmara Criminal / 8ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/06/2017.

Ressalta-se, pois, que as dificuldades encontradas no combate ao crime de estupro, incluindo-se as referenciadas acima, não são atuais. Não obstante, percebe-se uma clara evolução nas legislações no tocante ao assunto.

Nessa senda, importa tecer comentários sobre os conceitos e pressupostos estabelecidos pelas legislações anteriores. Eis o que Pierangeli e Souza<sup>13</sup> ensinam:

No Direito Canônico, o delito só se perfazia em face da virgindade da ofendida. Algumas legislações pretéritas, entre elas os nossos códigos de 1830 (art. 222) e de 1890 (art. 268), consideravam a honestidade da vítima pressuposto do crime. O Código Imperial (art. 222) e o primeiro Código Republicano (art. 268, § 1º) puniam com penas mais benevolentes o estupro praticado contra mulher pública ou prostituta. O Código Imperial usou a denominação estupro em um sentido bastante genérico, de sorte a compreender outros delitos sexuais, além daquele em que a mulher é subjugada. O estupro, assim designado na atualidade, era chamado pelos práticos de **stuprum violentum**, estabelecendo, dessa forma, uma diferenciação que os romanos não conheceram. Na modernidade, o estupro ficou conhecido como violência carnale e o termo violação é empregado pela maioria das legislações latino-americanas, por força da tradição espanhola. O Código Espanhol (1995), ainda que procure se afastar da terminologia tradicional, em seu art. 179 vale-se da expressão violação ao se referir às agressões sexuais. O nosso Código Criminal do Império, que era bastante avançado para sua época, ao cuidar do estupro seguiu a tradição romana, em que o vocábulo stuprum abrangia todas as relações carnavais ilícitas. O Código de 1890, por seu turno, já foi dotado de melhor técnica e conceituou o estupro como cópula violenta: “Art 269. Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não”. Restringia, pois, o âmbito do delito, cuja proteção alcançava apenas a mulher. Na verdade, o estupro não deixa de ser uma forma especial de constrangimento ilegal trasladada para a classificação dos crimes contra a liberdade sexual, orientado pela lascívia

Depreende-se que existem muitas diferenças nos conceitos dados acima, ficando bem claro que, por muito tempo, as vítimas permaneceram sem a devida proteção estatal. Pelo direito canônico mencionado acima, o delito somente se consumava se a vítima fosse virgem, ficando claro o ostracismo existente.

É claro que a legislação somente refletia o sentimento social, ou seja, sob a perspectiva da sociedade daquela época, o estabelecimento de requisitos supostamente relacionados à pureza e inocência da ofendida era algo aceitável.

As mulheres foram o gênero mais afetado por este crime ao longo da história do mundo, pois, por questões culturais, costumavam ser vistas como um bem material, e não como um ser humano dotado de sentimentos e intelecto.

André Estefam<sup>14</sup> explica ainda, que o estupro, durante o Império Romano, era visto como um delito patrimonial, ou seja, o foco não residia no atentado à liberdade de

---

<sup>13</sup> PIERANGELI, José Henrique, SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes sexuais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 2-3.

<sup>14</sup> ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana* – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 246.

agir, e sim na separação da mulher (propriedade) de seu guardião. Prossegue explanando que as mulheres, tanto na cultura grega quanto na romana, no período clássico, careciam de direitos mínimos que resguardassem a sua vontade, pois, na verdade, eram tratadas de forma desigual, inclusive no universo sexual. A situação se agrava caso a vítima pertencesse às classes consideradas inferiores, tais como as prostitutas e escravas. Nesse caso, não possuíam direito a nenhum reparo material, ficando ainda mais a mercê da violência.

Pois bem, tal cenário persistiu por muito tempo, porém, paulatinamente, a tolerância para com este tipo de brutalidade foi diminuindo em diversas sociedades, inclusive na brasileira, que foi demonstrando mais sensibilidade no tratamento da questão e reprimindo mais este tipo de conduta.

Apesar da demora, o legislador, corretamente, passou a focar mais na violência do ato em si, e menos na situação/posição social da vítima, tendo sido oportuna a conceituação forjada no Código de 1890, rompendo com a barreira anterior (virgindade como requisito para a consumação do estupro).

Destaca-se que, no código penal de 1890, a violência era presumida caso a vítima tivesse menos de 16 (dezesesseis) anos de idade. Noutro giro, o Código de 1940 reduziu a idade de consentimento para 14 (catorze) anos, procedendo uma redução verdadeiramente substancial e digna de elogios, visto que o conservadorismo exacerbado que permeia o assunto dificulta mudanças desta estirpe.

Para parte do eleitorado, posicionamentos liberais são interpretados como o mal da modernidade, sendo vistos como uma má influência para jovens mentes, que deveriam ser ensinadas a espelhar-se na chamada “família tradicional”. Noutros termos, o que se está dizendo é que Congressistas assumem o risco de perder capital político quando defendem certas bandeiras, como a diminuição da idade de consentimento.

O Código Penal de 1940 tratou da temática no título VI: “ Dos crimes contra os costumes”. O tipo penal possuía peculiaridades, vez que exigia condição especial do sujeito ativo (necessariamente tinha que ser um homem) e do passivo (obrigatoriamente mulher).

Tudo isso mudou com o advento da lei 12.015/2009, que deixou de fazer tal diferenciação, ou seja, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativos e passivos do crime em comento. Ademais, a referida lei também revogou o crime previsto no artigo 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor), remodelando o crime de estupro, que passou a prever que este crime não abarca somente a conjunção carnal,

como também a prática de atos libidinosos com outrem, mediante o emprego de violência ou grave ameaça.

Assim, o crime de estupro e de atentado violento ao pudor foram unificados, tratando-se de tipo penal misto alternativo ou de conteúdo variável, vez que, se praticadas várias condutas, o crime será único.

Insta ressaltar que, por conjunção carnal, entende-se como a introdução completa ou parcial do pênis no órgão genital da mulher (conceito mais restrito), enquanto o ato libidinoso é qualquer ato capaz de gerar excitação e prazeres de natureza sexual, tratando-se de um conceito bem mais amplo e aberto.

A Lei 12.015/2009 também introduziu no *códex* o chamado estupro de vulnerável, que antes aparecia tão somente em parágrafos e alíneas, resultando no aumento da pena.

Destaca-se, a reforma penal de 2009 alterou “Título VI Dos Crimes Contra os Costumes” para “Título VII Dos Crimes Contra Dignidade Sexual”, evidenciado uma repulsa maior ao ato que fere à liberdade sexual protegida no texto da Carta Cidadã (artigo 1º inciso III).

Associar o direito de autodeterminação sexual do ser humano ao fundamento da dignidade da pessoa humana é correto, pois afasta, no plano do direito positivo, a coisificação do homem e da mulher. Com isso, a liberdade sexual passa a estar ancorada num dos fundamentos da república, que por sua vez é irrenunciável e inalienável.

É claro que o direito à autodeterminação sexual é amplo, englobando o direito se recusar a fazer sexo e o direito de fazê-lo, sendo este último uma das problemáticas que envolvem o direito penal sexual atual e que também se relaciona com a dignidade da pessoa humana.

Salienta-se que, no Brasil, o pudor sempre esteve presente nos assuntos ligados à liberdade para dispor sobre a própria sexualidade, sendo isso reflexo do conservadorismo excessivo presente no pensamento do operador do direito, que persiste a despeito de modificações de costumes. As repercussões de pensamentos retrógrados são visíveis, notadamente no campo cível e penal.

Exemplo disso é que, em virtude da mora do legislador, o Poder Judiciário teve que intervir para que as uniões estáveis homoafetivas fossem reconhecidas, no âmbito jurídico, com as mesmas consequências da união estável existente entre pessoas de sexos diferentes (homem e mulher).

Neste sentido, segue julgado do Pretório Excelso::

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional, expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO.

IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.<sup>15</sup>

Decerto, a mora legislativa em reconhecer a igualdade quanto aos efeitos entre as uniões estáveis de heterossexuais e homossexuais se deu em virtude de posturas antiquadas, que reverberam no próprio Congresso Nacional. O julgamento retromencionado ocorreu apenas em maio de 2011, apesar da secularização da sociedade e do fato de que Lei Maior, que prega a isonomia e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ser de 1988.

---

<sup>15</sup> STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

No campo penal, a influência do conservadorismo desmedido também é evidente, tanto é que o próprio Código Penal de 1940 criminalizava o adultério, conforme esposado na exposição de motivos<sup>16</sup>:

Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja, o que diz com a organização ética-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da posse sexual é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca família sob proteção do estado.

Foi somente com o advento da Lei 11.106/05, de 28 de março de 2005, que o anacrônico tipo penal de adultério fora revogado, apesar da doutrina criticá-lo há muito tempo.

A relutância em se discutir sobre a irrelevância penal da prática de sexo entre adolescentes (exceção de Romeu de Julieta) e a de se revogar o crime previsto no artigo 229 do Código Penal (casa de prostituição) são outros exemplos do pensamento arcaico do legislador.

Eis o que prescreve o artigo em discussão:

#### **Casa de prostituição**

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Ocorre que a existência de prostíbulos é uma realidade, estando o Estado intervindo, supostamente em nome dos “bons costumes”, em questões de cunho predominantemente pessoal, ou seja, o editor das lei age com o pensamento anuviado por ideias ultrapadas.

Resta clarividente que o agenciamento de menores de 18 (dezoito) anos não deve ser permitido pelo Estado, devendo a infância e a inocência serem protegidas. De igual modo, o rufião, que se vale de violência ou ameaça para tirar proveito do lucro do trabalho alheio ou para coagir a prostituta, ou prostituto, a fazer algo contra a sua vontade deve ser sancionado severamente.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. [Consult. 22 jan 2021]. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>.

Insta mencionar que a ausência de estabelecimento comercial adequado para acomodar homens e mulheres que estejam nessa condição, desde que maiores de 18 (dezoito anos), põe ainda mais em risco a saúde e segurança destas pessoas, que se veem obrigadas a laborar nas ruas, locais em que estão mais expostas ao perigo, violências e condições insalubres.

Pois bem, o fato é que tais discursos moralistas, quando levados ao extremo, impedem que haja uma verdadeira reformulação do Código Penal e que se tutele de forma escoreita a dignidade sexual, deixando-se de lado os exageros.

À luz do exposto, verifica-se que o tratamento dispensado pelo Estado ao crime de estupro foi sendo alterado, refletindo as mudanças ocorridas no sentimento da própria sociedade.

Apesar dos povos antigos punirem com extremo rigor o crime de estupro, a impunidade reinava, haja vista que a desonra a que os ofendidos eram acometidos e a impunidade dos algozes desencoraja as vítimas a buscarem qualquer tipo de reparação.

Na maioria dos países civilizados, tal cenário foi mudando e as legislações passaram a exigir menos pré-requisitos para a consumação do delito, forjando-se penas mais proporcionais buscando-se proteger à liberdade sexual do sujeito passivo, seja homem, seja mulher.

Trata-se de um delito de consequências avassaladoras que continua sendo praticado, inclusive no Brasil, todavia, já houveram avanços significativos no mundo jurídico, sendo necessário continuar lutando pela difusão de direitos humanos, para que não hajam retrocessos e estagnação nesta seara.

A sociedade envelhece, assim como as leis caem em desuso, por isso é importante ter em mente que as leis concernentes aos crimes sexuais devem proteger o direito de fazer e o de não fazer sexo, bem como o regular desenvolvimento da personalidade dos impúberes.

Para tanto, é necessário avaliar a evolução legislativa e deixar de lado falsos moralismos que tanto obscurecem o raciocínio.

As mudanças comportamentais são constantes e o Brasil possui dimensões continentais, residindo aí os maiores desafios do legislativo e do Judiciário: encontrar o meio termo entre a liberdade e o dever de segurança.

## 3. DA VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

### 3.1 Direito e violência

A relação entre direito e violência é íntima, sendo fundamental que o operador do direito compreenda a “eterna” disputa que ocorre entre os dois. Cristoph Menke<sup>17</sup> leciona que o direito e a violência encontram-se em descompasso, quando não estão em conflito direto. Isso ocorre porque o Direito segue sentido contrário à violência, havendo até mesmo decisões jurídicas que almejam pôr fim a círculos de violência, que se retroalimentam. Constata ainda o autor que o próprio direito é violência, de sorte que decisões jurídicas também exercem violência externa (afetam o corpo) e interna (ferem a alma do condenado).

Apesar da proximidade, ambos não se confundem. Com efeito, a partir do momento que um ato violento é praticado, surge com ele o direito de opor-se à prática, cabendo ao Estado, na medida do possível, apaziguar o conflito. A reação, muitas vezes, é tão natural que chega a ser instintiva.

Sucedem que, muitas vezes, para o direito prevalecer, medidas mais enérgicas e físicas devem ser utilizadas, ainda que de forma proporcional e subsidiária. Pode-se observar o uso da violência de forma subsidiária e proporcional no comando da Súmula Vinculante número 11, do Supremo Tribunal Federal:

Súmula Vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Percebe-se que, em vários casos, o uso da violência para coibir a violência deve ser franqueado, pois nem todos se submetem pacificamente aos ditames da lei e da ordem. As próprias excludentes de ilícitudes (estrito cumprimento do dever legal, legítima defesa, exercício regular do direito e estado de necessidade) também exemplificam como a violência pode ser usada de modo legítimo, sendo um dos meios

---

<sup>17</sup> MENKE, Cristoph. *Direito e violência: estudos críticos*. Organização e revisão técnica MARTINS, Antonio José Teixeira João Paulo Bachur (Org.). Tradução de António Francisco de Sousa, António Franco, Geraldo Luiz de Carvalho Neto. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 16.

de ação do direito em si. Interessa trazer a baila a redação do Código Penal sobre legítima defesa, bem como a redação da Súmula Vinculante número 11 do Pretório Excelso:

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A legítima defesa, assim como a súmula sobre o uso de algemas, ratificam que o uso da violência, por intermédio da lei, deve ser feito de maneira moderada e razoável.

Esta relação é tão importante que justifica a manutenção do próprio Estado. Afinal de contas, o Estado monopoliza o direito de punir, ou seja, por questões de segurança, limitamos a nossa própria liberdade e a concedemos ao Estado, para que este tenha o poder necessário para resolver o conflito, ainda que para isso tenha que se valer da força.

Acredita-se que a chancela de tamanho poder é inevitável.

O próprio Beccaria<sup>18</sup> já lecionava sobre necessidade de se renunciar parcela da liberdade, desde que de forma razoável, em prol do bem comum, *in verbis*:

Só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça.

As lições reproduzidas acima permanecem atuais, pois num Estado Democrático de Direito a liberdade deve estar em pauta e sempre ser vista como um direito sagrado, já que a restrição desarrazoada desta pelo Estado assume um colorido teratológico.

O poder do Estado não pode ser desmedido. O seu agigantamento não pode infligir medo a população, portanto a relativização do direito à liberdade deve ser vista como exceção, sendo um mal necessário.

---

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare de Bonesana, Marquês de. *Dos delitos e das penas*. – 6ª ed. São Paulo: Atena, 1959. p. 35.

Leonardo Martins<sup>19</sup> anota que, de acordo com a doutrina majoritária alemã, em regra, todo comportamento individual deve ser livre de interferência do Estado. A própria liberdade geral de ação tem que possuir conotação ampla, abrangendo tudo que não estiver sujeito à tutela estatal, podendo tal ilação ser extraída do artigo 5º, *caput*, da Lei Maior e do espírito desta.

É claro que, num mundo ideal, nada disso seria necessário, pois o emprego de violência para se fazer cumprir a lei soa contraditório, assim como a restrição de liberdades para se garantir outros direitos fundamentais previstos na Carta Política. Ocorre que as pessoas vivem no mundo real e se submetem às intempéries da vida, sendo lógico que as leis sejam dotadas da força necessária para serem efetivas e que certos abusos cometidos em nome da liberdade de ação e de expressão sejam reprimidos.

Por falar em realidade, cabe anotar que a própria ideia de que a humanidade conseguirá extinguir completamente a violência do panorama mundial parece ser pueril. As relações entre seres humanos são complexas e dotadas de muitas particularidades, sendo impossível erradicar um defeito tão congênito dos seres humanos.

Noutro giro, isso não pode impedir que a humanidade cesse sua busca pela diminuição da violência, visto que o fim dessa procura culminaria em resultados desastrosos, sendo um campo fértil para o cometimento de bárbaries, violações de direitos humanos, anarquia e impunidade.

Sumariando, a criação de leis dotadas de poder coercitivo, cujo objetivo esteja ancorado justamente na vontade de controlar a violência inata do ser humano evidencia a relação intrínseca entre direito e violência. Tal forma de controle de ações humanas, por óbvio, existe no âmbito do direito penal sexual, sendo necessário, por vezes, o uso de medidas enérgicas para que se possa proteger a incolumidade física e psíquica dos impúberes.

### **3.2 Causas do cometimento do abuso sexual contra crianças e adolescentes**

---

<sup>19</sup> MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 50.

Eis o que Habigzang e Caminha<sup>20</sup> ensinam sobre a definição e finalidade do abuso sexual:

O abuso sexual é definido como todo ato ou jogo sexual, relação hetero ou homossexual, cujo agressor esteja em estágio de desenvolvimento psicosssexual mais adiantado que a criança ou o adolescente. Tem por finalidade estimulá-la sexualmente ou utilizá-la para obter estimulação sexual.

Denota-se que a relação entre agressor e agredido não é isonômica, estando este último, por motivos naturais e relacionados ao desenvolvimento psicosssexual, vulnerável à vontade daquele que agride.

É de clareza solar que a finalidade do agressor interliga-se com os seus desejos sexuais mais íntimos, sendo extensa a lista de causas que circundam a perpetração de crimes contra a dignidades sexual de crianças e adolescentes brasileiros, porém não se trata apenas de um problema doméstico, e sim de escala global.

Tão importante quanto estudar sobre o conceito e a finalidade do abuso é investigar sobre suas causas, aproximando-se, assim, da realidade dos fatos, para então compreender as suas nuances.

Carlos Roberto Bacila<sup>21</sup> anota que a teoria, quando divorciada da realidade, não produz conteúdo satisfatório, e sim superficial. Da mesma forma, a prática sem a teoria fica sem rumo, de modo que ambos devem ser conciliados, sob pena do pesquisador apenas arranhar a superfície daquilo que é objeto de estudo.

Ultrapassadas tais questões preliminares, passemos a tecer considerações sobre as causas do abuso, a começar pela diferença de maturidade entre o abusador e o abusado, que certamente facilita a consumação do ato e a ocultação do mesmo.

Na esmagadora maioria das vezes, o sujeito ativo é mais desenvolvido, física, biologicamente e mentalmente, que o sujeito passivo. Esta assimetria relacionada a condição de ambos favorece e encoraja o violador a seguir com a prática delituosa: induzindo ou aliciando o infante, podendo até mesmo incutir medo neste.

Na verdade, até mesmo a falta de recursos financeiros pode ser um fator determinante, porquanto famílias que não dispõem do mínimo para sobreviver com dignidade (água, comida, moradia, trabalho, assistência psicológica e educação de qualidade) tornam-se “presas” mais fáceis de exploração sexual.

---

<sup>20</sup> HABIGZANG, L., CAMINHA, R. M. *Abuso sexual contra crianças e adolescentes: conceituação e intervenção clínica*. – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 25.

<sup>21</sup> BACILA, Carlos Roberto. *Manual de criminologia e política criminal* [livro eletrônico]. – Curitiba: InterSaberes, 2020. p. 26.

Sabe-se que, muitas vezes, o abuso ocorre no seio familiar, ou seja, membros da família (tios, pais, primos, padrastos, etc.) acabam se aproveitando da ingenuidade do infante para cometer o ato sexual. Pois bem, quando o sujeito ativo, além de abusador, é o provedor da família (situação bem comum nas famílias de classe média baixa), fica mais difícil se rebelar contra o ato. Não é sem razão que, diversas vezes, outros parentes sabem o que está acontecendo, mas acabam sendo coniventes em virtude da precariedade econômica.

Reitera-se que a situação financeira também facilita o adentramento da população infanto-juvenil ao mundo da prostituição, desencadeando outros problemas como o uso de drogas, bebidas e a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis.

É claro que existem outros fatores além da hipossuficiência econômica, vez que tal problema, apesar de ser mais presente nas classes menos favorecidas, também paira sobre as mais abastadas.

Conforme esposado alhures, a ideia de que os infantes são sujeitos de direito é relativamente recente, de sorte que não está enraizada na sociedade brasileira. A ausência de protagonismo dos direitos dos infantes ao longo da história deu azo à prática de abusos sexuais e os reflexos dessa cultura de violência ainda estão presentes e vívidos nos dias de hoje.

É claro que ainda existem outros pontos a serem observados, relacionados a transtornos psicológicos do indivíduo e ao uso excessivo de drogas. Nessa linha de pensamento, Santos et al.<sup>22</sup> assevera que “[...] estados psicóticos ou perversos, depressão, baixo controle dos impulsos, problemas neurológicos, baixa tolerância ao *stress*, bem como o uso de álcool e outras drogas são fatores relevantes para a compreensão desse problema.”

Percebe-se que o autor aponta motivos relacionados ao ato, mas que não são, de modo algum, indicadores absolutos de que o indivíduo irá praticar delitos de conotação sexual.

Com efeito, uma das causas que mais causa comoção no universo jurídico gira em torno das chamadas parafilias, notadamente a pedofilia. Para Nestor Sampaio Penteado Filho<sup>23</sup> parafilia é uma palavra usada para designar transtornos da sexualidade, também conhecidos como perversões, termo que, apesar de causar

---

<sup>22</sup> SANTOS, B. C., et. al. *Maus-tratos e abuso sexual contra crianças e adolescentes: uma abordagem multidisciplinar*. São Leopoldo: Com-Texto Gráfica e Editora, 1998. p. 21.

<sup>23</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 9ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 207.

estranheza, ainda não caiu em desuso dentre os operadores da lei. O autor afirma que o estudo sobre parafilias perpassa sobre o erotismo e diversas formas de comportamentos do seres humanos.

Avançando, no caso da pedofilia, tal comportamento anômalo se relaciona com a atração sexual existente entre um indivíduo adulto e uma criança, sendo esta uma das motivações que causa mais preocupação, porque, constantemente, o infrator simplesmente não consegue controlar seus impulsos, embora esteja consciente dos tormentos que irá causar para si e para a vítima.

