

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

FILIPPE MARTINS CORRÊA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL, ADEQUAÇÃO SOCIAL E A “ROMEO
AND JULIET LAW”**

CRICIÚMA

2016

FILIFE MARTINS CORRÊA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL, ADEQUAÇÃO SOCIAL E A “ROMEO
AND JULIET LAW”**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado
para obtenção do grau de bacharel no Curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. João de Mello

**CRICIÚMA
2016**

FILIFE MARTINS CORRÊA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL, ADEQUAÇÃO SOCIAL E A “ROMEO
AND JULIET LAW”**

Trabalho de Conclusão do Curso, aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 1º de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. João de Mello – Especialista – Orientador – UNESC

Prof. Fernanda da Silva Lima – Doutora – UNESC

Prof. Ismael Francisco de Souza – Doutor – UNESC

Aos amigos e colegas, por toda ajuda e apoio dispensados

AGRADECIMENTOS

O amor advindo dos meus pais certamente é o que me fez transpor limites além da minha realidade, e, por isso, é inadmissível iniciar esse agradecimento sem lembrar do carinho e esforço dispensados ao longo da minha vida, para que eu pudesse realizar meus sonhos. Muito obrigado, espero poder retribuir e deixá-los orgulhosos ao longo da minha jornada.

À minha irmã, Simone, sou grato por ter me ensinado as coisas básicas da vida, com muito carinho e dedicação. Obrigado.

Ao Lucas, por, ao longo desses meses, ter voltado sua atenção ao presente trabalho, fomentando discussões acerca do tema, bem como me auxiliando na solução dos diversos problemas exurgidos, manifesto minha gratidão pela paciência. Espero que nossa amizade dure por muitos anos.

Aos meus amigos, Ralph, Iago, Isabela, Marina, Camila, Tayná e Vanessa, agradeço por terem me ouvido e amenizado o fardo da confecção desse trabalho.

Sou grato ao professor João de Mello, meu orientador, pois, sem titubear, aceitou o encargo de me orientar.

De igual modo, agradeço a duas importantes instituições que foram fundamentais na minha formação acadêmica e desenvolvimento humano. Assim, agradeço ao Ministério Público pela oportunidade de conhecimento e aperfeiçoamento técnico, que, conseqüentemente, tornou-me um melhor profissional.

À Defensoria Pública, na pessoa do Defensor Público Fernando Hollanda Ribeiro, que, além de desenvolver meu lado humanista, despendeu seu exíguo tempo para ouvir sobre meu tema, tal como permitir acesso ao seu acervo bibliográfico, para o fim da confecção desse trabalho.

Por fim, agradeço a todos que de qualquer forma contribuíram para a conclusão deste trabalho.

Muito obrigado!

“Se o relacionamento sexual, por si só, é fonte inesgotável de altos e baixos, não poderia ser diferente quando a liberdade sexual é afrontada. [...] Assim, ao lado desse direito fundamental, inserem-se outros, nem sempre consensuais, como os bons costumes, o pudor público, a moralidade sexual, entre outros. Para muitos, o sexo ainda é um autêntico tabu, cujo debate acerca de seus limites provoca contestação e repulsa.”

Guilherme Souza Nucci

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo geral a análise das possíveis soluções para a problemática decorrente da conduta equivalente ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, quando da prática de relações sexuais consentidas entre adolescentes com idade inferior a quatorze anos. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo, inicialmente, de um estudo geral acerca do direito da criança e do adolescente no ordenamento brasileiro, da doutrina da proteção integral, assim como do tipo penal de estupro de vulnerável, para só então atingir uma conclusão relativamente ao tema. O tipo de pesquisa empregado foi o exploratório, com abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico, baseado em doutrinas, artigos, pesquisas acadêmicas, precedentes jurisprudenciais e na legislação vigente. Concluiu-se, a partir disso, que a problemática pode ser resolvida a partir de duas soluções, sendo a primeira consistente a aplicação do princípio da adequação social para considerar atípicas as relações sexuais entre adolescentes com idade inferior aos quatorze anos, quando observado a validade de consentimento desses sujeitos, como inteireza do exercício de sua autodeterminação sexual. A segunda é importada do direito americano e batizada de “Romeo and Juliet Law”, tratando-se de solução alternativa, pois descriminaliza a figura do estupro bilateral, permitindo a prática sexual quando os sujeitos do crime ou ato infracional possuem diferença de idade inferior a cinco anos, o que dá conta ainda de solucionar relações excepcionais entre adolescentes e crianças que iniciaram sua vida sexual em tenra idade, tirando o foco do adolescente, para o fim de, eventualmente, responsabilizar quem possui o dever de cuidado.