Noutro giro, há casos em que o sujeito ativo tem condições de se controlar, mas não o faz, devendo ser tratado, nestas hipóteses, como um imputável qualquer, recebendo sanções penais ao invés de tratamento psiquiátrico.

É nótório que tal análise demanda perícia, devendo ser verificado o grau de compulsão do infrator. Nestor Sampaio Penteado Filho<sup>24</sup> esclarece que a psiquiatria se ocupa, especialmente, da forma grave, havendo uma série de requisitos para esta acomodação: I) Natureza opressora, que torna parafílico, de certa forma, prisioneiro de seus próprios desejos e anseios, impedindo-o de corrigir seu comportamento; II) Natureza rígida, traduzindo-se no fato de que a excitação sexual só pode ser alcançada com a prática da pedofilia e dos atos inerentes a mesma; III) Natureza impulsiva, podendo ser conceituada como a obsessividade em relação aquela experiência, que por seu turno exige reiteração.

A perícia se revela importante não só para analisar a saúde mental do sujeito ativo de crimes contra a dignidade sexual, haja vista que a perícia também poderá ajudar a verificar as condições mentais da vítima no momento do crime.

Efetivamente, diante de um caso de abuso sexual praticado contra adolescentes, por exemplo, a depender a exegese que se dê ao estupro de vulnerável, o perito poderá atestar maturidade da vítima, dando azo a teses defensivas e a absolvição do réu. Enfim, o perito ajudará o magistrado a concluir pela existência de abuso, ou não, no caso concreto.

Percebe-se que a temática relacionada ao abuso possui caráter multidisciplinar, estando relacionada a aspectos psicológicos, históricos e sociológicos, sendo fundamental para o operador do direito entender as raízes do problema, para só então proceder a uma interpretação verdadeiramente adequada dos tipos penais, incluindo o estupro de vulnerável.

---

<sup>24</sup> Op.Cit. p. 208.

## 4. POSICIONAMENTOS E ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS DE IDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Mister destacar que muitos doutrinadores se anuem com o posicionamento de que não deve haver **relativização** de um **critério puramente objetivo** confeccionado pelo legislador, sob pena de se ir de encontro aos desejos da própria civilização.

Seguindo esta linha de raciocínio, a flexibilização da letra da lei favoreceria a insegurança jurídica e a prática de crimes hediondos, fomentando, ainda, o solipsismo judicial e a famigerada prostituição infantil.

### 4.1 Lei penal como forma de proteção às crianças e adolescentes

A lei penal, assim como tantas outras, pode ser aplicada de diversas formas, cabendo ao intérprete ponderar valores e princípios no intuito de aplicar a norma positivada da melhor forma possível.

*In casu*, pode-se muito bem advogar no sentido de que mitigar a idade estabelecida pelo próprio legislador nos levaria a uma interpretação que simplesmente não protege quem deveria favorecer, focando-se unicamente no comportamento da vítima.

Ora, o comportamento inapropriado do sujeito ativo deve ser aferido, já que ele, em regra, é o causador do problema. Segmentos mais frágeis da população devem ser protegidos, e não deixados ao relento por interpretações que não correspondem com o sentimento coletivo e que, ao invés disso, utilizam-se de “desculpas” para não aplicar a lei, tais como: evolução comportamental e amadurecimento precoce dos biologicamente imaturos.

Neste sentido, surge a seguinte indagação: as mudanças comportamentais dos jovens, ainda que os prejudiquem, devem servir de sustentáculo para a mudança da lei ou a norma escrita deve oferecer resistência, em prol da saúde psíquica e física desses jovens?

Ora, foi justamente por isso que o legislador estabeleceu uma idade mínima de consentimento, visto que o ponto nodal da questão reside no fato de que o adolescente, conquanto tenha amadurecido em virtude do fácil acesso à informação, ainda não tem total compreensão das consequências de suas condutas. Lembra-se de que o ato sexual descuidado, cometido na juventude pode trazer consequências definitivas, a exemplo de contração de doenças sexualmente transmissíveis, gravidez indesejada e problemas psicológicos.

Sim, a lei objetivou blindar a dignidade sexual dos menores a todo custo, não havendo margem para interpretações diversas, dentro desta linha de raciocínio, até mesmo por que favoreceria o aumento da prostituição infantil.

Segue, neste sentido, preciosas lições de Felix Fischer<sup>25</sup>, em 2010, acerca da celeuma:

Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. Por outra, nossa legislação – repetindo – protege contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. Data venia, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna. Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. João Mestieri) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual. (Embargos de divergência desprovidos).

As ponderações do ministro levam em consideração não só o sinistro quadro hodierno (crescimento da exploração sexual infantojuvenil), como também traz à lume

---

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. – *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP*. Relator: Min. Felix Fischer. [07 jun. 2020]. Decisão publicada em 14 de abril 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22FELIX+FISCHER%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+SECAO%22%29.ORG.&data=%40DTPB+%3E%3D+20100414+E+%40DTPB+%3C%3D+20100415&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

um outro olhar sobre a relação entre mudanças dos costumes e a tolerância com a prática de conjunção carnal com menores de 14 (quatorze) anos.

O Ministro pontua que, com o passar do tempo, o cidadão comum suporta cada vez menos a ideia de que a inocência das pessoas em desenvolvimento seja deflorada por pessoas cruéis e insensíveis, não cabendo ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo opor-se à vontade do povo em si, estimulando-se, por consequência, a perpetração de práticas hediondas.

Dizer que o Judiciário deve evitar o populismo não é o mesmo que ser conivente com condutas abjetas. Aliás, a proteção de direitos mínimos não se trata apenas de obrigação interna, sendo crescente a luta pela proteção de direitos humanos no exterior, considerando-se os direitos da vítima e a própria dignidade da pessoa humana, e não somente os direitos dos réus e investigados.

Há uma tendência de uniformização, estando o mundo mais atento às atrocidades dos países, que muitas vezes se valem de sua soberania para violar direitos naturais dos indivíduos. A **internacionalização dos direitos humanos** vem ganhando cada vez mais força, ou seja, muito do que era analisado apenas no âmbito interno passa a ser fiscalizado externamente.

Flávia Piovesan<sup>26</sup> faz ponderações pontuais sobre aos efeitos dessa internacionalização:

Os indivíduos convertem-se e em sujeitos de direito internacional – tradicionalmente, uma arena em que só os Estados podiam participar. Com efeito, à medida que guardam relação direta com os instrumentos internacionais de direitos humanos – que lhes atribuem direitos fundamentais imediatamente aplicáveis – os indivíduos passam a ser concebidos como sujeitos de direito internacional. Nessa qualidade, cabe aos indivíduos o acionamento direto de mecanismos internacionais, como é o caso da petição ou comunicação individual, mediante a qual um indivíduo, grupo de indivíduos ou, por vezes, entidades não governamentais podem submeter aos órgãos internacionais competentes denúncia de violação de direito enunciado em tratados internacionais.

Segue ainda a visão de Sidney Guerra:<sup>27</sup>

A proteção internacional dos direitos humanos defere, no sistema onusiano um *status* e um *standart* diferenciado para o indivíduo, isto é, apresenta um sistema de proteção à pessoa humana, seja nacional ou estrangeiro, diplomata ou não, um núcleo de direitos insuscetíveis de serem derogados em qualquer tempo, condição ou lugar. Inaugura-se, portanto, um sistema onde os instrumentos de proteção do indivíduo levam em consideração o reconhecimento, em termos planetários, da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93.

<sup>27</sup> GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

É a partir desse reconhecimento que se dá no plano internacional, que são estabelecidas medidas de contenção de abusos que são praticados especialmente pelos próprios Estados.

Frise-se, por oportuno, que a proteção internacional da pessoa humana não faz distinção quanto a nacionalidade ou país de origem de uma pessoa, isto é, o sistema internacional não procura proteger apenas os que possuem proteção diplomática ou determinada categoria de pessoas ou nacionais, e sim todos indiscriminadamente.

Conferir uma idade de consentimento adequada para o sexo se figura como um dos momentos em que o Estado deve legitimar a sua própria existência por meio da lei penal, executando o texto da lei que, para esmagadora maioria das pessoas, é moralmente defensável, evitando, na medida do possível, a criação de abismos entre a lei, a razão e a moral.

*In casu*, está em discussão a capacidade de autodeterminação e a saúde mental de crianças e adolescentes brasileiros, sendo sensato compreender os motivos das políticas criminais adotadas por nossos legisladores ao longo dos anos.

Transcreve-se ementa de julgado<sup>28</sup> de extrema importância sobre a controvérsia:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. **1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuisse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).** 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era

---

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. – REsp 1480881/PI. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. [Consult. 07 jun. 2020]. Decisão publicada em 10 de setembro 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22ROGERIO+SCHIETTI+CRUZ%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+SECAO%22%29.ORG.&data=%40DTDE+%3E%3D+20150825+E+%40DTDE+%3C%3D+20150826&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizada. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar irrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

O julgado ora colacionado é deveras relevante, pois contradiz a posição no sentido de que, com o amadurecimento sexual precoce dos jovens, o princípio da adequação social deve ser aplicado para justificar eventuais relações entre adolescentes e adultos com idade avançada.

Depreende-se do julgado supra que a aplicação de tal entendimento seria errônea, vez que tal princípio deve ser aplicado em favor da vítima, e não do seu algoz. Afinal de contas, mesmo nos dias de hoje o relacionamento de uma criança ou adolescente de tenra idade com um adulto é visto como algo antinatural pela sociedade, de sorte que causaria estranheza a aplicação do clamor social para este fim.

O escritor português, Manoel Monteiro Guedes Valente<sup>29</sup>, esclarece que a norma positivada deve harmonizar-se com as naturais mudanças econômicas, culturais e intelectuais que vão ocorrendo na sociedade, vez que somente desta forma o pensar humano dos cidadãos encontra representação adequada através da lei, que espelha valores que regem a comunidade.

Nessa perspectiva, a desnaturalização do princípio da adequação social, significaria, também, retrocesso no âmbito de políticas criminais que combatem à prostituição, além de uma desistência tácita, já que o acesso à informação, bem como as maravilhas da modernidade, devem ser utilizados para propagar o conhecimento e educar os cidadãos a não cometerem ilícitos, aos invés de servirem de escusa para infratores do *CODEX*.

Com a tecnologia e o amadurecimento dos direitos fundamentais e humanos, a Dignidade Sexual dos mais fracos deve ser ainda mais protegida, ao passo que a política contra o cometimento de abusos sexuais deve ser endurecida.

Não se trata de paternalismo exacerbado, e sim de coerência com as metas da Carta Política de 1988 e com as alterações que vêm sendo feitas na legislação interna, não limitando-se àquelas feitas no âmbito criminal.

Figuram-se, como exemplo, as alterações feitas no Código Civil brasileiro, já que, com o advento da Lei 13.811/19, está vedado o casamento do menor de 16 anos de idade.

A antiga redação do artigo dispunha o seguinte: “Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”

A nova redação do art. 1.520 do Código Civil brasileiro, outro lado, estipula que: “Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.”

Não há mais possibilidade, ainda que incomum, de casamento de quem não atingiu a idade núbil de 16 anos, alteração que parece estar mais afinada com o princípio da proteção integral prescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>29</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Consumo de Drogas: reflexões sobre o quadro legal - 8ª ed. – Coimbra: Almedina, 2020. p. 40.

Casar-se muito cedo, naturalmente, leva à gravidez e ceifa a infância das pessoas, perpetuando o abandono escolar e a exploração de mulheres, que ainda não estão preparadas para aquela experiência.

Pois bem! trata-se de um raciocínio bem lógico, haja vista que, como o legislador passou a impedir que menores de 16 (dezesseis) anos se casem, é claro que não seria condizente com a novel legislação que o Poder Judiciário relativizasse a idade de consentimento para o sexo.

Pode-se advogar no sentido de que o Legislador tinha em mente o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos quando estabeleceu a idade de 14 (quatorze anos), resguardando bens jurídicos muito importantes para parcela significativa da população.

É inteligente que o legislador considere este princípio, haja vista que, por tabela, ela não se distanciará dos costumes e cultura do povo regido pela lei. É claro que a lei não poder ter um caráter imediatista, puramente político ou meramente simbólico, porém, é muito difícil que um dispositivo, cujo teor cause asco à população, tenha êxito no mundo real.

Seja assegurando o direito à liberdade sexual, seja protegendo a infância, a proporcionalidade nunca deve sair da equação. Ter letras mortas num pedaço de papel não ajuda a sociedade a se desenvolver.

Nesse contexto, interessa trazer à baila alguns comentários sobre bens jurídicos penais e como eles se relacionam o princípio da exclusiva proteção a bens jurídico-penais.

Junqueira e Vanzolini<sup>30</sup> lecionam:

Bens jurídico-penais podem ser definidos, grosso modo, como as condições mínimas de coexistência social cuja importância justifica a sua tutela através do Direito Penal. Segundo o princípio da exclusiva proteção a bens jurídico-penais em questão, o direito penal não é o meio legítimo para a persecução dos estados ótimos ou ideais para o indivíduo ou para a sociedade, mas apenas para garantir os pressupostos mínimos sem os quais a vida em comunidade estaria seriamente arriscada. A fidelidade conjugal pode ser considerada um estado ótimo, sob a perspectiva de um relacionamento monogâmico, mas não é uma condição mínima para a coexistência social, de modo que não é considerada um bem jurídico digno da proteção penal. O princípio da exclusiva proteção a bens jurídico-penais tem íntima conexão com o conceito de “Estado Social e Democrático de Direito”. Em um Estado em que o poder emana do povo e a dignidade da pessoa humana ocupa lugar central, só se justifica a perda da liberdade se o objetivo for a preservação de bens de mesmo quilate.

---

<sup>30</sup> JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. *Manual do direito penal – parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 35.

À luz do exposto, resta evidenciado que o direito penal não deve ocupar-se com questões superciais ou morais. Nessa senda, a defesa da infância e do regular desenvolvimento dos infantes não é uma questão mundana, e sim o mínimo que deve ser proporcionado pelo Estado para a preservação de um convívio harmônico em sociedade.

## **4.2 Respeito à opção do legislador**

O seguinte questionamento sobre o tema em tela precisa ser feito e enfrentado, qual seja: A mitigação da idade de consentimento, pelo Poder Judiciário, implicaria no famigerado solipsismo judicial? Seria possível relativizar a presunção de vulnerabilidade sem fazer uma interpretação fraudulenta da lei?

As regras de hermêutica jurídica ajudam na busca pela resposta, existindo diversos meios para a execução do trabalho interpretativo, quais sejam: gramatical, lógica, sistemática e histórica.

O artigo 217-A do Código Penal positiva claramente que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos é crime, não havendo ambiguidade no texto.

Trata-se, pois, de critério objetivo, de modo que pela interpretação gramatical (puramente literal) não pode haver mitigação. A interpretação lógica, por sua vez, decorre da busca quanto ao sentido das palavras e das orações, que restam evidenciados no caso em análise, justamente com a delimitação da faixa etária.

Passa-se a análise e aplicação da interpretação sistemática. É sabido que as normas não podem ser aplicadas de forma isolada, sob pena de darem luz a visões obtusas e até mesmo ilógicas.

A interpretação sistemática trata desse diálogo e da concatenação entre as normas, combatendo-se, com isso, incoerências. Não há incongruências entre a redação do artigo 217-A e o resto das normas positivadas no Código Penal, não existindo nenhum artigo que entre em conflito com a idade de consentimento estipulada pelo Legislador.

Existem, inclusive, outros artigos no mesmo capítulo que condenam a prática de outras condutas de natureza sexual com menores de 14 (catorze) anos de idade, havendo, portanto, afinidade entre os dispositivos do diploma legal.

Eis o que preleciona o artigo 218 da Código Penal brasileiro:

### **Corrupção de menores**

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

O artigo 218-A do mesmo Código, por sua vez, dispõe o seguinte:

**Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

**Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.** (Redação dada pela Lei nº 12.978, de 2014)

Nota-se que há harmonia entre os artigos, não havendo motivos para a relativização da norma insculpida no artigo 217-A (ao menos quando a disparidade de idade entre o sujeito ativo e passivo é muito grande) por causa disso.

No que tange à interpretação histórica, também não se vê empecilhos para a redação conferida pelo legislador. Restou demonstrado ao longo desta dissertação que a proteção conferida às crianças e adolescentes vêm se intensificando com o passar do tempo, não havendo mais, por consequência, validade no consentimento dado pelo adolescente de 14 (catorze) anos. Entende-se que esta deve ser a regra!

Os brasileiros, infelizmente, vivem num contexto de violência estrutural e de prostituição infantil, sendo natural que o legislador tenha optado por proteger, de forma veemente, os menores de adultos mal-intencionados.

Seguem algumas considerações de Masson<sup>31</sup> sobre o problema que o Brasil passa presentemente:

A prostituição infantil lamentavelmente faz parte da realidade brasileira. Essa forma de comércio sexual, ligada ao tráfico de drogas e à lavagem de capitais, movimenta vultosa quantidade de dinheiro e envolve autênticas organizações criminosas. Inúmeros estrangeiros vêm ao Brasil unicamente com a finalidade de se divertirem no turismo sexual. “Compram” crianças e adolescentes, as quais não raramente são estimuladas pelos seus pais, vítimas da miséria, a trocarem seus corpos pelo dinheiro.

---

<sup>31</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)*. Vol. 3 . 10ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO 2020. p. 74.

É triste, mas é a realidade. Dessa forma, sob a ótica da interpretação histórica, não se verifica abuso por parte do legislador, quando o mesmo torna irreduzível a idade de 14 (catorze) anos. Perfilha-se ao entendimento de que a situação é diversa quando a diferença de idade entre o sujeito ativo e passivo é pequena (até 5 anos). Tal assunto será aprofundado em linhas posteriores, em conjunto com o princípio da adequação social e o princípio da proporcionalidade.

Pois bem! Verifica-se, pelas normas gerais de hermenêutica, que, a princípio, não há problemas na aplicação literal da redação dada ao delito de estupro de vulnerável. É óbvio que também incidem os princípios do direito penal, ganhando especial relevo o princípio da legalidade e suas respectivas espécies ( reserva legal e da anterioridade).

Cumprido destacar que o princípio da legalidade possui raízes constitucionais, estando estampado no artigo 5º XXXIX da Constituição Federal, tendo sido inserido no rol de direitos e garantias fundamentais. Trata-se de cláusula pétrea acobertada pela Carta Magna.

O princípio da reserva legal aduz que apenas a lei pode prever a existência de um delito e a sua respectiva sanção. Noutra giro, o princípio da anterioridade dispõe que não há crime sem lei anterior que a defina.

Estas são as noções preliminares sobre o princípio da legalidade, todavia insta ressaltar a correlação entre o princípio da reserva legal e os costumes.

Consoante o artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, uma lei só poder ser revogada por outra lei. Nesta esteira de pensamento, muitos advogam no sentido de que não existe costume abolicionista, ou seja, o costume *contra legem* não tem o condão de revogar a lei.

Nessa senda, o argumento de que, hodiernamente, a prática de atos libidinosos entre menores de 14 (catorze) anos e adultos (maiores de 18 anos) se tornou habitual não teria o condão de revogar a lei.

Aproveita-se o ensejo para destacar que as regras da hermenêutica e os princípios do direito penal se aplicam a todos, inclusive ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário.

Chama-se atenção para este ponto, posto que o ativismo judicial vem crescendo no Brasil, inclusive no âmbito penal. Não faltam exemplos destes atos, porém interessa focar num mais recente e inquietante: a criminalização, pelo próprio Supremo Tribunal

Federal, da homofobia no Brasil. O posicionamento do Ministro Min. Celso de Mello<sup>32</sup>, em 2019, sintetiza bem o julgado:

- a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;
- b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99;
- d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional por dois motivos:
  - d.1) porque as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;
  - d.2) porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão;
- e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

A despeito de toda a retórica do Supremo Tribunal Federal, a verdade é que este se excedeu, arvorando-se na condição de legislador. O que deve ser exceção não pode virar regra, mormente na seara criminal, sob pena de violação de princípios basilares tais como o da Legalidade ou o da Reserva Legal, entabulado no artigo 5º, XXXIX, CF e artigo 1º do Código Penal.

Concorda-se que, em termos legislativos, a homofobia deve ser tipificada como um delito penal, já que a mora do Congresso Nacional culmina em tratamentos desiguais (ofende o princípio constitucional da isonomia) e na convivência com a prática de condutas segregacionistas.

Todavia, a criação de tipos penais pelo próprio Poder Judiciário vai simplesmente contra tudo o que o direito penal representa, podendo dar azo a verdadeiras crises institucionais.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. - ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>.

Assim, como a concepção de tipos penais pelo Poder Judiciário, interpretações descomedidas da lei também devem ser repelidas.

O princípio da legalidade assume um colorido mais sério no direito penal, de maneira que nem mesmo seu lado político pode ser ignorado. Fernando Capez (2018, p. 89) preleciona que o princípio da legalidade protege a liberdade da coletividade, restringindo o agigantamento dos poderes do Estado e coibindo o uso não racional da lei. Franquear poderes para que um dos Poderes da República interprete e delibere, sem restrições, fere a própria ideia de liberdade.

Ao lado do princípio da legalidade, o postulado da Separação dos Poderes deve ser visto como uma verdadeira conquista na seara no âmbito criminal e não pode ser ameaçada por ninguém, notadamente por aquele que deveria ser o guardião da Constituição Federal.

No caso em epígrafe, fora trazido à tona o julgamento sobre a criminalização da homofobia, pois se trata de um exemplo paradigmático do quanto o Poder Judiciário pode ser autoritário nos dias de hoje, quando excede suas atribuições constitucionais. As funções de interpretar e julgar não se confundem com a de legislar, haja vista que existe um Congresso Nacional e a vontade do legislador deve ser respeitada, na medida do possível. Afinal de contas, segundo a Carta Magna, é dever dos congressistas escolher quais condutas são criminosas e como as estas deverão ser punidas.

Partindo-se dessa premissa, é razoável defender o argumento de que deve ser mantida a presunção de vulnerabilidade absoluta do adolescente que conta com menos de 14 (catorze) anos, desde que a diferença de idade entre o sujeito ativo e o sujeito passivo não seja diminuta. Não se trata de exegese em que o intérprete desnatura a norma penal ou que despreza a vontade do legislador.

Alexandre de Moraes<sup>33</sup> disserta que há ingredientes imprescindíveis para a existência e estabilização da democracia, quais sejam: instituições independentes e harmonia entre os poderes. O autor assevera, ainda que a Carta Política deve prever formas de garantir a perpetuidade do Estado democrático, sendo imprescindível a existência de formas de fiscalização, bem como a previsão de direitos fundamentais, pois, desse modo, evitam-se retrocesso e a vinda de regimes totalitários.

Percebe-se que as formas de governo legítimas dependem de equilíbrio para se sustentar, não podendo o Poder Judiciário desestabilizá-lo, avocando funções que não lhe pertencem.

---

<sup>33</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 456.

Sendo assim, o operador do direito deve levar em consideração as regras de hermenêutica e as consequências de sua interpretação no plano político, considerando-se, também, que existe todo um procedimento cuidadosamente previsto na Constituição Federal para o nascimento de uma norma jurídica.

Na prática, muitas vezes, no ápice do solipsismo e da ingenuidade, alguns magistrados podem achar que apenas eles consideraram determinados tópicos no momento de interpretação da lei, quando, na verdade, debates sobre tais matérias já foram travados no próprio Congresso Nacional.

Luís Roberto Barroso<sup>34</sup> afirma: os membros do Judiciário não podem supor que sabem de tudo, pois ninguém é perito em todas as áreas do saber. Rememora o autor que o fato do poder judiciário possuir a função de interpretar a lei de modo mais definitivo não o transforma numa espécie de protagonista e não torna seu discurso hegemônico, de forma que a vontade do povo deve ser ouvida.

A experiência nos ensinou a temer o cenário em que Chefes do Poder Executivo rompem com o Estado democrático, haja vista que eles possuem relação mais íntima com o poder bélico do Estado, incluindo as forças armadas.

Nesse cenário, usualmente, os outros poderes passam a ter papel secundário, não podendo mais fazer frente ao Ditador, que tende a avocar as funções do Legislativo e do Judiciário, além de buscar o controle dos meios de comunicação, calando as vozes dissonantes.

Sucedem que não são só os golpes mais dramáticos e transparentes que devem ser temidos, já que o rompimento com a ordem democrática pode ocorrer de forma silenciosa e paulatina.

Assim, por ser dotado de muitas responsabilidades e atribuições constitucionais, também é preciso observar a necessidade de conter os poderes do Judiciário, uma vez que também é composto de homens e mulheres, seres suscetíveis ao cometimento de falhas, por natureza.

Nessa esteira, os Poderes do Judiciário, Legislativo e Executivo devem dialogar entre si, buscando o consenso. Noutra giro, tentar se arvorar em funções que não são suas contribui para a perda de legitimação institucional.

Montesquieu (1689-1755) já pontuava que nem mesmo a democracia e a aristocracia são livres por natureza, posto que só existem em governos cujo poder esteja

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 439.

devidamente balanceado e distribuído. Aliás, nem mesmo nos governos não totalitários há garantia de que reina a liberdade política, vez que a história nos mostra que quem tem o poder tende a ultrapassar seus limites, daí vindo a importância de se traçar balizas bem definidas, inclusive na atividade interpretativa.<sup>35</sup>

É claro, tais fronteiras não implicam na transformação do Poder Judiciário em um mero executor, já que este deve agir para, de certa forma, refinar e amoldar o que fora dito pelo legislador. Todavia, o intuito original da norma não pode ser desprezado, especialmente quando esta, apesar de não ser ideal, é razoável e praticável.

É importante que o intérprete traga posicionamentos de vanguarda, mas, às vezes, é necessário que a população e, por conseguinte, as próprias casas do Congresso Nacional já estejam maduras o suficiente para recepcionar certas mudanças.

Por sinal, é bem possível que eventual decisão do Tribunal de Cidadania que flexibilizasse radicalmente (para qualquer hipótese) a idade de consentimento para o sexo (artigo 217-A do Código Penal) virasse palanque para discursos hiperbólicos de políticos ou de quaisquer tipo de influenciadores contra o ato judicial.

Naturalmente, isso não é desculpa para as Cortes apequenarem-se todas as vezes que tiverem de enfrentar temas sensíveis, porque leis abjetas devem ser descartadas pelo intérprete, ou seja, devem ser alvo de reflexões mais profundas por parte do Judiciário, que está, repisa-se, em posição estratégica para ir contra abusos encartados nas normas escritas, ainda que estas sejam apoiadas pela maioria da população.

Conquanto a oposição da sociedade, não seja um fator decisivo ou absoluto, deve ser considerada pelos tribunais. Melhor dizendo, o jogo político deve ser examinado!

Sublinha-se que não se trata de elitismo, e sim de agir em consonância com os preceitos da Constituição Federal, haja vista que a ditadura da maioria também não é bem-vinda, obrigando o Judiciário a opor-se a tudo que for produto de intolerância.

Eis o que Fabretti e Smanio<sup>36</sup> assinalam:

O princípio da legalidade representa, ao mesmo tempo, uma limitação formal e uma limitação material ao Estado. Do ponto de vista formal, significa que somente a lei em sentido estrito, ou seja, aquela derivada do Poder Legislativo, respeitado todo o trâmite legal, poderá definir crimes e contravenções, bem como majorar as penas ou de qualquer forma aumentar o rigor punitivo do Estado limitando a liberdade do cidadão. O contrário, porém, não é verdadeiro, pois pode o Estado, por meio de outros atos que não a lei em

---

<sup>35</sup> MORGADO, Miguel (Trad.). *Montesquieu. Do espírito das leis*. Edições 70. (Textos Filosóficos). – Portugal: Edições Almedina, 2018. p. 303.

<sup>36</sup> FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 117.

sentido estrito, diminuir o rigor punitivo e aumentar a esfera de liberdades do cidadão. Do ponto de vista material, a limitação ao Estado decorre do próprio Estado Democrático de Direito, pois se todo poder emana do povo, toda atividade repressiva deve derivar da “vontade popular” e ser exercida exatamente nos seus limites. Entretanto, tal não significa que a “vontade popular” tudo pode, pois assim haveria a possibilidade de uma “ditadura da maioria”, não admitida em um Estado Democrático de Direito. Não podemos nos esquecer de que o regime nazista de Adolf Hitler era legal, posto que construído sob as vigentes leis alemãs da época e, ainda, apoiado pela maioria da população. Há sempre uma limitação material ao Estado, mesmo quando este atua representando a “vontade popular”: os direitos do cidadão enquanto ser humano.

As palavras dos escritores fazem muito sentido, sendo o regime nazista de Adolf Hitler um exemplo histórico pontual do quanto a lei, apesar de ser demagoga e cruel, pode ser apoiada pelo povo.

Em razão do exposto, já se tem os elementos necessários para responder os questionamentos feitos no início do tópico. Conclui-se que, pelas regras de hermenêutica geral e de interpretação da norma penal, configuraria como solipsista e contrária a vontade popular a decisão judicial que simplesmente diminuísse, para todos os casos, a idade estipulada no artigo 217-A do Código Penal.

Não obstante, acredita-se que seria possível relativizar, em casos excepcionais, a presunção de vulnerabilidade sem fazer uma interpretação fraudulenta da lei. Dessa forma, respeita-se, no limite do possível e do razoável, a vontade do legislador, compatibilizando-a com o cenário atual.

Exemplo de situação excepcional é aquela em que a diferença de idade entre o sujeito ativo e passivo é pequena (até 5 anos), sendo a relação de conhecimento da família de ambas as partes. Tal assunto será debatido adequadamente em linhas subsequentes, em conjunto com o princípio da adequação social e o princípio da proporcionalidade.

### **4.3 A jurisprudência como forma de interpretação da norma penal**

A súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça foi editada para encerrar o debate acerca da relativização da presunção de vulnerabilidade encartada no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, sendo um forte argumento em favor da não alteração do entendimento atual.

Inobstante sua importância, deve-se discutir se a manutenção de tal entendimento é o melhor caminho a ser seguido, colimando-se alcançar a solução que mais se afina com o que é razoável.

Interessa sublinhar que a interpretação da lei quanto à origem pode se dar de 03 (três) formas, podendo ser a autêntica, doutrinária e jurisprudencial. A interpretação autêntica é feita por aquele que elaborou a lei, esclarecendo o significado de algum dispositivo. A interpretação doutrinária, por seu turno, é aquela realizada por estudiosos do diploma legal, podendo ser encontrada em livros, obras científicas, etc.

Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>37</sup> aclara que a interpretação jurisprudencial advém do Poder Judiciário (tribunais e juízes) que é naturalmente responsável pela interpretação da lei penal. Em virtude de suas repercussões, as decisões dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) possuem grande destaque no cenário nacional, dando a palavra final quanto a interpretação de dispositivos constitucionais e da legislação em geral.

Decerto, é importante tentar seguir a jurisprudência dominante sobre as matérias, pois assim se preza pela segurança jurídica. As normas penais devem ser praticáveis e claras, do contrário se instaura um verdadeiro caos no universo jurídico, vez que o jurisdicionado fica sem saber exatamente o que lhe espera.

Além do mais, entendimentos jurisprudenciais divididos estimulam o uso de recursos, abarrotando ainda mais o Poder Judiciário e tornando os processos ainda mais morosos do que deveriam ser. Ao interpretar a norma penal, deve-se considerar o dever de eficiência da máquina estatal, bem como a sistematicidade e unidade do direito.

Sendo assim, é bem lógico o raciocínio de que, assim como as leis, as suas interpretações devem primar pela segurança jurídica e previsibilidade do direito. De nada adianta que o legislador crie leis coesas se o Poder Judiciário vai introduzir um verdadeiro emaranhado de precedentes.

Nessa linha, interessa trazer à baila os ensinamentos de Fernandes<sup>38</sup> sobre a previsibilidade do direito:

A **previsibilidade do direito**, pertinente à possibilidade de se prever as consequências jurídicas dos atos praticados e ao conhecimento de deveres, poderes e direitos subjetivos, depende de um direito que seja sistemático, homogêneo e acessível. Assim.

---

<sup>37</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal : parte geral (arts. 1o a 120)* 3ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 84.

<sup>38</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 1253.

A sistematicidade do Direito se relaciona com a unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico, as quais só podem ser possíveis com a atuação jurisdicional do Estado. Ora, as decisões judiciais possuem, como bem se sabe, papel de suprir as lacunas e antinomias normativas por meio da interpretação sistemática dos dispositivos legais, da extração de normas implícitas e explícitas e do raciocínio lógico, o que permite a unidade, a coerência e a completude do ordenamento. Assim, os precedentes, por serem dotados de universalidade e por serem, portanto, aplicáveis aos casos análogos, suprem eventuais falhas legislativas e garantem, de forma mais eficiente a previsibilidade do direito.

A homogeneidade, por sua vez, é corolária do princípio da igualdade, sendo necessária, para igualdade da aplicação do Direito, a consistência na interpretação das normas jurídicas. Ora, se cada juiz optar por interpretar normas vigentes da forma como achar mais pertinente, sem limites e *standarts*, ficaria impossível a previsão da norma jurídica aplicável ao caso concreto. Assim, os precedentes atuam, nesse sentido, como uma necessária linha diretiva.

Finalmente, a acessibilidade é fundamental para a previsibilidade do Direito, uma vez que a alegação de não conhecimento da lei não configura escusa para o seu não cumprimento. Dessa maneira, frente um ordenamento jurídico extremamente extenso, os precedentes atuam em favor de acessibilidade dos entendimentos judiciais.

Repara-se que a previsibilidade do direito é de suma importância, garantindo até mesmo a aplicação equânime e igualitária da lei.

Sendo assim, pode-se advogar no sentido de que o embrandecimento da idade de consentimento implicaria em mudança brusca e arbitrária de posicionamento, levando-se em consideração o histórico jurisprudencial nacional.

Primeiramente, vejamos o teor da Súmula 593, do Superior Tribunal de Justiça:<sup>39</sup>

Súmula 593 - O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Seguem, agora, os precedentes originais que embasaram o entendimento supra:

[...] a Terceira Seção pacificou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos, prevista na antiga redação do art. 224, "a", do Código Penal, possui caráter absoluto, constituindo critério objetivo para verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. [...] <sup>40</sup>

[...] 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou

---

<sup>39</sup> Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017.

<sup>40</sup> AgRg nos EREsp 1435416 SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 05/05/2015.

presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. [...].<sup>41</sup>

[...] 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1480881/PI, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), pacificou o entendimento de que, em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, bastando, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso contra a vítima. 2. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legítima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. [...].<sup>42</sup> (AgRg no REsp 1427049TO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).

[...] o aludido repetitivo (REsp n. 1.480.881/PI) foi provido, por unanimidade, na sessão de 26/8/2015, pela Terceira Seção desta Corte, para reafirmar que o consentimento da vítima, a existência de relacionamento amoroso ou a sua experiência sexual anterior não afastam a configuração do crime do art. 217-A do Código Penal. [...].

[...] 2. Por força do recente julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato de libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 3. A tese assentada é clara: 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. [...].<sup>43</sup>

[...] 1. Nesta Corte, firmou-se a orientação no sentido de ser absoluta a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de forma que o suposto consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não torna atípico o crime de estupro de vulnerável. 2. Sendo a presunção de violência absoluta em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ausente o requisito do art. 44, inciso I, do CP. [...].<sup>44</sup>

[...] 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 (REsp n. 1.480.881/PI, Terceira Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 10/9/2015). [...].<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> AgRg no REsp 1363531 MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014.

<sup>42</sup> AgRg no REsp 1439120 MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015.

<sup>43</sup> AgRg no REsp 1465769 SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015.

<sup>44</sup> AgRg no REsp 1472138 GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.

<sup>45</sup> AgRg no REsp 1536880 ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016.

[...] 1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual. 2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento 'quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.' (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). [...]⁴⁶

[...] 2. Entende esta Corte que o consentimento da vítima não é capaz de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, pois a presunção de violência é absoluta na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. [...]⁴⁷

[...] 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, a aquiescência da vítima menor de 14 (quatorze) anos com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime de estupro. [...]⁴⁸

[...] 1. No julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. [...]⁴⁹

[...] 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuisse voluntariamente ao ato sexual [...] 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural

⁴⁶ EREsp 1152864 SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 01/04/2014.

⁴⁷ HC 256402 PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016.

⁴⁸ REsp 1184236 TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010.

⁴⁹ REsp 1361564 MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 25/04/2016.

tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. [...].<sup>50</sup>

Destarte, é pertinente o argumento de que se deve tentar seguir a inteligência da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, sendo esta fruto de intenso debate jurisprudencial.

Insta realçar que alguns dos precedentes originários da súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (colacionados acima), datam de 2014, de sorte que a súmula não foi editada levemente. Por certo, foram considerados aspectos concernentes à validade da anuência da vítima, evolução moral dos costumes, riscos ao desenvolvimento do adolescente, eventual experiência sexual anterior e relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

Inobstante as reflexões supra sobre o quanto é importante seguir a jurisprudência dominante, observa-se que o enunciado da súmula não se atenta para situação em que a diferença de idade entre o sujeito ativo e passivo é pequena (até 5 anos), razão pela qual dá abertura para o surgimento de novos entendimentos sobre a matéria, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Rememora-se que, em se tratando de norma penal, a interpretação deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, máxima implicitamente consagrada na Constituição Federal. Tal ilação pode ser extraída do artigo 5º, inciso V da Carta da República, que prevê que o direito de resposta deve ser proporcional ao agravo.

Conclui-se que, em regra, curvar-se a entendimentos majoritários, como aquele consagrado na súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, é salutar, ajudando a manter o sistema coeso. Apesar disso, há casos excepcionais em que a não aparição de novos entendimentos lesaria o princípio constitucional da proporcionalidade.

---

<sup>50</sup> REsp 1480881 PI, submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015.

Seguramente, o entendimento majoritário atual (súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça) não abarca todas as particularidades do problema, sendo imperioso o surgimento de posicionamentos de vanguarda, ainda que parcialmente contrários à súmula mencionada.

## 4.4 Limitação do direito à liberdade sexual

O direito à liberdade está previsto no texto supremo, estando interligado com o presente trabalho. Neste sentido, deve-se questionar se o reconhecimento da presunção absoluta de vulnerabilidade lesa o direito fundamental à liberdade.

Pode-se argumentar no sentido de que não houve violação da Carta Magna, em virtude da natureza dos direitos fundamentais e da situação peculiar em que se encontram os menores de 14 (catorze) anos de idade.

Antes de se aprofundar sobre a natureza do direito à liberdade, se faz mister fazer a transcrição do artigo que dispõe sobre este, além de discorrer sobre o seu conceito. A Constituição Federal de 1988 tutela o direito à liberdade, em seu artigo 5º, senão vejamos: **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A preocupação do legislador com o direito à liberdade é clara e justificada, sendo um direito conquistado às custas de muito sangue e de muita luta ao longo da história. Ressalta-se que a questão é regulada em pactos e tratados internacionais, e não somente na legislação doméstica. A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resguardando o direito à liberdade para todos, sem distinção de qualquer espécie:

### **Artigo 2º**

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não será feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

### **Artigo 3º**

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

A Convenção Americana de Direitos Humanos também reafirma o compromisso com dos Estados Americanos com este direito da humanidade:

#### **Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão**

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

a. Os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

b. O serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;

c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e

d. O trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

#### **Artigo 7. Direito à liberdade pessoal**

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos estados partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Ressalta-se, ainda, que o direito à liberdade do homem está previsto no próprio preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

Os Estados-partes no presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

Acordam o seguinte:

Demonstra-se que o arcabouço normativo quanto ao direito à liberdade é amplo e denso, cumprindo ao Brasil honrar os compromissos internacionais assumidos, bem como a sua missão constitucional. Imperioso frisar que a previsão formal de tal direito é essencial, porém notoriamente insuficiente, visto que honrar seus compromissos significa dizer que o Poder Público deve fazer valer tal direito, devendo a liberdade ser exercida de forma plena pelos brasileiros, não podendo o Estado interferir, sem justo motivo, em tal direito fundamental que é inerente a própria natureza humana.

Incumbe aos cidadãos ficarem muito atentos a restrições desta categoria feitas pelo Estado, uma vez que é através deste direito sagrado que o homem consegue exprimir seus sentimentos e ideais mais nobres, exteriorizando suas qualidades, defeitos e características que o tornam único. Em outras palavras, aquele que não possui liberdade acaba sendo privado de sua própria identidade, seguindo os comandos de um governo tirânico.

Destaca-se, ainda, que outros direitos fundamentais estão correlacionados com o direito à liberdade. Leonardo Martins<sup>51</sup> vaticina que determinados fundamentais são verdadeiras concretizações do direito à liberdade, a exemplo dos direitos da personalidade insculpidos no inciso X da Carta Magna (direito à intimidade e à esfera

---

<sup>51</sup> MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional : leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

privada), chancelando ao titular daquele direito o livre-arbítrio e o poder de autodeterminação de sua vida, cabendo a este responder pelo bônus e ônus de suas escolhas.

Destarte, percebe-se que o direito à liberdade fora entronizado na Constituição Federal de 1988 e que possui relação intrínseca com o poder de autodeterminação dos indivíduos, ou seja, tal liberdade também envolve o direito de relacionar-se sexualmente com terceiros.

Considerando-se o local de destaque que ocupa na Lei Maior (trata-se de direito fundamental), seria possível restringi-lo? A resposta para esta pergunta é positiva, porque os direitos fundamentais possuem natureza relativa, e não absoluta.

Neste diapasão, seguem as anotações de Ramos<sup>52</sup>:

A limitabilidade consiste no reconhecimento de que a essencialidade dos direitos humanos e sua superioridade normativa não impedem a existência de limites impostos a um direito em nome da preservação de outro. A interação social é uma realidade, não sendo possível analisar os direitos humanos de forma abstrata e estanque.

A visão isolada e estática de um direito é irreal e, via de regra, fruto de uma opção ideológica do intérprete, ansioso por justificar sua posição jurídica graças ao apelo a um “direito fundamental”, esquecendo, propositalmente, que outros direitos seriam afetados e mereceriam também proteção.

Depreende-se que, em virtude de suas características (limitabilidade), os direitos fundamentais, inclusive o direito à liberdade, pode ser restringido, caso contrário o caos se instauraria no país.

Não é razoável admitir que um cidadão, exercendo seu direito à liberdade, mate ou ofenda terceiros de forma deliberada. As próprias palavras, no mundo moderno, ganharam ainda mais peso, sendo capazes de desmoralizar a imagem de terceiros de forma avassaladora.

Desse modo, também não pode haver liberdade de fala, sem que se discuta a responsabilidade pelo que foi dito. Valer-se da liberdade de expressão para propagar falácias em redes sociais, por exemplo, não pode ser considerado um ato lícito e, no mesmo passo, ser acorbertado pela lei.

Em verdade, a colisão entre direitos fundamentais é inevitável, devendo ser ponderados os direitos e garantias de cada um para que não haja desequilíbrio, velando-se pelo princípio da concordância prática.

---

<sup>52</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 238.

Acerca do princípio em tela, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>53</sup>, jurista português, leciona que ele determina que seja feita a combinação de bens jurídicos em choque (lógica aplicada a direitos fundamentais), para que não haja um total esvaziamento de um diante do outro, ou seja, a harmonização entre bens jurídicos agasalhados no Texto Constitucional deve ser buscada no caso concreto pelo operador do direito.

É notório que esta premissa também se aplica para a presente problemática, devendo ser apreciado direito à liberdade do menor de 14 (catorze) anos e o do maior de 18 (dezoito) de praticar atos libidinosos entre si. Obviamente, outros elementos devem ser considerados, tais como a saúde física e mental do menor (parte que é presumidamente a mais frágil da relação), que deve ser protegida com afincamento pelo Estado, em respeito ao princípio do melhor interesse do menor.

Trata-se de princípio que deve nortear a interpretação de questões legais que envolvam crianças e adolescentes, sendo utilizado constantemente pelas cortes pátrias e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. Segue exemplo em que fora utilizado brilhantemente pelo Tribunal da Cidadania<sup>54</sup>:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PADRÃO HERMENÊUTICO DO ECA. 01 - Pedido de adoção deduzido por avós que criaram o neto desde o seu nascimento, por impossibilidade psicológica da mãe biológica, vítima de agressão sexual. 02 - O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada. 03. Os elementos usualmente elencados como justificadores da vedação à adoção por ascendentes são: i) a possível confusão na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando. 04. Tangenciando à questão previdenciária e às questões hereditárias, diante das circunstâncias fáticas presentes - idade do adotando e anuência dos demais herdeiros com a adoção, circunscreve-se a questão posta a desate em dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, vai ao encontro de seus interesses. 05. Tirado do substrato fático disponível, que a família resultante desse singular arranjo, contempla, hoje, como filho e irmão, a pessoa do adotante, a aplicação simplista da norma prevista no art. 42, § 1º, do ECA, sem as ponderações do "prumo hermenêutico" do art. 6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família socioafetiva, construída ao longo de quase duas décadas com o adotante vivendo, plenamente, esses papéis intrafamiliares. 06. Recurso especial conhecido e provido.