Palavras-chave: Adequação Social. Ato Infracional. Estupro de vulnerável. Bilateral.

ABSTRACT

This thesis aimed to the analysis of possible solutions to the problems arising from the conduct equivalent to an offense analogous to vulnerable crime of rape, when the practice of sexual relations consenting between adolescents under the age of fourteen. For this, we used the deductive method of approach, starting initially in a general study of the right of children and adolescents in the Brazilian system, the doctrine of full protection, as well as the criminal type of vulnerable rape, only to then reach a conclusion on the subject. The type of employee research was exploratory, with qualitative approach and bibliographic procedure based on doctrines, articles, academic research, legal precedents and current legislation. It was concluded from this that the problem can be solved from two solutions, the first consistent application of the principle of social adaptation to consider atypical sexual relations between adolescents under the age of fourteen, when observed the validity consent of these subjects, such as integrity of the exercise of their sexual self-determination. The second is imported from American law and named "Romeo and Juliet Law", in the case of alternative solution, for decriminalizing the figure of bilateral rape, allowing sexual activity when the subjects of the crime or offense have age difference of less than five years, which gives also has to address exceptional relations between adolescents and children who began their sexual life at an early age, taking the teen focus, for the purpose of possibly blame those who have a duty of care.

Keywords: Rape vulnerable. Bilateral. Infringement. Social Adaptation

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ONU	Organização das Nações Unidas
SINASE	Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA CONTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
2.2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	16
2.3 O CRITÉRIO BIOLÓGICO DE INIMPUTABILIDADE E O TRATAMENTO DIFERENCIADO DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL: CRIME E ATO INFRACIONAL UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA.	20
2.3.1 Medidas socioeducativas como consequência jurídica da prática de ato infracional	22
3 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ESTUPRO DE VULNERÁVEL	27
3.1 AÇÃO NUCLEAR	28
3.2 SUJEITO ATIVO E PASSIVO DO CRIME.....	29
3.3 ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO	30
3.4 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	31
3.5 QUALIFICADORAS.....	32
3.6 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA	32
3.7 AÇÃO PENAL	33
3.8 ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ROL DE CRIMES HEDIONDOS	35
3.9 ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO	36
3.10 VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO ÂMBITO DOS CRIMES SEXUAIS.....	37
3.11 RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA	39
4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	42
4.1 PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE: ABSOLUTA X RELATIVA.....	43
4.1.1 Estupro de vulnerável bilateral	49
4.2 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL APLICADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	50
4.3 DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.....	55
4.4 A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA OU “ROMEO AND JULIET LAW”	59
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

São diversos os dispositivos que garantem a proteção da criança e adolescente no Brasil, merecendo destaque, dentre eles, aqueles positivados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tais dispositivos prescrevem medidas para a efetivação desses direitos, sem deixar de lado a disciplina tocante à responsabilização de adolescentes por seus atos e condutas voluntárias, como as que possuem reflexo na esfera infracional.

Não obstante, a legislação penal também buscou a proteção das crianças e adolescentes por meio da criminalização de condutas lesivas aos bens jurídicos por eles titularizados. Nesse meio, ganha relevo o estupro de vulnerável inserido no catálogo de Crimes Contra a Dignidade Sexual, o qual preocupou-se com a intangibilidade e candura desses sujeitos, ao conferir objetividade fática nas relações sexuais com crianças e adolescentes, mesmo que consensuais.