Verifica-se que o princípio do melhor interesse do menor é tão importante que pode ser usado em demandas de diversas naturezas, irradiando-se para as mais

---

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra:Almedina, 2003. p. 1225

<sup>54</sup> STJ - REsp: 1635649 SP 2016/0273312-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/02/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2018.

diversas áreas do direito. É um vetor de interpretação para as causas que referem-se a menores.

Fenômeno semelhante acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de parâmetro de interpretação de todo o ordenamento jurídico. Cuida-se de de um valor supremo, ou seja, de um verdadeiro supra-sumo da Constituição Federal de 1988.

Presentemente, discute-se sobre a proteção de menores no campo sexual, restando indubitável que devem ser observados ambos os princípios: melhor interesse do menor e dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a aplicação do princípio do melhor interesse do menor e do princípio da dignidade da pessoa humana também demanda interpretação, porquanto nem sempre o que é melhor para o menor coincide com o que ele quer. Outrossim, nem sempre as vontades do infante preservam de forma suficiente a sua própria dignidade, por isso intervenções podem ser necessárias.

Além do mais, não há hierarquia entre direitos fundamentais, de maneira que, no final das contas, caberá ao intérprete a importante tarefa de fazer esse balanço de interesses, levando em consideração todos os ângulos sobre a celeuma.

À luz do exposto, pode-se dizer que é defensável (apesar de não ser o mais razoável) o posicionamento de que a presunção absoluta da vulnerabilidade deve ser aplicada pelo Poder Judiciário, vez que a restrição do direito à liberdade do menor, em muitos casos, deve ser feita em prol do resguardo de seu regular desenvolvimento e saúde psíquica.

## **5. POSICIONAMENTOS E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS DE IDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Malgrado os argumentos no sentido de que não deve haver relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade emoldurada no artigo 217-A do Código Penal brasileiro, a verdade é que tal inexorabilidade dá azo a decisões teratológicas e despidas de sensatez.

Com efeito, faz-se necessário refletir sobre o tema, buscando novas formas de se lidar com ele, em vez de simplesmente ceder à solução mais fácil e populista, porém destituída da melhor técnica.

### **5.1 A exceção de Romeu e Julieta como possível solução para a adequação da lei**

Sem dúvidas, a absoluta inflexibilidade relacionada à idade de consentimento deve ser combatida, vez que a solução atual é polêmica e indiferente a comportamentos típicos de adolescentes desta época.

Isto posto, deve-se pensar em soluções práticas para a questão, levando-se em consideração a legislação nacional e alienígena. Nesta esteira, se apresenta como adequado o uso da exceção de Romeu e Julieta, considerando-se, também, o princípio da adequação social.

Repisa-se que as problemáticas que envolvem o delito de estupro de vulnerável estão sujeitas a interpretações, por isso foram tecidas, neste trabalho, considerações sobre o princípio da adequação social, expondo-se o posicionamento daqueles que não concordam com o argumento de que a mudança dos costumes e o acesso à informação sejam desculpas para a não punição daquele que se relaciona sexualmente com menores de 14 (catorze) anos, não podendo o julgador focar excessivamente no comportamento da vítima e esquecer-se das atitudes ilícitas do ofensor.

Por certo, tal linha de raciocínio está apenas parcialmente correta, conforme se verá nas linhas que se seguem.

Edihermes Marques Coelho<sup>55</sup> vaticina que o princípio da adequação social se relaciona com a tolerância da sociedade para com uma conduta tipificada na lei. Nesse caso, considerando-se que haja danos aceitáveis a certo bem jurídico, o juiz deve declarar a atipicidade da conduta praticada. Naturalmente, caso conduta analisada gere danos inadmissíveis ao bem jurídico protegido, o rigor da norma deve ser aplicado conforme a vontade o legislador.

A par do sobredito, pode-se concluir que o princípio da adequabilidade social, em circunstâncias excepcionais, deve sim incidir sobre a conduta daquele que se relaciona com menor de 14 (catorze) anos de idade, sob pena de se engessar a interpretação do diploma legal e de não aplicá-lo de forma proporcional.

A circunstância que permite a aplicação de tal entendimento consuma-se quando a diferença de idade entre o sujeito ativo e passivo é modesta (até 5 anos), tratando-se da chamada exceção de Romeu e Julieta no direito penal.

Explica-se. Tal lei foi editada em alguns estados norte-americanos, sendo utilizada para afastar ou reduzir a pena daquele que praticou sexo consensual com um menor, presumidamente vulnerável pela legislação, não podendo haver uma diferença grande na faixa etária dos amantes.

Sublinha-se que os Estados Unidos possui uma cultura e um ordenamento jurídico diferente do brasileiro, todavia, nada disso impede que se importe o instituto, visto que, no Brasil, a sexualidade é tratada de forma mais aberta.

Registra-se que se até mesmo os Estados Unidos, conhecido pela alta população carcerária e por repreender severamente crimes perpetrados contra a dignidade sexual, já abriu as portas para a teoria, não há nenhum impedimento para que o Brasil faça o mesmo.

Dessarte, não se defende a importação, às cegas, de instituto incompatível com os nossos costumes ou com a lei pátria, e sim de se aproveitar da experiência e sabedoria de outros países.

É claro que certos requisitos mínimos sempre vão perdurar, sendo imprescindíveis para a aplicação da exceção de Romeu e Julieta. *In casu*, a “vítima” deve possuir, no mínimo, 12 (doze) anos de idade – tratando-se de adolescente, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a diferença de idade entre o sujeito ativo e passivo deve ser igual ou menor do que 05 (cinco) anos, pois, dessa forma,

---

<sup>55</sup> COELHO, Edihermes Marques. *Direito Penal*. 3ª ed.– Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 46.

dificulta-se que uma das partes se aproveite da outra, em virtude de eventual assimetria ligada ao desenvolvimento psicológico de cada um.

A respeito dos requisitos para aplicação da exceção de Romeu e Julieta, colaciona-se trecho do voto do Desembargador Rui Porta Nova, salientando-se que o jurista faz a exposição de seus motivos sem desconsiderar a existência da súmula 593 do STJ:<sup>56</sup>

(...) E, aqui entendo que o apelo merece ser provido, nos termos do parecer ministerial neste grau de jurisdição.

Não desconheço que o STJ editou a súmula 593 que estabelece que "O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.?"

Vale lembrar que para alguma doutrina que adota a possibilidade da exceção de Romeu e Julieta, para exclusão do crime se exige:

- a) A existência de relacionamento amoroso entre agente e a vítima;
- b) Consentimento da vítima no ato sexual
- c) Diferença de idade, entre o agente e a vítima de até cinco anos.

Importa observar que o nome da teoria em vertente claramente inspirou-se na famosa obra de William Shakespeare, em que os jovens apaixonados se relacionam, a despeito de todas as dificuldades e empecilhos advindos de suas respectivas famílias. Julieta contava com 13 (treze) anos quando se envolveu com Romeu, que já tinha 17 (dezessete) anos.

Neste caso, deve ser afastada a tipicidade material da conduta, do contrário a lei será aplicada de forma fria e desumana, desprezando-se elementos vitais do caso concreto, tais como o comportamento e maturidade de ambos, sujeito ativo e passivo.

Não se afigura razoável afastar a tipicidade material do ato quando o autor do fato é bem mais velho do que a ofendida, haja vista que a própria sociedade, como um todo, rejeita fortemente tal tipo de relação, não sendo apropriado aplicar a exceção de Romeu e Julieta, tampouco o princípio da adequação social. Não obstante, a depender da situação, é bem mais aceitável, aos olhos da população (apesar de não ser aconselhável e saudável), o relacionamento existente entre 02 (dois) jovens cuja diferença de idade não seja alta, ainda que um deles conte com menos de 14 (catorze) anos de idade.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava câmara Cível. AC: 70084660364 RS, Rel. Des. Rui Portanova, Data de Julgamento: 11/12/2020, Oitava câmara Cível, Data de Publicação: Dje 15/12/2020.

O posicionamento aqui defendido se afina com a máxima da proporcionalidade, respeitando, nos limites do possível, a vontade do legislador e a necessidade de se amoldar à lei, que é abstrata, à modernidade.

Se faz oportuno citar alguns julgados/votos que tratam sobre a aplicação da exceção de Romeu e Julieta, a exemplo da fundamentação constante no voto do Desembargador Ricardo Roesler:<sup>57</sup>

Talvez por desmedida pudicícia, talvez mesmo por um contraditório sentimento puritano ou por simples hipocrisia sacralizamos qualquer contato sexual, e, no mais das vezes, ainda amarrados a alguns ranços seculares associamos qualquer forma de prazer à necessidade de penitência, própria ou alheia. Essa inconfissão do desejo e do sexo faz lembrar a contradição relatada por João Cabral de Melo Neto em Agrestes : "não haverá nesse pudor/de falar-me uma confissão,/uma indireta confissão,/pelo avesso, e sempre impudor? ". Talvez haja. E a eventual dificuldade em dar tratamento mais consentâneo ao tema tem forte apelo simbólico: o sexo continua tabu, símbolo de luxúria e devassidão. O pecado original assim permanece, o fruto continua proibido. Por isso a insistência, normalmente cega, de demonização do acusado, independentemente de sua idade e do cenário, signo de um sentimento ambivalente, que exige incondicionalmente prazer e suplício juntos.

Se não somos capazes de admitir a nós mesmos nossas limitações, que tenhamos apenas alguma sensibilidade com a alma humana, e tomemos como paradigma o exemplo hoje adotado nos Estados Unidos - país notoriamente reconhecido pela repreensão a crimes sexuais cometidos por jovens (notadamente os homossexuais), mas que tem admitido a atipicidade da conduta quando a relação sexual ocorre entre adolescentes. É o que se convencionou chamar Romeo and Juliet Law . O dispositivo, de inspiração shakespereana, tem se firmado como forma de impedir o apenamento de jovens que mantenham relações sexuais, cuja diferença de idade não ultrapasse cinco anos.

A medida, de elevada racionalidade e sensibilidade, considera o fato de que o fim da infância e o início da adolescência simbolizam um período de transitoriedade, onde o jovem abre-se à descoberta da sexualidade, ao mesmo tempo em que completa importante ciclo de sua formação e maturidade (João Batista Costa Saraiva, O "Depoimento sem Dano" e a "Romeo and Juliet Law": uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes. Revista Jus Vigilantibus, 21.12.2009, em <http://jusvi.com/artigos/41924>). Penso que se deva tomar por imperativo essa ruptura da vazia dialética punitiva que tanto tem conduzido à condenação cega quando se discute práticas dessa natureza.

O direito, sobretudo o direito penal, há de se ocupar necessariamente daquilo que deva ser submetido à sua correção. E para identificar o que é passível de intervenção pelo Judiciário do que não é se exige mais, bem mais do que a burocracia e a arrogância dos protocolos jurídicos: exige-se sensibilidade, atenção com o outro; requer-se alguma ampliação de horizontes da sensibilidade. A solução de todas as misérias humanas não é tarefa do Judiciário, que quando muito tem figuração coadjuvante. Quando os papéis se invertem, quando o Judiciário intervém para além de suas cercanias, sem cuidado e cautela, o resultado pode ser desastroso. Soluções que possam parecer, num olhar desavisado, um sintoma de justiça poética (belíssima nas obras literárias, mas de regra patética como pauta de julgamento) podem, na prática, desdobrar efeitos colaterais muito mais perniciosos do que a efetiva inércia judicial. Eis um caso cuja alguma solução deve ser buscada longe, muito longe da intervenção direta do Judiciário.

---

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara Criminal. APL 20110983973 SC 2011.098397-3, Rel. Des. Ricardo Roesler, julgado em 18/09/2012.

As palavras do jurista acima mencionadas podem incomodar a muitos, inclusive os operadores do direito mais experientes, forçando os leitores a enxergarem a situação sob uma ótica diferente, ao invés de ver o mundo com uma só lente, só distinguindo o que é preto e o que é branco.

É sempre muito cômodo e fácil transformar certos temas em *tabu*, dividindo tudo, de forma maniqueísta, entre certo ou errado. Ocorre que este tipo de pensamento gera injustiças, notadamente na esfera penal, transformando o investigado/réu num verdadeiro monstro, sem considerar as suas vontades e as da suposta vítima, assim como eventuais prejuízos sofridos por esta última.

Assim entende o Tribunal de Justiça de Goiás<sup>58</sup>:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXCEPCIONALIDADE. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO ROMEO E JULIETA (ROMEO AND JULET LAW). ABSOLVIÇÃO. Considerando o direito comparado, adota-se a orientação de que não existe crime para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens, com idades próximas – Exceção Romeu e Julieta (Romeo and Juliet Law), de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico, e sem ter havido temor reverencial ou domínio psicológico para que a conduta ocorresse (art. 386, inciso VI, Código Processual Penal). APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

Nesse norte maniqueísta, o sentenciante, muitas vezes, se distancia daquela figura mais disposta a ouvir ambas as partes (atitude esperada de um Julgador), passando a se identificar com um verdadeiro carrasco, cujo objetivo é o de trancafiar o denunciado/investigado.

Ocorre que o processo judicial não deve desenrolar-se desta forma, havendo uma lógica nele que deve ser respeitada. Os trâmites do processo não podem ser encarados como uma mera formalidade, cabendo ao Poder Judiciário distanciar-se de políticas criminais puramente simbólicas e populistas.

Efetivamente, não há juízes completamente neutros, posto que esta condição não se coaduna com a própria natureza humana, já que o homem, ou mulher, sempre vão possuir uma bagagem de experiências que irão influenciar no seu julgamento, porém isso não significa dizer que o Estado deve render-se e desistir de buscar o máximo de imparcialidade.

---

<sup>58</sup> TJ-GO - APR: 441713720148090095, Relator: DES. LEANDRO CRISPIM, Data de Julgamento: 02/05/2017, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2296 de 28/06/2017.

Anota-se que a adoção da exceção de Romeu e Julieta não implica dizer que o Estado é ausente, e sim que é sensível a todos os comportamentos, ainda que eles não sejam desejáveis.

Pode-se pensar em casos em que a não aplicação da exceção daria ensejo a situações verdadeiramente bizarras, tornando o Estado-Juiz desnecessariamente inchado.

Imagine-se a hipótese em que dois adolescentes, Luana e João, se apaixonam e realizam atos libidinosos, sendo que Luana conta com 13 (treze) anos de idade e João, na época, possuía 15 (quinze) anos. No caso hipotético, antes de conhecer João, Luana já tinha tido relacionamento sexual com outras pessoas, sendo o seu namoro com João de conhecimento público, ou seja, a família de ambos consente.

Pois bem. O fato é que as autoridades competentes tomam conhecimento do relacionamento, o que desencadeia todo um procedimento visando apurar o caso, de sorte que João pode vir a ser condenado por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Ocorre que Luana continua namorando com João e ambos pretendem se casar e ter filhos com o mesmo, relatando tudo isso perante a autoridade judicial, que se vê obrigada a condená o denunciado, caso não utilize a exceção aqui defendida.

Relembra-se que, no caso sobredito, seria possível haver a condenação de João, ainda que não tivesse ocorrido contato físico entre ele e Luana, segundo o posicionamento de diversos tribunais pátrios.

Sobre o assunto, colhe-se os seguintes julgados:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ROBUSTEZ DO CONJUNTO PROBATÓRIO - PALAVRA DA VÍTIMA EM SINTONIA COM AS DEMAIS PROVAS - CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA - DESNECESSIDADE - CONTEMPLAÇÃO LASCIVA - CONSUMAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA - CÁRCERE PRIVADO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA COMPROVADA - ROBUSTO ACERVO PROBATÓRIO - AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS AO DEFENSOR DATIVO - VIABILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Incabível a absolvição do acusado quando o acervo probatório é robusto no sentido de demonstrar a materialidade e a autoria do delito - De acordo com o novel entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, a "contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido (RHC 70.976-MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016) - Restando comprovado nos autos que o apelante, de forma livre e consciente, privou a liberdade de locomoção das vítimas, incabível o acolhimento do pleito defensivo de absolvição do crime de cárcere privado - Inviável o afastamento da continuidade delitiva, se comprovado que *modus operandi* foi adotado em inúmeras ocasiões, por período de aproximadamente quatro anos - O defensor dativo tem direito à

percepção de honorários pela atuação nesta instância recursal, razão pela qual, atendendo ao pleito formulado, justa é a fixação dos devidos honorários.<sup>59</sup>

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal n. 0067373-19.2012.8.24.0023, da Capital ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal n. 0067373-19.2012.8.24.0023, da Capital Relator: Des. Carlos Alberto Civinski PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E O PATRIMÔNIO. ESTUPRO E TENTATIVA DE EXTORSÃO (CP, ART. 213, CAPUT, E ART. 158, CAPUT, C/C ART. 14, II) SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. CRIME DE ESTUPRO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO ENTRE A VÍTIMA E O AGRESSOR. NÃO ACOLHIMENTO. VÍTIMA QUE FOI CONSTRANGIDA, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, A PRATICAR EM SI ATOS SEXUAIS PARA A SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA DO AGENTE. PRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA FÍSICA DO AGRESSOR. PRECEDENTES DO STJ - De acordo com o novel entendimento consagrado por esta 5ª Turma, à unanimidade de votos, em julgamento de caso semelhante, decidiu-se que a 'contemplanção lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido' (RHC 70.976-MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016) (STJ, Recurso Especial 1640087/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15.12.2016, v.u.). CRIME DE EXTORSÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA EM RAZÃO DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE. DESPROVIMENTO. PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS. AGENTE QUE CONFESSOU TER FEITO LIGAÇÕES PARA A VÍTIMA NO DIA DO CRIME E ASSUMIU TER POSTADO AS IMAGENS ÍNTIMAS DA VÍTIMA NA INTERNET. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - Não há que se falar em ausência de comprovação da materialidade delitiva quando há, nos autos, elementos suficientes para assegurar que o agente exigiu a vantagem indevida por meio de ligações telefônicas e, frente à sua recusa, divulgou fotos íntimas da vítima em sites na internet. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA REFERENTE À TENTATIVA EM SEU GRAU MÁXIMO. DESPROVIMENTO. REDUÇÃO PROPORCIONAL AO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. CRIME QUE TÃO SOMENTE NÃO SE CONSUMOU POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE. FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) PROPORCIONAL AO CASO CONCRETO - Não há falar em aplicação da fração máxima de diminuição de pena em razão da tentativa quando o agente realizou todos os procedimentos necessários para garantir a consumação do delito, sendo impedido apenas pela recusa da vítima em continuar sendo vítima das ameaças do recorrente. SENTENÇA MANTIDA - Recurso conhecido e desprovido.<sup>60</sup>

Seria racional defender a aplicação pura e cega da lei neste caso? Em nome dos “bons costumes”, deve-se ignorar toda e qualquer particularidade oriunda do relacionamento de dois adolescentes? Nessa linha, a eventual união estável entre a ofendida e o agressor, desde que a diferença de idade não seja maior do que 05 (cinco) anos, também deve ser desconsiderada?

---

<sup>59</sup> TJ-MG - APR: 10092070116766001 Buenópolis, Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 26/03/2019, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/04/2019.

<sup>60</sup> TJ-SC - APR: 00673731920128240023 Capital 0067373-19.2012.8.24.0023, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 30/01/2020, Primeira Câmara Criminal.

Compreende-se que não! Tais pontos devem ser apreciados pelo sentenciante, vez que ligam-se a questões constitucionais, qual seja a proteção da família, consoante o artigo 226 do Constituição Federal.

Guilherme de Souza Nucci<sup>61</sup> leciona que a união estável entre a ofendida e o agressor é um fator que deve ser levado em consideração, haja vista que a família e os filhos oriundos de uma relação amorosa gozam de proteção constitucional. Neste diapasão, simplesmente perde o sentido fazer processar o agressor nestas condições, não podendo uma determinação advinda de lei ordinária sobrepor-se ao comando constitucional, condenando o indigitado a, no mínimo, 08 (oito) anos de cárcere.

Trata-se de debate que envolve dosagem, não se tratando de uma questão puramente matemática. Afinal de contas, o direito é uma ciência humana, fato que o torna complexo por natureza. A eventual formação de uma família não pode ficar de fora da equação, por mais que exista uma súmula do Tribunal da Cidadania dispondo sobre o assunto.

Entende-se que a exceção de Romeu e Julieta vela pelo direito à liberdade individual dos adolescentes, afastando contrassensos do positivismo exagerado. O contexto em que se vive, a maturidade emocional e a ausência de abalos psicológicos devem ser pesados.

Acentua-se, ainda, que um entendimento muito inflexível sobre a matéria dá abertura a ocorrência do chamado estupro bilateral, hipótese em que 02 (dois) adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade praticam, consensualmente, conjunção carnal ou atos libinosos.

A necessidade de busca por uma solução salta ainda mais aos olhos quando se pensa na hipótese de dois adolescentes, menores de 12 (doze) anos, que apenas se beijaram de forma lasciva, ou seja, não houve conjunção carnal. Mesmo nessa hipótese, o ato deverá visto pelo Estado como um ato infracional?

Com esteio nos argumentos aqui defendidos, deve ser afastada a tipicidade material da conduta de ambos os vulneráveis, não se devendo dizer que ambos foram vítimas e autores de ato infracional.

Valioso mencionar que punir ambos os adolescentes em caso de estupro de vulnerável, por exemplo, seria o mesmo que adotar uma política punitivista irracional que, *data maxima venia*, deve ser completamente rechaçada em todas as frentes, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. O direito penal deve ser mínimo, sendo dotado

---

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 20ª ed.– Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 979.

de princípios que restringem o seu agigantamento, como o princípio da intervenção mínima.