Ocorre que, por vezes, a criminalização da prática sexual, se considerada em seu caráter absoluto, acaba por punir a descoberta sexual e o desenvolvimento dos adolescentes, principalmente quando ambos possuem entre doze e quatorze anos idade, o que, em tese, faria com que incidissem no ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável bilateral, hipótese em que figurariam, ao mesmo tempo, como autor e vítima da conduta infratora.

Nesse cenário, estabeleceu-se divergência, tanto no âmbito doutrinário quando na seara jurisprudencial, relacionada à natureza da presunção de violência/vulnerabilidade inculpada no tipo penal em comento, bem como apresentou-se o aparente conflito decorrente da circunstância em que constatada a conduta bilateral consensual, envolvendo dois adolescentes, que se amolda ao preceito primário do sobredito delito, dando margem ao que se tem denominado “estupro de vulnerável bilateral”.

Diante disso, a presente pesquisa teve como objetivo investigar o fenômeno do estupro de vulnerável bilateral, à luz dos mandamentos Constitucionais, normativos e principiológicos do nosso ordenamento jurídico, e, por via de consequência, analisar qual a melhor teoria a ser aplicada ao estupro de vulnerável, se absoluta ou relativa, verificando assim, as possíveis soluções existentes em nosso sistema para sanar as dificuldades em torno da repercussão jurídica da mencionada conduta.

A relevância no enfrentamento do tema surge a partir da necessidade de se debruçar de forma mais detida acerca do assunto, haja vista que a criminalização de práticas sexuais consensuais com adolescentes, pode, em tese, violar seu direito à autodeterminação, tal como criminalizar a constituição de famílias que se iniciam precocemente, taxando o adolescente de infrator, desde cedo, condenando-o por infrações sexuais. Contudo, em pesquisas realizadas na internet, bem como em bases de dados de acesso livre e restrito, poucos foram os trabalhos acadêmicos encontrados com semelhante propósito.

Assim, para o alcance dos objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo, perfectibilizado pela pesquisa teórica, empregando material bibliográfico, consistente na pesquisa de artigos, obras doutrinárias e julgados dos tribunais pátrios, dentre os quais o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e Tribunais Estaduais.

A partir disso, o presente trabalho abordará em seu primeiro capítulo, os principais momentos históricos em que a legislação voltada a criança e ao adolescente evoluiu, até desembocar nos direitos conquistados atualmente, estampados na Constituição, ECA e normas de projeção internacional. Far-se-á, igualmente, a análise do critério estabelecido pelo ECA para diferenciar crianças e adolescentes, assim como das medidas aplicáveis ao adolescente que comete ato infracional.

O segundo capítulo, por sua vez, visa ao estudo do tipo “estupro de vulnerável”, em todos seus aspectos. Também será avaliada a ocorrência da vitimização secundária, as formas de combatê-la e ao final, a vedação da responsabilização penal objetiva no direito pátrio.

Por fim, o terceiro e último capítulo, dará conta de analisar a divergência doutrinária e jurisprudencial da presunção inserta no estupro de vulnerável, para concluir se é absoluta ou relativa, tal como buscar soluções para a problemática do estupro de vulnerável bilateral, tendo como base o estudo da adequação social, autodeterminação sexual e a exceção criada no direito americano, qual seja, a *Romeo and Juliet Law*.

2 TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A tutela da criança e do adolescente passou por diversas transformações no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos, sendo que, após muitos erros e poucos acertos, construiu-se a atual proteção desses sujeitos com o intuito de resguardar sua incolumidade física, moral, intelectual, além de garantir seu pleno desenvolvimento, como é demonstrado de forma assente em nossa constituição.

No arcabouço jurídico pátrio, as características do tratamento dado aos infantes e adolescentes transformaram-se na medida em que atravessaram o período do Brasil Colônia até aquele inaugurado pela Carta Magna de 1988, no qual, após o regime militar, logrou-se êxito em estabelecer certos direitos até então tolhidos das crianças e adolescentes do nosso país.

2.1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de adentrar na proteção dispensada pela Constituição Federal de 1988, faz-se relevante pontuar o circuito histórico de direitos e punições da infância no Brasil, isso de forma comedida, vez que o objetivo da presente pesquisa não é o aprofundamento histórico que culminou nos direitos promulgados na Constituição Cidadã, mas as implicações do ordenamento em vigor no atual contexto jurídico-social.