A exceção de Romeu e Julieta alinha-se com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto, nos termos do artigo 2º, criança é a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, ao passo que adolescente é aquela entre 12 e 18 anos de idade. Um adolescente (a partir dos doze anos de idade), conforme o Estatuto, pode vir a praticar ato infracional e receber a sanção de internação, cujo prazo máximo é de 03 (três) anos, independentemente da gravidade do ato infracional (artigo 121, parágrafos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Destaca-se, também, que, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, os maiores de 12 (doze) anos de idade possuem capacidade para consentir sobre a colocação em família substituta, conforme reza o artigo 28, § 2º do do referido diploma legal:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Ambos são de suma importância! A previsão de aplicação legal de reprimenda de sanção de internação (restritiva de liberdade), ao invés de recebimento uma simples medida protetiva, evidencia o quanto o ECA considera alta a capacidade de compreensão do adolescente que já fez 12 (doze) anos de idade.

Do mesmo modo, outorgar ao pubescente poderes para interferir diretamente na decisão de colocá-lo numa família substituta é uma grande responsabilidade, que poderá muito bem afetar o restante da vida da sua vida, assim como seu desenvolvimento psicológico.

Nesse passo, tendo em mente a quantidade de poderes e responsabilidades franqueadas pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 àquele que conta com 12 (doze) anos de idade, é perfeitamente adequado admitir que a presunção de vulnerabilidade seja relativizada, levando-se sempre em consideração a diminuta diferença de idade entre os amantes juvenis.

Enfim, conforme explicado alhures, a contradição entre o Estatuto e o artigo 217-A do Código Penal é flagrante, todavia pode ser superada com a utilização da exceção aqui estudada e com os instrumentos e princípios existentes na legislação doméstica.

Enfatiza-se que a medida socioeducativa possui natureza pedagógica e ressocializadora. Logo, o magistrado deve se atentar para a necessidade de aplicá-las, ou não.

A lógica não é exatamente aquela aplicada no processo penal, dando-se muito mais ênfase para o caráter educativo da pena. A condenação de adolescentes por incorrerem em estupro bilateral desrespeita o espírito da Lei 8.069/90.

O ideal seria a aplicação do instituto da remissão (utilizando-se a exceção de Romeu e Julieta, como funfamento) pela justiça da infância e da juventude, acarretando a própria exclusão do processo, nos termos do artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Entende-se que esta seria a melhor saída, velando-se, repisa-se, pelo caráter pedagógico do Estatuto e aliviando o Poder Judiciário, com a retirada de pauta de um futuro processo que faleceria de justa causa.

Sobreleva-se que a aplicação da exceção Romeu e Julieta causa ainda menos estranheza quando se tem em conta que, em outros países civilizados, a faixa etária adotada é inferior aquela prevista no artigo 217-A do Código Penal brasileiro.

André Estefam<sup>62</sup> chama atenção para a arbitrariedade na eleição de uma faixa etária absoluta no Brasil, especialmente quando se faz o cotejo da legislação brasileira com a de outros países. Portugal adotou a mesma idade, conforme o artigo 172º, 1. Todavia, na Espanha, país vizinho, o limite de idade é de 13 anos (art. 181.2), sendo assim também na Argentina (art. 119), que até 1999 fixava a idade de 12 anos.

As observações do autor remetem à reflexão, revelando a proporcionalidade da exceção em comento e do aderimento de um critério misto. Mais uma vez, o uso do direito comparado se faz necessário para entender melhor os contornos do problema.

---

<sup>62</sup> ESTEFAM, André. *Parte especial: arts 121 a 234-B- Direito Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 794.

Se países como a Argentina e a Espanha entendem que é possível a utilização de idade de consentimento menor que 14 (catorze) anos, uma reflexão se faz necessária. Afinal de contas, os adolescentes brasileiros realmente amadurecem mais tarde do que os espanhóis e argentinos?

Infelizmente, a resposta é negativa. O que se deve fazer é refinar a interpretação de nossas cortes sobre a questão, possibilitando-se a imigração de institutos que se adequem a legislação nacional.

## **5.2 Incompatibilidade entre a súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e o sistema do livre convencimento motivado**

É fundamental para o desenvolvimento deste trabalho analisar se a súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça se afina com o sistema de valoração de provas adotado pelo país, até mesmo por que tais questões, invariavelmente, são enfrentadas pelo Poder Judiciário diuturnamente.

Antes de adentrar no assunto, é necessário tecer alguns comentários sobre questões introdutórias e essenciais para a contextualização da celeuma.

De início, insta trazer a baila o conceito de prova, explanando quais são os três principais sistemas de valoração e avaliação da mesma: 1) sistema legal de provas; 2) sistema da íntima convicção; 3) sistema do livre convencimento motivado.

A provas são elementos com os quais se almeja demonstrar a existência e veracidade de algo, no afã de convencer o julgador. Por certo, espera-se que o sentenciante julgue conforme as provas carreadas (exames de corpo de delito, provas testemunhais, laudos toxicológicos, gravações ambientes, registros telefônicos, etc) nos autos.

A correlação da prova com a verdade é embrionária, de sorte que na seara processual penal a busca pela verdade é norteada pelo princípio da busca da verdade real ou processual.

Aplicar tal princípio significa que a verdade formal (verdade do processo ou dos autos) não é o suficiente, haja vista que está em jogo é a liberdade, e não interesses meramente patrimoniais. No direito processual civil, por outro lado, costuma-se discutir

problemáticas concernentes a direito meramente privado: direito de propriedade, relação contratual, direito de família, sucessões.

Dito de outro modo, como o direito penal salvaguarda direitos indisponíveis, faz-se necessário buscar a verdade material. Afinal de contas, as instituições essenciais à justiça (Ministério Público e Defensoria Pública), bem como o Poder Judiciário, não devem permitir que tecnicidades levem um ser humano a ser encarcerado por engano.

Se necessário, o próprio magistrado está autorizado a ordenar a produção de provas, de ofício, com arrimo no artigo 156 do Código de Processo Penal, que preconiza:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Percebe-se que o legislador preocupou-se tanto com a busca pela verdade real que acabou franqueando a participação do magistrado na produção das provas, ao invés de deixá-la exclusivamente para as partes.

Lembra-se que o sistema jurídico usado no Brasil é o acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são bem definidas e divididas. Desse modo, o ideal seria que o julgador não tivesse este tipo de poder ao seu dispor, vez que acaba antagonizando com suas funções mais precípuas.

Pois bem! É claro que tal empreitada não pode dar azo a absurdos, tampouco justifica o uso de meios insidiosos ou ilícitos para se encontrar a verdade. Afinal de contas, o próprio texto constitucional limita os poderes persecutórios do Estado e é claro ao dizer, em seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Deste modo, caso um agente da lei torture um suspeito para conseguir uma confissão, está não será válida. O mesmo ocorre quando o direito a inviolabilidade domiciliar é ferido, gerando nulidades processuais insanáveis e absolutas.

O “cabo de guerra” entre o dever de promover a justiça e o dever de buscar a verdade é simplesmente corriqueiro, dado que a acusação tende a primar pelos direitos

coletivos ao passo que a defesa vela pela manutenção de direitos individuais. Santos<sup>63</sup> traz lições sobre este embate:

A tensão que pode existir entre as várias finalidades do direito processual penal, sobretudo entre aquelas que se prendem com a descoberta da verdade e a realização da justiça, por um lado, e a não desproteção excessiva de direitos fundamentais, sobretudo do arguido, faz com que se torne necessária a procura de soluções de concordância prática, que, precisamente por o serem, nem sempre permitem que se cumpra de forma plena, exaustiva, qualquer uma das finalidades. Ou seja: um processo penal que almeje ser harmonioso sob o ponto de vista da ordem e sob o ponto de vista da liberdade é necessariamente um processo penal que nem sempre garante nem a ordem toda nem a liberdade toda. Isso expõe-o, naturalmente, a críticas, acusações de ineficácia na descoberta da verdade, de excesso ou de insuficiência de garantismo, de desconsideração da vítima, de morosidade processual.

Os ensinamentos são precisos, devendo serem conciliados ambos os ímpetos: acusar e defender. Pender para o lado do Estado, que exerce o poder punitivo, pode ser tentador, mas o seu agigantamento prejudica a harmonia do sistema processual.

Esclarecidas tais premissas, passa-se a discorrer sobre os principais sistemas de avaliação de prova.

De acordo com o sistema legal de provas ou regras legais ou sistema tarifário ou certeza moral do legislador, uma hierarquia deve ser obedecida no momento da valoração de provas. Em outros termos, as provas possuem um valor probante préestabelecido, de forma que o magistrado não tem liberdade para analisar a prova, conforme o caso em análise.

Convém assinalar que, no sistema em voga, a confissão era tida como a rainha das provas pela doutrina pretérita, época em que imperava o sistema legal de provas. Trata-se de fato histórico, conforme decidido pelas Cortes Superiores, incluindo-se o Superior Tribunal Militar<sup>64</sup>:

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. ART. 290 DO CPM. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE POR MILITAR EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRELIMINAR. NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DE NULIDADE DO IPM. REJEITADA. MÉRITO. CONFISSÃO. TEMOR REVERENCIAL. AUSÊNCIA DE COAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. INAPLICABILIDADE. LEI DE DROGAS. NÃO APLICÁVEL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APELO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. 1. Preliminar suscitada pela Defesa de nulidade do Feito em razão de nulidade do IPM. Quando há, nos autos, Nota de Ciência das Garantias Constitucionais, com a respectiva assinatura do Acusado, eventual compromisso de dizer a verdade, constante por escrito no depoimento do Acusado, caracteriza mero erro material do APF e não é apto a tornar inválida a primeira fase da persecução penal. Ademais, eventuais vícios

---

<sup>63</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito Processual Penal Português em Mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 26.

<sup>64</sup> STM - APL: 70003253320187000000, Relator: Artur Vidigal de Oliveira, Data de Julgamento: 12/11/2018, Data de Publicação: 26/11/2018.

constantes do IPM não contaminam a Ação Penal, conforme jurisprudência pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Rejeitada por unanimidade. 2. Mérito. Militar que, de forma livre e consciente, guarda ou porta substância entorpecente em área sob Administração Militar, incorre no crime previsto no art. 290 do CPM. Esse tipo penal não visa apenas punir a vontade livre e consciente de colocar em risco a saúde pública, mas, também, preservar a própria Organização Militar. Assim, a posse ou uso de entorpecentes em local sujeito à Administração Militar compromete tanto a segurança dos demais militares como os valores consagrados da Hierarquia e da Disciplina, carecendo da efetiva tutela penal. 3. É certo que a confissão, historicamente, já foi utilizada no Processo Penal como a rainha das provas. Tal fato perdurou durante a vigência do sistema de provas tarifadas, no qual as provas possuíam uma valoração individualizada. Todavia, com o advento da Constituição Cidadã, o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema do livre convencimento motivado do juiz. Nesse sistema, todas as provas do processo possuem o mesmo valor probatório. 4. O temor reverencial, entendido como o receio ou o medo à determinada pessoa com quem se relaciona ou a superior hierárquico a quem se deve obediência e respeito, não se considera coação. Do contrário, todas as confissões feitas em processos penais militares seriam prestadas sob coação, em razão do temor reverencial inerente, e necessário, à hierarquia militar. 5. Não há que falar em aplicação apenas do direito administrativo militar sancionador quando a conduta se amolda perfeitamente ao tipo penal castrense. 6. O art. 28, da Lei nº 11.343/06, não se aplica à Justiça Militar da União, mesmo com a alteração operada pela Lei nº 13.941/17. Esta Justiça Militar conta com princípios e regras próprios, que acarretam uma especialidade dos seus institutos. Ademais, a alteração legislativa somente ocorreu em relação ao art. 9º, incisos II e III, do CPM. No delito de drogas (art. 290 do CPM), a subsunção decorre do art. 9º, inciso I, do CPM, razão pela qual não há que falar na aplicação da Lei de Drogas ao presente caso. Precedente desta Corte. Apelo desprovido. Decisão unânime.

As falhas inatas deste sistema são bem evidentes, posto que ele limita muito o sentenciante, impedindo que ele utilize de forma plena o seu bom senso e sensibilidade para deliberar sobre o caso.

A utilização do sistema da certeza moral do legislador traz problemas práticos, pois, no mundo real, é relativamente comum a ocorrência de confissões falsas, por exemplo, fato que levaria o julgador a proferir sentenças verdadeiramente teratológicas.

Às vezes, investigados podem distorcer os fatos com as suas confissões, objetivando garantir impunidade de terceiros. Assim, não conferir valor relativo a esta prova se torna um problema, notadamente no plano atual em que existem organizações criminosas com estruturas muito bem definidas, sendo natural que haja articulações para proteger o cabeça do grupo.

Nesta esteira, a não utilização deste sistema força o magistrado a analisar todo o contexto fático-probatório, impedindo-o de franquear credibilidade excessiva a determinados tipos de provas, em detrimento das outras.

O artigo 158, caput, do Código de Processo penal contém um vestígio deste sistema, uma vez que exige o exame de corpo de delito, direto ou indireto, para a

formação da materialidade da infração penal que deixar vestígios, desautorizando sua produção por meio da confissão.

Convém destacar que, a depender das circunstâncias, o disposto no artigo 158 pode ser mitigado, senão vejamos<sup>65</sup>:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E DESTREZA - INCIDÊNCIA - PENAS BEM DOSADAS - REGIME FECHADO - RÉU HIPOSSUFICIENTE - ISENÇÃO DE CUSTAS CONCEDIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Os sistemas de monitoramento e vigilância interna de TV são meios de provas habilitados a apontar a autoria delitiva se condizentes com os demais elementos integrantes do caderno processual - Hodiernamente vigora o sistema do livre convencimento motivado das provas, já ultrapassado o sistema tarifário onde uma ou outra prova era preferível à outras, devendo o comando ao artigo 158 do Código de Processo Penal ser relativizado em proveito do contexto e conteúdo fático trazido nos autos - Não é necessária a existência de laudo técnico a ensejar o reconhecimento das qualificadoras de rompimento ou destruição de obstáculo ou mesmo de utilização da destreza ou escalada se outros elementos dos autos apontam para o exercício de tais agravantes - Faz jus à isenção das custas processuais o réu comprovadamente hipossuficiente, nos termos do art. 10 inc. II, da Lei Estadual 14.939/03.

No que tange ao sistema da íntima convicção, ou certeza moral do juiz, destaca-se que ele é o oposto do anterior, haja vista que as provas são apreciadas de forma livre, não estando o juiz adstrito apenas ao que está nos autos. No mesmo, as decisões não precisam ser motivadas, sendo utilizado de forma excepcional no Brasil, mais especificadamente nos julgamentos do tribunal do júri.

Os jurados, portanto, não estão “presos” à legalidade estrita, diferentemente do que ocorre com os profissionais do direito. Segue julgado neste sentido<sup>66</sup>:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – TRIBUNAL DO JÚRI – QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO (CPP, ART. 483, III, C/C O RESPECTIVO § 2º) – POSSIBILIDADE DE OS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELOS JURADOS EXTRAPOLAREM OS PRÓPRIOS LIMITES DA RAZÃO JURÍDICA – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE DO JUÍZO ABSOLUTÓRIO, PELO CONSELHO DE SENTENÇA, FUNDADO EM RAZÕES DE CLEMÊNCIA, DE EQUIDADE OU DE CARÁTER HUMANITÁRIO – SISTEMA DE ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS – GARANTIA CONSTITUCIONAL DE RESPEITO AO SIGILO DAS VOTAÇÕES – INTERPOSIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO RECURSO DE APELAÇÃO PREVISTO NO ART. 593, INCISO III, ALÍNEA D, DO CPP – DESCABIMENTO – RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO DOS JURADOS – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA (HC 117. 076/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 143.595-MC/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 185.068-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 982.162/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – RHC 168.796-MC/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN) – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. – A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo

<sup>65</sup> TJ-MG - APR: 10604090146662001, Relator: CÁSSIO SALOMÉ, Data de Julgamento: 26/01/2012, 7ª CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/02/2012.

<sup>66</sup> (STF - HC: 178856 RJ 0033898-51.2019.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 22/10/2020).

de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. – Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, d), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX)– a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, b), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”. Magistério doutrinário e jurisprudencial.

A desnecessidade de motivação existente no sistema da íntima convicção é um fator negativo, pois decisões despidas de fundamentações dão ensejo a vereditos malfeitos, muitas vezes calcados apenas em preconceitos, paixões e presunções.

O ser humano é falho, de sorte que até mesmo aqueles versados na lei cometem equívocos quando deixam a lógica e a técnica de lado. Isso é ainda mais verdade quando se fala em jurados (a maioria é leiga no direito), já que são extremante influenciados pela mídia, tornando o sistema aplicado no Tribunal do Júri imperfeito.

Sobreleva-se que o princípio da soberania dos veredictos e do sigilo das votações dos jurados resta estampado no artigo 5º, inciso XXXVIII da Lei Maior:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) A plenitude de defesa;
- b) O sigilo das votações;
- c) A soberania dos veredictos;
- d) A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Isto posto, este sistema se configura como uma exceção, porquanto o próprio Texto Constitucional também prevê que as decisões judiciais deverão ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade, no artigo 93, inciso IX:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Reside justamente no artigo supra o fundamento do sistema da persuasão racional ou convencimento racional ou livre convencimento motivado. Este sistema é utilizado como regra no Brasil, se coadunando com o direito processual democrático, não podendo o julgador deliberar ao arrepio da lei. Demais disso, as partes, mormente o condenado, tem o direito de saber exatamente o porquê foi sancionado.

O sistema em tela está positivado no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal que diz: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”).

Agora que já foram esclarecidos o conceito de prova, assim como os seus respectivos sistemas de análise, pode-se adentrar no tema inicial do tópico.

Tendo em mente que, segundo o sistema de avaliação utilizado ordinariamente no país, não há provas com força absoluta e prefixada, a súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça resta incompatível com o próprio Código de Processo Penal.

Seguir cegamente o enunciado da súmula ventilada significa negar o espírito da norma positivada no Código de Processo Penal brasileiro, vez que não era o seu intuito inviabilizar, por completo, a análise de provas.

Sublinha-se que todos os meios de provas lícitos podem ser utilizados na seara processual penal, sendo aceitas provas típicas (nominadas) e atípicas (inominadas), ou seja, a legislação faz o possível para que formalidades não impeçam a busca pela verdade real.

Portanto, desde que esteja sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, a produção de provas deve ser ampla, devendo ser permitido que as partes, munidas com argumentos pertinentes, convençam o julgador. Essa é a filosofia do *codex*.

O entendimento cristalizado na súmula cria vulneráveis absolutos, obstaculizando que o acusado, através de testemunhas e provas periciais, comprove que não se aproveitou da inocência da vítima e que não houveram danos de ordem física ou mental à ofendida.

Aury Celso Lima Lopes<sup>67</sup> Júnior vaticina que, de acordo com o princípio constitucional do contraditório, o magistrado deve necessariamente ouvir ambas as partes, porquanto, deste modo, conhecerá ambas as versões que orbitam em torno do

---

<sup>67</sup> JÚNIOR, Aury Celso Lima L. Direito processual penal. 17ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 112.

caso, cabendo ao autor do fato e à vítima valer-se das chances previstas na legislação para manifestar-se, ou não, de forma inteligente e tática, encarando o processo como um jogo de estratégia.

Nota-se, pois, que o diálogo com o réu não pode ser fechado por completo! Quando o contraditório e a ampla defesa não são garantidos de forma plena, o processo passa a ser uma sequência de atos meramente decorativos, e isso não deve ser tolerado em crimes sexuais.

Sendo assim, entende-se que o entendimento hodierno do Superior Tribunal de Justiça viola, de forma despropositada, o direito do réu à produção de provas, ou seja, fere o próprio direito ao contraditório e a ampla defesa sacralizado na Constituição Federal. Nestes termos, segue decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal<sup>68</sup>:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO. OITIVA DO CORRÉU. REINQUIRIÇÃO. PEDIDOS NEGADOS. DIREITO DO ACUSADO À PRODUÇÃO DE PROVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a inversão na ordem dos depoimentos não enseja nulidade, desde que inexista prejuízo efetivo para o acusado. 2. Sabe-se que o juiz é o destinatário da prova e que a ele cabe indeferir aquelas manifestamente inúteis e protelatórias, ou ainda as que constituam verdadeiro abuso de direito, entretanto, especialmente no âmbito criminal, tal poder deve ser exercido com temperança, porque o que está em jogo é a liberdade do acusado. 3. O réu tem direito à produção da prova necessária à demonstração dos fatos que fundamentam sua tese de defesa, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório. 4. Se a Defesa avalia que os depoimentos são importantes para o esclarecimento dos fatos, deve ser observado o direito do paciente de produzir a prova oral, privilegiando o exercício da ampla defesa e do contraditório. 5. Ordem concedida.

Relembra-se que, em casos semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade do réu demonstrar que não ludibriou a ofendida (contava com mais de doze anos)<sup>69</sup>:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. PRETENDIDA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA 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 nº 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 decisorio 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

---

<sup>68</sup> TJ-DF – HC 07261738720198070000 DF, Relator: DES. CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 19/12/2019, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no PJe : 21/01/2020.

<sup>69</sup> STJ - REsp: 637361 SC 2004/0036666-5, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 01/06/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2010.

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.

É claro que o exame da questão não deve partir unicamente do comportamento da vítima, esquecendo-se do comportamento lascivo e impróprio do sujeito ativo. Apesar disso, a depender das circunstâncias do caso concreto, as provas colacionadas devem sim serem capazes de absolver o réu.

Argumentos tipicamente patriarcais e preconceituosos que nos remetam novamente a tempos medievais devem ser desconsiderados, todavia nem mesmo a adoção de políticas sociais criminais voltadas a saúde dos infantes podem servir de pretexto para que haja sobrepujação do bom senso, muito menos de princípios constitucionais.

O tema é complexo e, como tal, exige uma resposta mais trabalhada, não sendo suficiente para dirimir o assunto a aplicação pura e simples da letra da lei atual. A súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça falha justamente por isso, vez que não se atenta para questões sensíveis, como a vontade da própria vítima e o direito à amplitude de defesa, que também foi entronizado pelo Texto Constitucional.

Relembra-se que não há como regular, por completo, relações advindas do amor e da paixão existente entre 02 (dois) adolescentes. Nem sempre é possível aplicar a lógica pura e simples, devendo este fator ser observado.

A conjunção carnal consentida entre um casal de adolescentes, por exemplo, deve ser um cenário a ser analisado com cuidado pelo Julgador, não sendo concebível que o sentenciante não possa absolver o denunciado nessas circunstâncias.

Afinal de contas, de acordo com o sistema o livre convencimento motivado, as partes têm o direito de produzir provas e tentar o convencer o magistrado da veracidade de seus argumentos. Trata-se, em verdade, de direito subjetivo que não deve ser completamente tolhido por uma simples súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme explicado alhures, os magistrados devem seguir as suas convicções, a despeito de pressões externas irracionais. Mister realçar que súmulas não vinculantes

como as do Superior Tribunal de Justiça são importantíssimas, mas, quando carecem de razoabilidade, devem ceder espaço para novas soluções.

À luz do exposto, infere-se que o Julgador deve exercer seu *múnus* público com coragem, escorando-se nas provas produzidas e amealhadas aos autos, no entanto estas não devem ter valor absoluto, sob pena de aleijamento da atividade interpretativa do judiciário e de violação de direitos constitucionais do investigado/acusado.

### **5.3 Aplicação da presunção absoluta de vulnerabilidade num contexto de crise no sistema penitenciário brasileiro**

Obviamente, compreender que deve imperar a chama presunção absoluta de vulnerabilidade (interpretação acerca do artigo 217-A do Código Penal) implica em consentir com uma postura demasiadamente rígida que contribuirá para o aumento da população carcerária. Nessa perspectiva, torna-se crucial examinar os efeitos deste posicionamento, levando-se em consideração as condições das penitenciárias brasileiras.

Importa ressaltar que, no Brasil, as penitenciárias, em sua maioria, são desumanas, visto que as condições sanitárias são péssimas e simplesmente não há espaço para receber o contingente de reclusos que só aumenta com o passar dos anos.

A situação catastrófica é de conhecimento público e já se arrasta por muito tempo, decorrendo da ausência de medidas administrativas e legislativas, bem como da carência de investimentos neste setor. O notório desinteresse das autoridades é reflexo da indiferença da própria população para com os presidiários, que, geralmente, não se incomoda tanto com o tratamento vergonhoso que é dispensado para quem viola a lei.

Mesmo nos dias de hoje, muitas pessoas são favoráveis a sanções (pena de morte e prisão perpétua, por exemplo) que estão na contramão do que pregam princípios basilares da Constituição de 1988, criando uma verdadeira divisão entre o “cidadão de bem” e o nacional que nunca fora preso, ou seja, a opinião pública se esquece de todos são humanos e que merecem um tratamento minimamente digno, estando escarceados ou não.

Outro fator que contribui ainda mais para a popularização desta linha de pensamento reside no fato de que o povo brasileiro sofre com a má qualidade dos

serviços públicos básicos, fazendo com que a população não aceite que verbas públicas devam ser destinadas para melhoria dos sistemas penitenciários nacionais. Em resumo, boa parte da população entende que os presos devem sofrer para pagar por seus pecados, não cabendo ao Estado investir na ressocialização, e sim na cominação de penas pesadas e desumanas.

Rememora-se que diversos meios de comunicação fomentam esta noção de realidade e ajudam a propagandar um cenário exagerado de violência, passando, a todo tempo, imagens de desordem e de crimes violentos. Muitos programas televisivos, inclusive, passam tais imagens, em tempo real, o que ajuda no processo de retroalimentação do problema.

Roberto Porto<sup>70</sup> lembra que a aspiração da população pela aplicação da pena capital, prisão perpétua e trabalhos forçados é governada por critérios pouco científicos e pela ignorância, vez que desconsidera os problemas oriundos desta posição tão extrema, que acirra ainda mais o longo conflito existente entre as penas supra e as normas previstas na Carta Política (garantias e direitos individuais dos nacionais) que impedem a sua exequibilidade.

Enfim, toda essa convivência contribui para que a violação de direitos humanos nos presídios seja generalizada e sistêmica, incubindo aos três Poderes unirem forças para combater o quadro contemporâneo. Tal missão deve ser cumprida por todos os poderes da república, haja vista que a visão de que o direito de punir deve ser instrumento de vingança é antiquada, devendo a pena ligar-se a ideia de humanização e correção, ao invés de confundir-se com o infligimento de dor e medo. O incentivo a este sentimento social não é saudável, muito menos a noção de que a pena deve servir para fins de expiação dos pecados.

É claro que a vítima não pode ser esquecida, por isso a pena também deve ter finalidade retributiva em razão do mal gerado pelo infrator, todavia a resposta do Estado não deve traduzir-se numa verdadeira tortura, conforme explanado alhures. Não adianta trancafiar pessoas em uma cela com outros infratores e tratá-los como um animal, para depois esperar que elas saiam transformadas.

Os resultados simplesmente não são promissores, mas o erro é repetido de forma sistemática, contribuindo cada vez mais para o agravamento da situação carcerária e para a solidificação de estruturas criminosas que se instalam nas cadeias.

---

<sup>70</sup> PORTO, Roberto. *Crime Organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 39.

A falha estatal é tamanha que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro padece do chamado Estado de Coisas Inconstitucional<sup>71</sup>:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Agora que a situação presente no sistema penitenciário foi esclarecida, pode-se afirmar, com segurança, que Poder Judiciário deve adotar políticas que, na medida do possível, evitem o contínuo aumento da população carcerária.

A situação aterradora já foi corroborada pelos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça <sup>72</sup> (NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL) em 2014, relatando que o total de pessoas presas é de 711.463 (setecentos e onze mil quatrocentos e sessenta e três), consolidando o país como o detentor da 3º terceira maior população carcerária do planeta. Os dados também esclarecem que, naquela época, o deficit de vagas já era de 354.244 (trezentos e setecentos e vinte e oito mil duzentos e trinta e cinco) e que o percentual de presos provisórios já era de 32%.

As estatísticas escancaram a brutalidade ocorrente no tratamento obsequiado aos presos, sendo notória a ausência de recursos necessários para acomodar tantos presidiários. O deficit de vagas já é enorme, restando patente que a manutenção de reclusos gera gastos aos cofres públicos, portanto evitar a entrada de novas pessoas nas penitenciárias é uma medida salutar, em termos econômicos.

---

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. - *ADPF 347 MC*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09 de setembro de 2015. [Consult. 01 março. 2021]. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Estado%20de%20Coisas%20Inconstitucional&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Estado%20de%20Coisas%20Inconstitucional&sort=_score&sortBy=desc)>.

<sup>72</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Novo diagnóstico de pessoas presas. [Consult 09 jun 2021]. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira/>>.

Considerar a prisão como última alternativa é um caminho aplaudido, também, por muitos autores portugueses. Anabela Miranda Rodrigues<sup>73</sup>, jurista portuguesa, ensina que a pena de prisão é sim um método eficaz, para fins de prevenção, contudo isso não significa dizer que ela não deve ser utilizada como recurso final (*ultima ratio*), vez que outros tipos de sanções, sempre que possível e condizentes com o caso, devem ser estabelecidas pelo editor das leis (pena de multa).

Trata-se, também, de uma questão de coerência, pois, aos poucos, o legislador vem introduzindo instrumentos de política criminal que evitam a execução de penas privativas de liberdade, quais sejam: suspensão condicional da pena; transação penal; suspensão condicional do processo; Acordo de Não Perseguição Penal.

A suspensão condicional da pena, prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal, favorece o acusado suspendendo a pena não superior a 02 (dois) anos pelo período de até 04 (quatro), desde que as condições estipuladas pelo magistrado sejam obedecidas.

A transação penal é um instituto despenalizador previsto no artigo 76 da Lei 9.099/95 (dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais), no qual o acusado faz um acordo com o *parquet* e aceita cumprir pena restritiva de direitos ou multa, em troca da não propositura de ação penal.

A suspensão condicional do processo, por sua vez, está prevista no artigo 89 da lei nº 9.099/95, sendo um instituto despenalizador oferecido ao denunciado por delito cuja pena mínima seja igual ou inferior a 01 (um) ano.

O acordo de não persecução penal, inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal, é a mais nova medida despenalizadora, podendo ser proposta pelo representante do Ministério Público ao investigado, desde que seguintes requisitos sejam preenchidos: I) Não é caso de arquivamento; II) pena mínima inferior a quatro anos; III) crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; IV) investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática do tipo penal.

Pois bem, todas as medidas relatadas mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, sendo reflexo de uma política de intervenção penal mínima, que é positiva para o país e vem sendo legitimada pelo Poder Judiciário nos últimos anos.

Salienta-se que possuir a terceira maior população carcerária do mundo não é motivo de orgulho, e sim atestado de que o Estado está falhando com os seus cidadãos,

---

<sup>73</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. 2ª ed.– Coimbra: Almedina, 2020. p. 68.

já que a miséria e a ausência de oportunidades (compete ao Estado combater tais mazelas) também são fatos geradores de novos delitos. Além do mais, o percentual de 32%, relativo aos presos provisórios, revela ainda mais a precariedade do sistema, sendo uma taxa muito alta.

Nessa trilha, por força dos dados mencionados e da política de intervenção mínima que se está tentando implantar no Brasil, acaba sendo insustentável a defesa da presunção de vulnerabilidade absoluta, ainda mais quando se pensa na possibilidade de punição de adolescentes (ou de jovens adultos que contém com apenas dezoito anos), nos casos em que a diferença de idade entre os agentes não seja superior a 05 (cinco) anos.

É sabido que adolescentes cometem ato infracional e não são encarcerados em presídios com os adultos, contudo uma condenação dessa estirpe pode significar um aprisionamento futuro, haja vista que atos infracionais podem ser considerados, para fins de decretação do ergástulo preventivo, *in verbis*<sup>74</sup>:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO JURÍDICA POSTA. AFETAÇÃO DO WRIT À TERCEIRA SESSÃO. FINALIDADE DE ESTABELECEER DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PARA CASOS FUTUROS SEMELHANTES. MISSÃO DO STJ COMO CORTE DE PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRÁTICA PRETÉRITA DE ATOS INFRACIONAIS. PROBABILIDADE DE RECIDIVA DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO. JUÍZO DE CAUTELARIDADE BASEADO NA PERICULOSIDADE DO AGENTE VERSUS PROTEÇÃO ESTATAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ECA, ART. 143). DEVER DE PROTEÇÃO QUE CESSA COM A MAIORIDADE DO ACUSADO. LIBERDADE COMO RISCO DE DANO À ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO PELO MAGISTRADO QUANTO: I) À GRAVIDADE CONCRETA DO ATO INFRACIONAL; II) À DISTÂNCIA TEMPORAL ENTRE OS REGISTROS DA VIJ E A CONDUTA ENSEJADORA DA PRISÃO PREVENTIVA; III) À COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DOS ATOS INFRACIONAIS. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS PELA DECISÃO ORA IMPUGNADA. LEGALIDADE DA PRISÃO RESPALDADA POR OUTROS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A controvérsia entre as turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte – possibilidade de que, tal qual se dá em relação aos antecedentes penais, sejam os atos infracionais perpetrados pelo acusado, quando ainda era inimputável, considerados para fins cautelares – demanda uniformização quanto ao entendimento sobre a questão jurídica suscitada, o que justifica a afetação deste writ ao órgão colegiado mais qualificado.

2. A probabilidade de recidiva do comportamento criminoso se afere em face do passado do acusado ou pelas circunstâncias específicas relativas ao *modus operandi* do crime sob exame. Isso equivale a dizer que se o imputado cometeu o crime com, por exemplo, requintes de crueldade e excesso de violência, pode-se concluir que se trata de pessoa perigosa ao convívio social. Ou, por outro ângulo, mais centrado no passado do acusado, se os seus registros criminais denotam ser alguém que já respondeu ou responde por outros crimes de igual natureza, que traduzem um comprometimento com práticas ilícitas graves, não é leviano concluir que se trata de alguém cuja liberdade representa um

---

<sup>74</sup> STJ - RHC: 63.855 MG, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 11/05/2016, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 13/06/2016.

consistente risco de dano à ordem pública, à paz social, à própria vítima e/ou à coletividade.

3. Os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social. Se os atos infracionais não servem, por óbvio, como antecedentes penais e muito menos para firmar reincidência (porque tais conceitos implicam a ideia de “crime” anterior), não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros.

4. É de lembrar, outrossim, que a proteção estatal prevista no ECA, em seu art. 143, é voltada ao adolescente (e à criança), condição que o réu deixou de ostentar ao tornar-se imputável. Com efeito, se, durante a infância e a adolescência do ser humano, é imperiosa a maior proteção estatal, a justificar todas as cautelas e peculiaridades inerentes ao processo na justiça juvenil, inclusive com a imposição do sigilo sobre os atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e, em especial, aos adolescentes aos quais se atribua autoria de ato infracional (art. 143 da Lei n. 8.069/1990), tal dever de proteção cessa com a maioridade penal, como bem destacado no referido precedente.

5. A toda evidência, isso não equivale a sustentar a possibilidade de decretar-se a prisão preventiva, para garantia da ordem pública, simplesmente porque o réu cometeu um ato infracional anterior. O raciocínio é o mesmo que se utiliza para desconsiderar antecedente penal que, por dizer respeito a fato sem maior gravidade, ou já longínquo no tempo, não deve, automaticamente, supedanear o decreto preventivo.

6. Seria, pois, indispensável que a autoridade judiciária competente, para a consideração dos atos infracionais do então adolescente, averiguasse: a) A particular gravidade concreta do ato ou dos atos infracionais, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave; b) A distância temporal entre os atos infracionais e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no curso do qual se há de decidir sobre a prisão preventiva; c) A comprovação desses atos infracionais anteriores, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência.

7. Na espécie, a par de ausente documentação a respeito, o Juiz natural deixou de apontar, concretamente, quais atos infracionais foram cometidos pelo então adolescente e em que momento e em que circunstâncias eles ocorreram, de sorte a permitir, pelas singularidades do caso concreto, aferir o comportamento passado do réu, sua personalidade e, por conseguinte, elaborar um prognóstico de recidiva delitiva e de periculosidade do acusado.

8. No entanto, há outras razões invocadas pelo Juízo singular que se mostram suficientes para dar ares de legalidade à ordem de prisão do ora paciente, ao ressaltar “que o crime foi praticado com grave violência, demonstrando conduta perigosa que não aconselha a liberdade”, bem como o fato de o delito ter sido cometido em razão de dívida de drogas, em concurso de pessoas, por determinação do paciente, “que comanda uma das quadrilhas de tráfico de entorpecentes da região”.

9. Recurso em habeas corpus desprovido.

À luz do exposto, conclui-se que devem ser adotadas posturas que, na medida do possível, afastem os adultos e, especialmente, os adolescentes deste ambiente tão nocivo, quais sejam as penitenciárias do país. Condenações, sejam por atos infracionais, sejam por crimes, devem ser evitadas na medida do possível, vez que aproximam o acusado deste plano tortuoso, cuja realidade dificilmente mudará nos próximos anos.

A dignidade da pessoa humana e a liberdade dos jovens brasileiros são bens preciosos demais para serem postos em cheque pela falta de tato do legislador, que não entregou uma solução feliz para o problema relacionado ao sexo feito entre os jovens, antes da idade ideal.

Nessa senda, considerando tudo aquilo que espera aqueles que são encaminhados ao sistema penitenciário brasileiro (inúmeras violações à Dignidade da Pessoa Humana), o Poder Judiciário não pode simplesmente aplicar a letra da lei em todos os casos, de forma automática, como manda a própria súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Acerca do assunto, insta trazer a lume as afirmações Capez<sup>75</sup> sobre a temática:

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação às normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica de injusto. Da dignidade da pessoa humana, princípio genérico e reitor do direito penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior, tal como passageiros de uma embarcação. Dessa forma o estado democrático de direito parte do princípio reitor de todo o direito penal, que é o da dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de direito democrático.

As lições aportadas do autor são precisas, porquanto o princípio da dignidade da pessoa humana deve servir de norte para o Judiciário, inclusive quando estiver interpretando tipos penais como o de estupro de vulnerável. A interpretação meramente gramatical nem sempre basta para o alcance de uma solução adequada e satisfatória.

Enfatiza-se que a superlotação das penitenciárias e o persistente quadro de violação de direitos humanos são problemas complexos e que não serão resolvidos com soluções simplistas e divorciadas da realidade, sendo exigido do julgador uma dose extra de sensibilidade.

A exceção de Romeu e Julieta alinha-se com esta premissa, sendo uma opção inteligente e condizente com o direito penal mínimo e com a crise existente no sistema carcerário brasileiro.

## **5.4 Estigmatização do criminoso**

---

<sup>75</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol. 2 – Parte Especial – arts. 121 a 212. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 5.

Uma interpretação exclusivamente literal do artigo 217-A do Código Penal, por certo, desencadeará mais condenações do que a sua relativização, que invariavelmente levará a mais absolvições, evitando-se estigmatizações indevidas.

Neste sentido, importa discutir sobre os efeitos indelévels de um processo criminal ou de condenação na vida de uma pessoa, concentrando-se na estigmatização indevida. Com isso, pode-se sopesar se a manutenção da presunção absoluta de vulnerabilidade ainda merece lugar no ordenamento jurídico do país.

Conforme explanado em linhas anteriores, o crime de estupro de vulnerável possui consequências desastrosas para a vítima, sendo considerado abjeto pela humanidade ao longo da história, de sorte que o Estado não deve se manter inerte diante de tal conduta. Em outros termos, na esmagadora maioria das vezes, o sujeito ativo deve sim ser punido com a pena privativa de liberdade, aplicando-se o regime inicial fechado.

Caso medidas enérgicas não sejam tomadas contra atos tão monstruosos como o estupro de um vulnerável, certamente o aumentarão o número homicídios motivados pelo desejo de vingança e justiça. Afinal, o Estado deve regular e coibir determinadas ações humanas que violam a paz e tranquilidade social, pois assim justifica a sua própria existência, evita desordem e anarquia (ideologia política extremista).

A despeito da gravidade do tipo penal em comento, quando o Poder Judiciário averigua a existência de autoria e materialidade do crime, uma análise individualizada deve ser feita, dado que nem todos os casos são iguais, tampouco produzem as mesmas consequências em face dos envolvidos, incluindo-se as vítimas e suas respectivas famílias.

Por conta disso, um exame apurado sobre as consequências de uma condenação criminal deve ser feito para que se possa perquirir se, de fato, a interpretação literal do artigo 217-A é sempre a melhor resposta.

O envio de jovens para os presídios brasileiros que, muitas das vezes, são verdadeiras masmorras e escolas do crime dominadas por facções cada vez mais organizadas, deve ser feito com muita cautela. Tal experiência irá marcá-los para o resto de suas vidas!

Sabe-se que quem ingressa neste universo pode esperar encontrar um lugar em que impera a selvageria e a violência. Por outro lado, o que a sociedade pode esperar de um jovem que entra em contato com esta realidade tão brutal, em que reina a lei do mais forte? O prognóstico não é bom!

Sobreleva-se que a preocupação com a rotulação deve ser uma constante, especialmente para o Poder Judiciário que está em posição estratégica para assumir posicionamentos de vanguarda nesse âmbito. Lamentavelmente, os representantes do Poder Legislativo (Deputados Federais e Senadores) não costumam assumir este tipo de postura, posto que poderia desagradar seu eleitorado.

O capital político é muito valioso para a elite do Poder Legislativo e Executivo, por isso eles se preocupam tanto com a reverberação da opinião pública e, por consequência, sucumbem mais facilmente ao populismo do que os membros do Poder Judiciário, que não dependem de votos para manterem seus cargos.

Acerca da famigerada estigmatização, merece menção a chamada teoria do Labelling Approach, ou Teoria do Etiquetamento Social, que chama atenção para o fato de que, mesmo após cumprir sua pena, o condenado mantém o estigma de criminoso, visto que a sociedade não o acolhe.

José César Naves de Lima Júnior<sup>76</sup> lembra que a teoria em estudo nasceu nos Estados Unidos da América, na década de 70, almejando compreender o processo de criminalização a partir de um dos principais focos do problema, qual seja a reação da sociedade, que vê o infrator como um perigo constante e como um inimigo que merece ser particularmente vigiado.

Segundo esta teoria criminológica, o ser humano acaba agindo como criminoso em virtude de rótulos impingidos a ele pela sociedade, ou seja, tais características não são natas ou patológicas. Pela teoria, essa reação social faz com que o indivíduo assuma aquele papel pelo qual está sendo etiquetado, fazendo com que o infrator caia num ciclo vicioso.

Tais observações são interessantes e válidas ainda para os dias de hoje, dado que o direito penal falha em ressocializar os indivíduos, sendo perfeitamente defensável o argumento de que a exceção de Romeu e Julieta deve ser aplicada no Brasil, por ser traduzir-se num meio de afastar os jovens destes efeitos tão nocivos a sua personalidade e vida.

Sobreleva-se que a pecha de estuprador é ainda mais terrível, porque, conforme explicado alhures, é um crime que sempre causou muito ódio e repulsa. Aliás, a ojeriza é tão grande que não é incomum escutarmos histórias de que os próprios detentos rejeitam os autores de crimes sexuais.

---

<sup>76</sup> LIMA JR, José César Naves de. *Manual de Criminologia: elaborado com base nos editais de concursos públicos para ingresso em diversas carreiras jurídicas*. 4ª ed.– Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 126.

Muitos programas televisivos comemoram a prisão de estupradores, desejando que a “verdadeira justiça” seja feita dentro da penitenciária, com o estupro do violador, colocando em cheque o próprio equilíbrio exigível do direito penal.

Como se isso não bastasse, o encarceramento diminui a possibilidade de se conseguir emprego ou uma educação de qualidade, comprometendo o próprio convívio com a família e amigos. A verdade é que grande parte das pessoas não quer contato com ex-presidiários, fazendo com que o egresso retorne para onde é aceito: organizações criminosas, presídios, gang-ues e associações criminosas.

Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>77</sup>, jurista português, lembra que, hoje, já se pode dizer que mesmo nos Estados democráticos de direito há uma tendência de que o direito penal fortaleça a separação (afastamento entre o delinquente e os cidadãos que nunca infringiram a lei) ora mencionada, dificultando-se cada vez mais a reintegração do infrator na sociedade, que passa a ser visto pelos outros como uma doença contagiosa que infecta a comunidade mais próxima.

É claro que, se o Estado cumprisse o que está previsto na lei e efetivamente ajudasse na ressocialização dos presos, tais efeitos seriam atenuados. Eis o que preleciona a Lei de Execução Penal:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

---

<sup>77</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*. 4ª ed. – Coimbra: Grupo Almedina, 2020, p. 26.

Convém mencionar que o próprio artigo 5.6 da Convenção Americana de Direitos Humanos consolida a finalidade ressocializadora da pena: “ As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Pois bem! No intuito de ressocializar reclusos, as previsões legais supra dispõem sobre auxílio àqueles que saem do sistema penitenciário e voltam a conviver em sociedade, havendo previsão de concessão de alojamento e alimentação. Tal comando é de suma importância, pois o não suprimento de questões tão básicas poderá fazer com que o egresso volte a delinquir, no intuito de conseguir sobreviver ou de buscar o sustento de seus familiares.

Em tese, o Estado também deve fornecer orientações, todavia, na prática, a ausência de investimentos impede a concretização da letra de lei de forma satisfatória, deixando os egressos ao relento e a mercê do preconceito da sociedade.

Destaca-se que o estigma em comento acompanhará o acusado por toda a sua vida, portanto a não adoção, pelo Poder Judiciário, de critérios mais flexíveis quanto a presunção de vulnerabilidade se torna uma posição alinhada com um discurso muito punitivista e retrógrado, com o qual não se concorda.

Aliás, recentemente, as Cortes Superiores exararam decisões que fortalecem a lógica da estigmatização social, permitindo-se a concessão de caráter definitivo aos efeitos dos maus antecedentes. Transcreve-se ementa de julgado do Tribunal Pleno, de Relatoria de Roberto Barroso:<sup>78</sup>

EMENTA: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.

---

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. – RE 593818, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18 de agosto de 2020. [Consult. 28 março. 2021]. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3b712de48137572f3849aabd5666a4e3>>.

Há julgado da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, sendo a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:<sup>79</sup>

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES.POSSIBILIDADE.

1. Condenação criminal transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos, embora não possa ser utilizada para configurar a reincidência (art. 64, I, do Código Penal), pode ser considerada como maus antecedentes. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Infere-se dos julgados que o próprio Judiciário ainda insiste em subestimar os efeitos do processo criminal na vida dos indivíduos, vez que acabaram conferindo penas perenes com o seu entendimento sobre os maus antecedentes, indo de encontro a proibição constitucional de instituição de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF).

Anota-se que desvincilhar-se deste rótulo e deste ciclo se tornou ainda mais difícil hodiernamente, porque as informações circulam de forma extremamente veloz no mundo globalizado, eternizando-se na rede mundial de computadores.

Isabella Z. Frajhof<sup>80</sup> relembra que a publicação de informações na internet, independente da natureza, constrói um perfil com o gosto, opinião e imagem do usuário que está aberto para todos que o procurarem, inexistindo um meio verdadeiramente eficaz de realizar um controle sobre esses dados, fato que dificulta o processo de transformação do ser humano e pode vir a ser extremamente prejudicial ao indivíduo.

Ainda a respeito do tema, transcreve-se trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão:<sup>81</sup>

Na mesma linha, em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google Eric Schmidt, afirmou que a internet precisa de um botão de delete. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer on line, impedindo a pessoa de conseguir emprego.

---

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma – *AgRg no HC 323.661/MS*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 01 de setembro de 2015. [Consult. 28 março. 2021]. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3b712de48137572f3849aabd5666a4e3>>.

<sup>80</sup> FRAJHOF Isabella Z. *O Direito ao Esquecimento na Internet: conceito aplicação e controvérsias*. São Paulo, Almedina, 2019. p. 20

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. RESP 1.334.097 RJ 2012/0144910-7, Rel. Des. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013.

Concorda-se com as colocações do Ministro, haja vista que informações constantes na internet podem assombrar uma pessoa pelo resto de sua vida, frustrando a sua reintegração à sociedade. Não há meios eficazes de se deletar informações, estando o acesso a estas cada vez mais democratizado pelo uso de celulares.

Soma-se o fato de que, hoje em dia, as pessoas têm muito menos pudor em expor as suas vidas e a privacidade dos outros, compartilhando notícias e fotos sem nem mesmo checar a veracidade das informações. O uso de aplicativos como *whatsapp*, *facebook* e *instagram* facilitaram muito esta dinâmica, tornando virtualmente impossível o controle de tudo.

Em face desta nova realidade, o Judiciário não pode se dar ao luxo de ser leviano ou descuidado, sobremaneira com aqueles que estão no liminar de sua vida adulta. Aplicar a lei seca do artigo 217–A do Código Penal, em absolutamente todos os casos, seria o mesmo que tergiversar sobre a realidade e ignorar o processo estigmatizante daqueles que são acusados injustamente de serem autores de crimes sexuais.

## **5.5 Do fenômeno da vitimização**

O fenômeno da vitimização é demonstrado através do estudo da criminologia, possuindo relação umbilical com o problema em debate, vez que o reconhecimento da presunção absoluta de vulnerabilidade gera um volume maior de processos criminais do que a presunção relativa.

Nesse passo, importa discutir se a relativização da presunção de vulnerabilidade, por meio da aplicação da teoria de Romeu e Julieta, não seria o melhor caminho a ser seguido, considerando os efeitos inatos que a persecução criminal gera aos direitos humanos das próprias vítimas.

Primeiramente, impende trazer à tona o conceito das espécies de vitimização, quais sejam: primária, secundária e terciária.

A vitimização primária advém dos efeitos do delito na própria vítima, podendo ser de ordem física, material e psíquica, ou seja, trata-se de um efeito mais óbvio e imediato, mas que pode ter efeitos extremamente duradouros para a vítima, sendo nítida no crime de lesão corporal, por exemplo.

Afinal, lesões responsáveis pela deformação de um rosto (ordem física) podem desencadear gastos com a recuperação hospitalar (ordem material) e causar traumas

(psíquicos) ao sujeito passivo pelo resto de sua vida, impedindo-o de se relacionar de forma saudável com terceiros.

Anota-se que há certas particularidades nos efeitos psíquicos decorrentes dos traumas em comento. Eis o que Lopes e Milheiro<sup>82</sup> ensinam sobre os reflexos da agressão sexual:

Como consequências imediatas e com reflexo na dimensão procedimental, o trauma provoca perda de memória que dificultam necessariamente a revisitação dos factos, nomeadamente a identificação de agressores em momentos chave do processo.

São igualmente identificados pela bibliografia, para além de um conjunto de rejeições sociais, consequências específicas do trauma decorrente de agressões sexuais no próprio desenvolvimento da sexualidade da vítima no futuro, nomeadamente a destruição de certezas que a mesma possa ter no âmbito das relações entre sexo e amor, com consequências fraturantes na sua vida pessoal.

Percebe-se que as consequências do abuso assumem várias feições, alterando própria percepção do agredido, que pode sofrer efeitos imediatos e prolongados. Com efeito, a vitimização primária deve ser encarada com muita seriedade pelos operadores do direito, em virtude da perenidade, complexidade e profundidade das marcas deixadas.

A vitimização secundária advém da atuação das instituições e seus respectivos agentes, formalmente legitimados pelo Estado e pela lei para lidarem com o sujeito passivo quando ele vai atrás de ajuda e acolhimento. Ela costuma ocorrer, pois o constante despreparo e a insensibilidade dos agentes públicos e demais operadores do direito pode fazer com que a vítima se sinta ainda pior, sendo muitas vezes julgada, desacreditada, coisificada e tratada de forma demasiadamente severa.

Isso ocorre muito com as mulheres no Brasil, razão pela qual se traz a lume os ensinamentos de Gonzaga<sup>83</sup>, que discorre sobre a vitimização secundária da mulher e dá um exemplo relevante:

Quando a mulher é vítima de uma infração penal qualquer, o sistema criminal não é tão eficaz a ponto de protegê-la. Pelo contrário, os controles sociais formais empregam uma vitimização secundária a ponto de atribuir a responsabilidade do crime à mulher, que foi descuidada ou então “deu causa” ao incidente. Como exemplo, citam-se os casos de estupros em que a mulher é vítima dentro dos bailes funk onde ela está previamente sem calcinha. Claro que, se ela vai sem algo para cobrir as partes íntimas, a facilidade de fazer sexo é gritante, mas isso não significa que a mulher está aberta a todas as investidas sexuais que forem feitas em referido ambiente. Caso ela queira fazer sexo com alguém, isso é da responsabilidade dela e do outro, mas, caso não queira determinado parceiro, o fato de ela estar seminua não retira a violência do crime sexual de estupro, estando este configurado. Mas, ao constatar esse tipo de crime, é muito comum que o sistema criminal

---

<sup>82</sup> LOPES, José Mouraz., MILHEIRO, Tiago Caiado. *Crimes sexuais: análise substântiva e processual*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2021. p. 41.

<sup>83</sup> GONZAGA, Christiano. *Manual de criminologia*. 2ª ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 126.

não dê a devida atenção para o desfecho da investigação policial, e em alguns casos nem se instaura um procedimento administrativo, pelo fato de se atribuir à mulher (praticamente nua) a responsabilidade de al-guém a ter estuprado.

A depender do caso, sabe-se que a defesa pode ser bem agressiva durante a instrução processual, questionando a veracidade do que fora dito pela ofendida e tentando desmoralizá-la.

No afã de provar a inocência do réu a todo custo, a defesa pode exceder-se, indagando o porquê, diante da suposta violência, a vítima não agiu de forma mais contundente para evitar a reiteração do abuso, perguntando sobre como seus próprios comportamentos contribuíram para a consumação do delito investigado.

Este tipo de estratégia acaba transformando a vítima num meio para um fim, intensificando o sentimento de descaso para com seus sentimentos e pensamentos. Esta marginalização é ilógica, porém rotineira na prática forense.

A vitimização terciária, por sua vez, é produzida pela própria sociedade, que também pode tratar a vítima de forma preconceituosa e maldosa, havendo casos em que parcela de culpa pela prática do crime é erroneamente atribuída ao sujeito passivo, ao invés de recair tão somente sobre o sujeito ativo. Isso costuma ocorrer constantemente com mulheres que são vítimas de crimes de estupro e de violência doméstica.

Christiano Gonzaga<sup>84</sup> relembra que o pensamento popular pode ser implacável e distorcido, chegando ao cúmulo de se virar contra mulheres que denunciam delitos que vêm ocorrendo no âmbito familiar, haja vista que a mesma estaria supostamente destruindo a sua própria família, a partir do momento deixa de sofrer os maltratos calada e busca o afastamento do lar de seu agressor.

Percebe-se que o preconceito social e familiar é um dos grandes responsáveis pelo desconforto e silêncio das vítimas, mormente de mulheres, dando azo a configuração das chamadas cifras negras.

Não se pode deixar que registrar que já houveram avanços significativos em favor do combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, no âmbito nacional, sendo a Lei Maria da Penha considerada uma ação afirmativa de sucesso. Nada obstante, há ainda um longo caminho a ser percorrido antes que leis desta natureza (afirmativas) se tornem desnecessárias.

---

<sup>84</sup> Op. Cit. p. 189.

Sublinha-se que o próprio órgão de cúpula do Poder Judiciário já considerou os efeitos da vitimização primária, secundária e terciária em julgados. Na oportunidade, aproveita-se para colacionar trecho da decisão do Ministro Roberto Barroso<sup>85</sup>:

E, em casos que tais, diz referida psicóloga, a literatura aplicável à espécie, tem por normal que a criança volte atrás e negue o abuso sofrido por conta do intenso conflito vivenciado por ela. Ademais disso, deve ser levado em consideração, também, a situação vivenciada, em regra, por qualquer vítima de crimes sexuais que, além de sofrer as consequências direta da conduta por parte do abusador [vitimização primária], é ainda levada a uma Delegacia de Polícia para registrar a ocorrência; passa por exame de corpo de delito para atestar as lesões sofridas; e, posteriormente, deve ser ouvida em juízo, ficando a disposição do Estado para que o crime contra perpetrado contra sua pessoa seja investigado e o autor dos fatos punido [vitimização secundária], isso sem contar que ela igualmente é vítima de preconceito no meio social e da própria família em decorrência da estigmatização trazida pelo tipo de crime que lhe foi praticado [vitimização terciária], restando claro, portanto, que a acusação e a retratação devem ser vistas com bastante cautela pelo magistrado que presidir esse tipo de ação penal.

Os apontamentos do ministro são importantes, posto que o julgador se preocupou em demonstrar como as espécies de vitimizações podem configurar-se no caso concreto.

À vista do exposto, verifica-se que as consequências negativas do direito penal e processual penal também podem afetar negativamente a vítima, transformando sua trajetória num verdadeiro calvário. Trata-se, pois, de mais um fundamento para a aplicação do princípio da intervenção mínima e, por conseguinte, da “Lei de Romeu de Julieta”.

Salo de Carvalho<sup>86</sup> explana que o direito de punir e a repressão estatal em si não estão interligados a garantia de direitos humanos e individuais, estando, ao revés, associados a ofensa de direitos humanos de todas as partes envolvidas: vítimas do crime (através do processo de revitimização); dos condenados e dos investigados pela polícia judiciária.

O raciocínio do autor não merece reparos, contudo a lógica do direito penal mínimo não pode ser aplicada a todos os casos, pois algumas infrações são tão brutais e ofendem tanto a coletividade que devem ser investigadas, a despeito da vontade do sujeito vulnerável. O Estado deve exercer o seu direito de punir contra aqueles que praticam o hediondo crime de estupro de vulnerável na esmagadora maioria dos casos, contudo há exceções em que não podem ser esquecidas.

---

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática*. HC 172313 MT, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/06/2019.

<sup>86</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 227.

Cuidando-se de um caso em que se enquadre no contexto de aplicação da teoria em tela, percebe-se que a aplicação da mesma é a melhor opção, evitando uma exposição desnecessária da “vítima” a efeitos verdadeiramente nefastos.

Uma adolescente com mais de 12 (doze) anos de idade que deliberadamente relaciona-se com outro jovem mais velho (com a anuência da família de ambos), cuja diferença de idade não seja superior a 05 (cinco) anos, certamente não se sentirá confortável em ter que relatar suas experiências sexuais a desconhecidos.

Esta experiência pode ser extremamente traumática para uma adolescente, notadamente se as autoridades responsáveis pelo interrogatório forem insensíveis para com a delicada situação da declarante. O diálogo e a urbanidade são essenciais para atenuar o drama da vítima, fazendo com que ela se sinta menos desconfortável.

Repisa-se que o Estado deve ter muito cuidado para não transformar a própria vítima numa refém dos fatos em apuração. Melhor dizendo, a vítima não pode ser uma mera espectadora de seus próprios problemas, devendo ser tratada com dignidade e respeito.

Passar por exames periciais, dar relatos sobre sua vida íntima na fase pré-processual e processual e ter o nome ligado a um crime pesado como o de estupro são experiências que devem ser evitadas, não cabendo ao Estado, desde que reunidas as condições para a aplicação da teoria de Romeu e Julieta, interferir tanto na vida das pessoas sem a sua anuência.

## **5.6 Análise da problemática à luz das duas faces do princípio da proporcionalidade**

Por se tratar de questão interpretativa de norma penal, que envolve direitos fundamentais, a análise quanto a relativização da presunção de vulnerabilidade, inevitavelmente, perpassa pelas facetas do princípio da proporcionalidade, quais sejam: vedação da proteção deficiente e proibição do excesso.

Nesta vertente, é necessário que a conclusão quanto a mitigação em questão passe por este crivo, pois só assim será possível definir se a mesma é prudente e razoável.

Pois bem, primeiramente, interessa relatar que a aplicação destes desdobramentos do princípio da proporcionalidade não são uma novidade para o Poder

Judiciário brasileiro, havendo diversos casos em que as cortes superiores o aplicaram no campo penal e processual penal.

Transcreve-se ementa de julgado da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura<sup>87</sup>:

PENAL E PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS E POSSE/PORTE DE MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE ARTEFATO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE LEVAR À PROTEÇÃO DEFICIENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. POSSE DE 2 (DUAS) MUNIÇÕES CALIBRE .32) DESACOMPANHADAS DE ARMA DE FOGO. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Não há se falar em atipicidade em virtude da apreensão da munição desacompanhada de arma de fogo, porquanto a conduta narrada preenche não apenas a tipicidade formal, mas também a material, uma vez que "o tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal" (AgRg no REsp n. 1.434.940/GO, Sexta Turma, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 4/2/2016). Nesse contexto, verifico que permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, continua a preencher a tipicidade penal, não podendo ser considerada atípica a conduta. 3. Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF e do STJ. 4. A possibilidade de incidência do princípio da insignificância não pode levar à situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua incidência, que deve se dar apenas quando efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, a denotar a inexpressividade da lesão. Com efeito, analisando os precedentes, verifico que a insignificância se apresenta em situações nas quais se portava de 1 a 7 munições. Outrossim, a Quinta Turma já considerou que a apreensão de 20 projéteis não autorizava a aplicação do mencionado princípio. 5. A situação apresentada está mais próxima das hipóteses em que se reconheceu a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, possuindo, assim, a nota de excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidos 2 (dois) cartuchos de calibre .32, desacompanhados de arma de fogo. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente pelo crime tipificado no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, mantendo-se intacta a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

(STJ - HC: 484121 MG 2018/0334233-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/05/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2019)

---

<sup>87</sup> STJ - HC: 484121 MG 2018/0334233-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/05/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2019.

Colaciona-se, ainda, ementa de julgado da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura<sup>88</sup>:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. PRÉVIO WRIT CONCEDIDO PARCIALMENTE. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PESSOAL ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Para a decretação das medidas cautelares pessoais é necessário que estejam presentes a plausibilidade e a urgência, de modo a justificar concretamente a imprescindibilidade da constrição. 2. In casu, o Tribunal de origem substituiu a prisão preventiva do réu por restrição cautelar de comparecimento mensal em juízo, para informar e justificar atividades, e manutenção dos endereços e telefones atualizados, nos termos do artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal. 3. Não se vislumbra ilegalidade na imposição da medida cautelar alternativa, nos parâmetros delineados, pois o Colegiado a quo declinou concreta fundamentação, pautada, sobretudo, nas circunstâncias do fato e nas condições pessoais dos agentes. 4. Não descuro o julgador das características das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, no que tange à preferibilidade, dentro da óptica de que sempre se devem privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais. 5. Sob a influência do princípio da proporcionalidade em seu duplo espectro - proteção contra o excesso e vedação da proteção penal deficiente -, não se mostra descabida a imposição de cautelar alternativa como forma de proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do acusado, não se afastando o julgador dos vetores decorrentes do postulado da proporcionalidade - necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito -, evidenciando-se a inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado. 6. Ordem denegada.

Anota-se que reconhecimento de ambos os lados do mesmo princípio pelos poderes da república é o correto, porquanto, desta forma, evita-se interpretações radicais de ambas as partes. A defesa, muitas vezes, levanta teses que buscam a vilanização do Estado e a exaltação do réu, ao passo que a acusação pode demonstrar extrema indiferença para com os direitos individuais do acusado, por isso é sábio reconhecer que o equilíbrio deve ser almejado.

Frisa-se que a vedação da proteção deficiente obriga o Estado a agir para manter a paz social, evitando-se que os cidadãos sejam reféns de práticas criminosas. André Estefam<sup>89</sup> disserta que a proibição de proteção insuficiente estabelece um padrão mínimo de intervenção do Estado, impondo um conjunto de medidas capazes de salvaguardar bens jurídicos que são caros a humanidade, tais como a vida, liberdade, segurança, dignidade sexual e repúdio a quaisquer formas de discriminação.

Pois bem, analisando a questão sob este ângulo, infere-se que a estipulação de uma idade mínima de consentimento é uma obrigação do Estado que foi devidamente cumprida. Afinal de contas, o artigo 217 A do Código Penal dispõe que a idade mínima

---

<sup>88</sup> STJ - HC: 431734 RS 2017/0335671-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/08/2018.

<sup>89</sup> ESTEFAM, André. Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57.

é de 14 (catorze) anos de idade para ter relações sexuais com maiores de 18 (dezoito) anos, sem que isso seja considerado estupro de vulnerável.

Já fora demonstrado em capítulos anteriores que relações sexuais precoces podem prejudicar o desenvolvimento psicológico de adolescentes, de sorte que é totalmente justificável que haja essa preocupação especial com quem está desenvolvendo sua personalidade.

Trata-se de um problema global, tanto é que em países, como Portugal, o legislador se preocupou tanto com o bem estar do menor que foi ainda mais rigoroso quanto a questão da idade mínima de consentimento, criminalizando, no artigo 173 do Código Penal Português, o ato de um maior praticar sexo com menor entre 14 e 16 anos de idade, abusando de sua inexperiência. Eis o que preleciona o artigo:

Artigo 173.º

Actos sexuais com adolescentes

1 - Quem, sendo maior, praticar ato sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que ele seja praticado por este com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos.

2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos.

3 - A tentativa é punível.

Segue ainda acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de Relatoria de Maria Deolinda Dionísio<sup>90</sup>, que exprime bem a correlação existente entre a liberdade sexual dos adultos e a evolução dos adolescentes no âmbito sexual:

I – Os crimes sexuais protegem, por um lado, a liberdade sexual dos adultos; e, por outro, o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade, considerando-se aqui que, determinados actos ou condutas de natureza sexual podem, mesmo sem violência, em razão da pouca idade da vítima prejudicar gravemente o seu crescimento harmonioso e, por consequência, o livre desenvolvimento da sua personalidade.

II - No domínio dos crimes sexuais relativamente a menores, o legislador optou, muitas vezes, por uma protecção escalonada em razão da idade, reconhecendo que tal circunstância confere especificidades ao bem jurídico protegido que justificam a autonomia da densificação normativa típica.

III – Assim, no abuso sexual de crianças [art. 171º] é punido quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o importunar com acto de carácter exibicionista ou ainda sobre ele actuar por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos.

IV - Nos crimes de abuso sexual de dependentes [art. 172º] e prostituição de menores [art. 174º] confere-se protecção a menores com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos.

V - No crime de actos sexuais com adolescentes [art. 173º] protege-se a faixa etária dos

---

<sup>90</sup> TRP - **RP201406041298/09.4JAPRT.P1**, Relatora: MARIA DEOLINDA DIONÍSIO, Data do Acórdão: 04/06/2014, 2ª Secção Criminal

menores entre os 14 e os 16 anos relativamente a actos sexuais de relevo. VI - A integração harmónica dos diversos preceitos inculca, por si só, que o limite temporal mínimo nas duas últimas hipóteses corresponde à data em que se completem os 14 anos e, por seu turno, o limite superior é balizado pela data em que se completam os 18 ou 16 anos, respectivamente.

Compreende-se, pois, que os Tribunais brasileiros, assim como os portugueses, concordam com a estipulação de uma idade mínima, o que reforça o argumento de que é uma medida que evita uma proteção deficiente. Ocorre que tal providência não resolve todas as nuances do problema, e isso não pode ser simplesmente ignorado.

É notório que, na esmagadora maioria das vezes, aqueles que contam com menos de 14 (catorze) anos não possuem a experiência e bagagem necessária para relacionar-se, de igual para igual, com pessoas muito mais velhas e experientes. Em regra uma menina (ou menino) de 13 (treze) anos acaba se tornando uma verdadeira presa para homens (ou mulheres) que possuem mais de 40 (quarenta) anos de idade, por exemplo.

Deste modo, o estabelecimento de balizas mínimas pelo Estado coaduna-se com uma das facetas do princípio da proporcionalidade, mas não justifica o não estabelecimento de exceções à regra.

A lógica da relação entre quem tem 13 (treze) e 40 (quarenta) não é a mesma lógica existente na relação entre quem tem 13 (treze) e 15 (quinze) anos de idade, por isso o não estabelecimento de exceções a presunção de vulnerabilidade fere o outro lado do princípio da proporcionalidade, que veda o excesso da atividade legislativa no campo penal.

Nesta ótica, percebe-se que existe um vácuo legislativo que precisa ser preenchido pelo hermeneuta, caso contrário os cidadãos brasileiros estarão fadados a conviver constantemente com leis ineficazes e arcaicas, que ignoram a realidade da vida, questões históricas e o próprio contexto em que são aplicadas.

Mário Arôso de Almeida<sup>91</sup>, autor português, traz lições valiosas acerca da razão em si, anotando que na construção de soluções e de raciocínios jurídicos para problemas resultantes de comportamentos humanos, é necessário observar o ambiente, o contexto e a experiência prática, vez que a razão, por ser histórica, deve permanecer ao lado da experiência, até mesmo por que a verdadeira razão deve ser fruto da experiência prática.

---

<sup>91</sup> ALMEIDA, Mário Arôso. De. *O Princípio da Razoabilidade como Parâmetro de Atuação e Controlo da Administração Pública*. Coimbra: Grupo Almedina, 2020. p. 87.

Com isso em mente, pode-se afirmar que quando o editor das leis atua de forma exageradamente conservadora, esquecendo-se da experiência prática, critérios lógicos não estão sendo devidamente avaliados.

Relembra-se que, sob o risco de tornar-se inócuo, o princípio da proibição do excesso deve ser observado desde a elaboração da lei penal, portanto o fato do legislador não ter se atentado para as particularidades da relação entre dois jovens, no artigo 217-A do Código Penal, lesa tal princípio.

Quando utilizado de de forma escoreita, tal princípio evita a execução de leis verdadeiramente injustas, em seu âmago, cuja aplicação teria o condão de devastar a vida das pessoas. Segue exemplo de aplicação do mesmo pelo Tribunal da Cidadania de relatoria da Ministro Sebastião Reis Júnior<sup>92</sup>:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ART. 273, § 1º-B, V, DO CP). MITIGAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. OBSERVÂNCIA. ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACOLHIMENTO. SUBMISSÃO À APRECIACÃO DA CORTE ESPECIAL. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 1. A aplicação da pena prevista para o delito inscrito no art. 273, § 1º-B, do Código Penal mostra-se excessivamente desproporcional, contudo, para que que a Sexta Turma afaste a incidência do preceito secundário da norma, cumpre antes, em respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e tendo em consideração o disposto na Súmula Vinculante 10/STF, a declaração expressa da Corte Especial acerca da sua eventual inconstitucionalidade. 2. Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, com a devida remessa dos autos à Corte Especial, conforme a previsão dos arts. 97 da Constituição Federal, 480 e 481 do Código de Processo Civil e 200 do RISTJ, para que julgue o incidente.

É de clareza solar que este princípio também deve ser utilizado com responsabilidade, haja vista que ele não pode ser servir como uma espécie de válvula de escape para o Poder Judiciário passar por cima da vontade do legislador quando bem entender. Quando a harmonia entre os poderes não é respeitada, velhos problemas voltam à tona, desencadeando tensões entre os Poderes.

O estabelecimento de uma verdadeira queda de braço entre os Poder Executivo, Legislativo e Judiciário enfraquece as instituições e causa instabilidade no país, o que não é nada bom para a democracia em si. É um problema sério, razão pela qual as intervenções do Poder Judiciário nas leis penais, ancoradas no princípio da proporcionalidade, devem ser pontuais e cirurgias.

---

<sup>92</sup> STJ - HC: 239363 PR 2012/0076490-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 19/11/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2012)

A preservação da democracia necessita dessas doses de autocontenção por parte do Poder Judiciário, sob pena de legitimar-se o excesso de intervenção judicial, prática que não deve ser aceita, e sim combatida. Apesar de sua importância, os membros do Poder Judiciário não são os únicos operadores da lei, de modo que eles também devem respeitar o princípio da separação dos poderes e aos representantes do Poder Legislativo e executivo, que foram democraticamente eleitos.

Desse modo, a noção de que deve prevalecer o diálogo institucional deve ser incentivada, cabendo ao intérprete da lei buscar corresponder a certas expectativas, sem esquecer-se de que detém dever de se auto-policiar.

Nessa senda, afigura-se incorreta a compreensão de que o Judiciário poderia diminuir a idade mínima estampada no artigo 217-A do Código Penal, permitindo que adultos se relacionem com adolescente com idade inferior a 14 (catorze) anos. Entendimento neste sentido seria demasiadamente paternalista e desajuizado, por não proteger o adolescente e por ser uma interpretação verdadeiramente fraudulenta da lei.

Noutro giro, o acolhimento da teoria de Romeu e Julieta respeitaria a idade mínima prevista no artigo em comento, coadunando-se com ambos os ângulos do princípio da proporcionalidade.

## CONCLUSÃO

Por muito tempo, os menores foram vistos como uma mera extensão de seus ascendentes, de modo que a legislação não lhes protegia como deveria, por serem mais vulneráveis que os adultos, tanto física quanto psicologicamente.

Com a transformação ocorrida na visão da sociedade e as mudanças paulatinas na política criminal, a legislação deixou de objetificar os infantes e passou a tratá-los como sujeitos de direito. Contudo, novos problemas foram emergindo com o despertar cada vez mais precoce dos jovens para a sexualidade. Nesse contexto, a própria presunção absoluta de vulnerabilidade consolidada pela súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça precisa ser questionada, à luz dos princípios do direito penal e da Constituição Federal de 1988.

De fato, o abuso sexual traz consequências psicológicas avassaladoras para vítima, podendo gerar doenças sexualmente transmissíveis, gravidez indesejada e traumas psicológicos terríveis ao ofendido.

Em razão disso, o próprio texto constitucional, com acerto, ordena a criminalização de condutas hediondas como o delito de estupro de vulnerável, correspondendo aos anseios e sentimentos da sociedade atual. Sucede que obrigar o legislador ordinário a agir em prol de certos interesses jamais pode implicar na materialização de visões obtusas, devendo os congressistas agirem de forma coerente.

Tendo-se em conta a relação existente entre um adolescente e um adulto bem mais velho que ele, seria despido de sentido arrazoar que merecem ser aplicados os princípios da intervenção mínima e/ou o princípio da adequação social nestas circunstâncias, porquanto o contexto fático-jurídico exige atuação estatal.

Em outras palavras, a avocação de um discurso de intervenção mínima seria incompatível com a gravidade da situação, principalmente quando se considera que a sociedade simplesmente não tolera mais este tipo de envolvimento, estando presente um sentimento de rejeição bem claro e forte.

Sendo assim, compreende-se que interpretação que vise diminuir a idade de consentimento entabulada pelo Legislador no artigo 217-A do Código Penal, permitindo a prática desenfreada de sexo entre infantes e adultos, sem qualquer tipo de limitação, seria fraudulenta, ferindo o princípio da separação dos poderes e o da vedação da proteção deficiente.

A própria evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária do delito de estupro indica que esta ótica esta em consonância com o princípio do melhor interesse do menor, protegendo-se o período de desenvolvimento e a saúde mental deste.

Salienta-se que proteger os infantes significa proteger direitos fundamentais caros, havendo um verdadeiro direito à proteção jurídica de direitos desta natureza. O professor português José Joaquim Gomes Canotilho<sup>93</sup> disserta sobre a questão, ponderando que o direito à proteção jurídica tem viês democrático, pertencendo a qualquer cidadão, independentemente do sexo, idade ou credo, que por sua vez pode exigir que o Estado o defenda de eventuais transgressões de outros cidadãos, devendo esta tutela ser outorgada através da criminalização de condutas nocivas aos direitos de particulares, tal como acontece no cenário em que um adulto pratica sexo com uma criança.

Doutra sorte, a perspectiva muda drasticamente quando se atenta para o cenário em que o ato sexual é praticado entre dois jovens (casal de namorados que contém, respectivamente, 13 e 16 anos, por exemplo). Neste caso, a penalização causaria mais prejuízos do que benefícios às partes envolvidas, por causa das cicatrizes que decorrem do processo de vitimização (primária, secundária e terciária), bem como da rotulação feita ao autor do fato.

O direito penal deve ser encarado como *ultima ratio*, porquanto a sua aplicação aproxima o sujeito ativo de um mundo cruel e desesperançoso. O envio de jovens, de forma leviana, as penitenciárias brasileiras não é a melhor solução, já tendo sido declarado pelo Supremo Tribunal Federal o Estado de Coisas inconstitucional no âmbito do sistema prisional.

Partindo dessa premissa, verifica-se que o Poder Judiciário, em circunstâncias excepcionais, deve sim relativizar a presunção de absoluta vulnerabilidade emoldurada no artigo 217-A do Código Penal, sob pena de violar o princípio da vedação do excesso da atividade legislativa.

Sublinha-se que o exagero legislativo aqui contraposto não socorre os interesses dos menores e nem mesmo os da sociedade, sendo um claro reflexo de um conservadorismo desarrazoado e de uma mentalidade populista, que é constantemente fomentada pela mídia sensacionalista e pela ignorância coletiva. Infere-

---

<sup>93</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra:Coimbra Editora, 2004. p. 76

se, pois que os argumentos contrários à mitigação da presunção de vulnerabilidade não convencem, pois ter-vigessam para a realidade da vida.

Nessa senda, afigura-se pertinente a aplicação da exceção de Romeu e Julieta, desde que sejam observados os requisitos para sua aplicação: existência de relacionamento entre sujeito ativo e passivo; consentimento da vítima para o sexo; diferença de idade entre as partes de até cinco anos. Naturalmente, tal teoria só deve ser aplicada para os adolescentes maiores de 12 anos de idade, já que é o limite previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Infere-se que esta é a saída mais proporcional para a problemática, posto que respeita os critérios hermenêuticos atinentes à matéria, preenchendo uma verdadeira lacuna jurídica existente no ordenamento jurídico nacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Mário Arôso de. *O Princípio da Razoabilidade como Parâmetro de Atuação e Controlo da Administração Pública*. Coimbra: Grupo Almedina, 2020.

BACILA, Carlos Roberto. *Manual de criminologia e política criminal* [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaberes, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BECCARIA, Cesare de Bonesana, Marquês de. *Dos delitos e das penas*. – 6ª ed. São Paulo: Atena, 1959.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal - parte geral*. 22ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal v. 2 – Parte Especial – arts. 121 a 212*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Edihermes Marques. *Direito Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, André. *Parte especial: arts 121 a 234-B- Direito Penal*. 7ª ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. – *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FRAJHOF, Isabella Z. *O Direito ao Esquecimento na Internet: conceito aplicação e controvérsias*. São Paulo, Almedina, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal : parte geral (arts. 1o a 120)* 3ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019

GONZAGA, Christiano. *Manual de Criminologia*. 2ª ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2020

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014.

HABIGZANG, L., CAMINHA, R. M. *Abuso sexual contra crianças e adolescentes: conceituação e intervenção clínica*. – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

JÚNIOR, Aury Celso Lima L. *Direito processual penal*. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. *Manual do direito penal – parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA JR, José César Naves de. *Manual de Criminologia: elaborado com base nos editais de concursos públicos para ingresso em diversas carreiras jurídicas*. 4ª ed.– Salvador: JusPODIVM, 2017.

LOPES, José Mouraz MILHEIRO, Tiago Caiado. *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*. 3ª ed – Coimbra: Almedina, 2021.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Atlas, 2012.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial ( arts. 213 a 359-H)*. Vol. 3 . 10ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO 2020.

MENKE, Cristoph. *Direito e violência: estudos críticos*. Organização e revisão técnica MARTINS, Antonio José Teixeira João Paulo Bachur (Org.). Tradução de António Francisco de Sousa, António Franco, Geraldo Luiz de Carvalho Neto. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORGADO, Miguel (Trad.). *Montesquieu. Do espírito das leis*. Edições 70. (Textos Filosóficos). – Portugal: Edições Almedina, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 20ª ed.– Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. – *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. – *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIERANGELI, José Henrique, SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes sexuais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTO, Roberto. *Crime Organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. 2ª ed.– Coimbra: Almedina, 2020.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 - comentado artigo por artigo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTOS, B. C., et alii. *Maus-tratos e abuso sexual contra crianças e adolescentes: uma abordagem multidisciplinar*. São Leopoldo: Com-Texto Gráfica e Editora, 1998.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020.

STRASSBURGER, Victor C., WILSON, Bárbara J., JORDAN, Amy B. *Crianças, adolescentes e mídia* [recurso eletrônico]. Tradução: MALLMANN, Sandra. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Penso, 2011.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de Drogas: reflexões sobre o quadro legal* - 8ª ed. – Coimbra: Almedina, 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*. 4ª ed. – Coimbra: Grupo Almedina, 2020.

## **LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**

### **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. – *Acórdão no Habeas Corpus nº 73.662/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. [Consult. 15 mar. 2020]. Decisão publicada em 21 de maio 2005. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_editorial/62-42-Junho-1996](https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/62-42-Junho-1996)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. - *ADPF 347 MC*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09 de setembro de 2015. [Consult. 01 março. 2021]. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Estado%20de%20Coisas%20Inconstitucional&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Estado%20de%20Coisas%20Inconstitucional&sort=_score&sortBy=desc)>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. – *Acórdão no Habeas Corpus nº 178856/RJ 0033898-51.2019.1.00.0000*. Relator: Min. Celso de Mello. [Consult. 21 fev. 2021]. Decisão publicada em 22 de outubro 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108675074/habeas-corpus-hc-178856-rj-0033898-5120191000000>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. – *Habeas Corpus nº 172313 MT - MATO GROSSO*. Relator: Min. Roberto Barroso. [Consult. 06 abril. 2021]. Decisão publicada em 13 de junho 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/721240647/habeas-corpus-hc-172313-mt-mato-grosso?ref=serp>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante 11* [Consult. 06 abril 2020]. . Dje 22 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI 2404*, Rel. Min. Dias Toffoli. [Consult. 04 abril 2020]. Julgado em 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2404.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE 593818*, Rel. Roberto Barroso. [Consult. 28 março 2021]. Julgado em 18 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3b712de48137572f3849aabd5666a4e3>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI 4277*, Rel. Min. Ayres Britto. [Consult. 22 janeiro 2021]. Julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. - *ADO 26/DF*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>.

## **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Plenário. *APL 7000325-33.2018.7.00.0000*, Rel. Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, julgado em 12/11/2018, DJe (26/11/2018). Disponível em: < <https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659978157/apelacao-apl-70003253320187000000/inteiro-teor-659978226> >. Acesso em: 22 fev. 2021.

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Plenário. REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe (10/09/2015). Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro\\_Vulner%C3%A1vel\\_Repetitivo.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf) >. Acesso em: 10 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. – *Acórdão no AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2014/0326216-0*. Relator: Min. Gurgel de Faria. Decisão publicada em 05 de maio 2015. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AERESP%27.clas.+e+@num=%271435416%27\)+ou+\(%27AgRg%20nos%20ERESP%27+adj+%271435416%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AERESP%27.clas.+e+@num=%271435416%27)+ou+(%27AgRg%20nos%20ERESP%27+adj+%271435416%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) >. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1427049 / TO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe (16/11/2015). Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271427049%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271427049%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271427049%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271427049%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) >. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1439120/ MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 08/09/2015, DJe (29/09/2015). Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0> >. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC 431734 RS 2017/0335671-0, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe (13/08/2018). [Consult. 20 abr 2021]. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/612719572/habeas-corporus-hc-431734-rs-2017-0335671-0> >.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC: 484121 MG 2018/0334233-3, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe (27/05/2019). [Consult. 29 abr 2021]. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713557099/habeas-corporus-hc-484121-mg-2018-0334233-3> >.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no HC 323.661/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 01/09/2015, DJe (08/09/2015). [Consult. 28 mar 2021]. Disponível em: < <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3b712de48137572f3849aabd5666a4e3> >.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no Resp 1465769 / SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe (25/11/2015). [Consult. 18 out. 2020]. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271465769%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271465769%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271465769%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271465769%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) >.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (REsp: 637361 SC 2004/0036666-5, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 01/06/2010, DJe (28/06/2010). [Consult 22 fev 2021]. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5-stj/relatorio-e-voto-15029403>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (REsp: 1635649 SP 2016/0273312-3, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe (02/03/2018). [Consult 12 abr 2021]. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551749108/recurso-especial-resp-1635649-sp-2016-0273312-3>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 63.855 MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel p/Acordão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe (13/06/2016). [Consult 08 mar 2021]. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2763855%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2763855%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2763855%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2763855%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC: 239363 PR 2012/00764490-1, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 19/11/2012, DJe (18/12/2012). [Consult 30 abr 2011]. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866256850/habeas-corpus-hc-239363-pr-2012-0076490-1>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1472138 / GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/02/2015, DJe (29/02/2016). [Consult out 2020]. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271472138%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271472138%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271472138%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271472138%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1536880/ ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 02/02/2016, DJe (15/02/2016). [Consult out 2020]. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271536880%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271536880%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271536880%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271536880%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (EResp 1152864 / SC, Rel. Ministro LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe (01/04/2014). [Consult out 2020]. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271152864%27\)+ou+\(%27ERESP%27+adj+%271152864%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271152864%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%271152864%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (HC 256402/ PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe (18/04/2016). Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27256402%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27256402%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27256402%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27256402%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (REsp 1184236/ TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 07/12/2010, DJe (17/12/2010).Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271184236%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271184236%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271184236%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271184236%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (REsp 1361564/ MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe (25/04/2016).Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271361564%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271361564%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271361564%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271361564%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1363531/ MG, Rel. Ministro MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 27/06/2014, DJe (04/08/2014).Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271363531%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271363531%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271363531%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271363531%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. – *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP*. Relator: Min. Felix Fischer. [07 jun. 2020]. Decisão publicada em 14 de abril 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22FELIX+FISCHER%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+SECAO%22%29.ORG.&data=%40DTPB+%3E%3D+20100414+E+%40DTPB+%3C%3D+20100415&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. – REsp 1480881/PI. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. [Consult. 07 jun. 2020]. Decisão publicada em 10 de setembro 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22ROGERIO+SCHIETTI+CRUZ%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+SECAO%22%29.ORG.&data=%40DTDE+%3E%3D+20150825+E+%40DTDE+%3C%3D+20150826&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. – REsp 1858900/PR 2020/0014440-0. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. [Consult. 24 jan. 2021]. Decisão publicada em 03 de março 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861674370/recurso-especial-resp-1858900-pr-2020-0014440-0>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 593*. Dje 6 de novembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat>. Acesso em: 25 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097 / RJ 2012/0144910-7, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe (10/09/2013).Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf> >. Acesso em: 17 março. 2021.

## TRIBUNAL DISTRITAL

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Primeira Turma Criminal. - *HC 07261738720198070000*, Rel. Des. Cruz Macedo, julgado em 19 de dezembro de 2019. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/800668330/7261738720198070000-df-07261738720198070000/inteiro-teor-800668371>>. Acesso em: 28 fev. 2021

## TRIBUNAIS ESTADUAIS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara Criminal. – *APL 20110983973 SC 2011.098397-3*. Relator: Ricardo Roesler. Julgado em 18 de setembro 2012. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23815083/apelacao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apl-20110983973-sc-2011098397-3-acordao-tjsc/inteiro-teor-23815084?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Criminal. - *APR 10604090146662001*, Rel. Cássio Salomé, julgado em 26 de janeiro de 2012. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943747598/apelacao-criminal-apr-10604090146662001-santo-antonio-do-monte>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Goiás. Segunda Câmara Criminal. - *APR 441713720148090095*, Rel. Des. Leandro Crispim, julgado em 02 de maio de 2017. Disponível em: < <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934279186/apelacao-criminal-apr-441713720148090095>>. Acesso em: 26 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sexta Câmara Criminal. - *APR 10092070116766001*, Rel. Des. Furtado de Mendonça, julgado em 26 de março de 2019. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/940127706/apelacao-criminal-apr-10092070116766001-buenopolis>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Espírito Santo. Primeira Câmara Criminal. - *APL 00033513320078080035*, Rel. Des. Ney Batista Coutinho, julgado em 15 de junho de 2016. Disponível em: < <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/357010464/apelacao-apl-33513320078080035>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Criminal. - *ACR 70070078282*, Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, julgado em 14 de junho de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/472364299/apelacao-crime-acr-70070078282-rs>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. - *AC: 70084660364 RS*, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 11 de dezembro de 2020. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1168169495/apelacao-civil-ac-70084660364-rs/inteiro-teor-1168169518>>. Acesso em: 05 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Primeira Câmara Criminal. - *APR : 00673731920128240023*, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, julgado em 30 de janeiro de 2020. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1168169495/apelacao-criminal-apr-00673731920128240023>>. Acesso em: 05 maio. 2021.

sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105296490/apelacao-criminal-apr-673731920128240023-capital-0067373-1920128240023 >. Acesso em: 07 nov. 2020.

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. 2ª Secção Criminal. - *RP201406041298/09.4JAPRT.P1*, Rel. Maria Deolinda Dionísio, Data do Acórdão: 04/06/2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a6f74f25797992f980257cfc002e45cc?OpenDocument>>. Acesso em: 08 maio. 2021

## CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas*. [Consult. 09 jun 2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira/>.

## LEIS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. – *Decreto nº 99.710*. Convenção sobre os direitos da Criança. Promulgada em 21 de novembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. – *Lei nº 8.069*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 25 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. – *Lei nº 10.406*. Código Civil. Promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 7 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. – *Lei nº 8.069*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 02 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal*. [Consult. 22 jan 2021]. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>.

PORTUGAL. – *Decreto Lei nº 48/95, de 15 de março de 1995*. Código Penal Português. Promulgada em 15 de março de 1995. [Consult. 06 mai 2021]. Disponível em:

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=101&artigo\\_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=.](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=)