Ao se voltar os olhos para a transformação histórica do trato jurídico das crianças no direito brasileiro, é possível notar avanços tanto em relação aos direitos em si, quanto à punição diante da perpetração de condutas consideradas delituosas, havendo oscilações no tocante ao critério utilizado para a responsabilização penal, assim como ao tipo de resposta, a ser dada pelo Estado, como conseqüência da ação criminosa/infracional.

No tocante à evolução das punições, ao se observar o período colonial, verifica-se que o pai figurava como o centro da família, exercendo sua autoridade por meio de castigos, que também serviam como forma de educação. Não bastasse isso, caso os castigos empregados pelo genitor culminassem no óbito do infante, não haveria punição ao pai, haja vista que a prática era considerada excludente de

ilicitude, de acordo com os costumes da época, perfectibilizando o poder exercido sobre os filhos. (AMIN, 2013).

Ainda segundo Amin (2013), na fase imperial (séc. XVII), vigeram as Ordenações Filipinas, as quais se baseavam em um sistema de medo e crueldade das penas. No período, vê-se que o ordenamento considerava a idade de sete anos como marco da imputabilidade penal. Assim, sustenta a autora, dos sete aos dezessete anos o tratamento era semelhante ao dispensado ao adulto, havendo sensível atenuação da na aplicação da pena. A partir de então, eram punidos conforme adultos, podendo, inclusive, sofrer pena de morte por enforcamento.

No campo não infracional, ponto que merece destaque é que, no século XVIII, importou-se da Europa a Roda dos Expostos, sistema de abandono de crianças recém-nascidas em uma roda pública.

Essa Roda era uma espécie de cilindro oco de madeira que girava em torno do seu próprio eixo. Possuía uma pequena abertura em uma das faces, com uma janelinha onde podiam ser colocados os donativos e, mais tarde, os bebês abandonados pelas próprias mães, garantindo-lhes o anonimato. Esse sistema de Rodas veio a ser proibido em 1927 com a compilação das normas esparsas até então existentes sobre menores, derivando o primeiro Código de Menores, fazendo com que os bebês abandonados fossem entregues diretamente aos responsáveis pela Instituição, mantendo-se o anonimato dos pais. Essa nova norma trouxe também a obrigatoriedade do registro da criança. (CANTINI, 2008, p. 2).

De acordo com Pereira (2008), essa foi a solução trazida pelo Estado a fim de diminuir o crescente abandono de recém-nascidos pelas ruas, praias, portas de igrejas e conventos, para que contassem com a caridade de padres e freiras. Desse modo, as crianças pobres e abandonadas passavam à condição de enjeitados, permanecendo abandonadas até que fossem socorridas.

Com o advento do Código Penal Imperial, em 1830, há pequena alteração no trato da seara infracional, haja vista que trouxe consigo a ideia de aferição do discernimento para a inimputabilidade penal, utilizando-se do critério biológico de quatorze anos para determinar a isenção penal de crianças e adolescentes. No entanto, quando analisada sua capacidade de discernimento, afastava-se a inimputabilidade, a fim de encaminhá-los às casas de correção, onde poderiam permanecer até os dezessete anos de idade. (AMIN, 2013).

Malgrado o sistema de medo e crueldade apresentado, Costa e Veronese (2006) aduzem que, no tocante à inimputabilidade, os critérios estabelecidos pelo Código do Império revelaram-se um grande avanço para época, mesmo sem haver

uma regulamentação estabelecida para as casas de correção, o que só viria a aparecer em épocas posteriores.

Os postulados imperiais foram mantidos no Código Republicano dos Estados Unidos do Brasil (1890), com poucas inovações. Isso porque, nessa codificação passou-se a considerar inimputáveis os menores de nove anos e com relatividade de discernimento aqueles com idade entre nove e quatorze anos. O sistema de punição diferenciado vigorava até os dezessete anos, idade limite para ocorrer a responsabilização com 2/3 das penas impostas aos adultos da época. (AMIN, 2013).

Posteriormente, movimentos internacionais voltaram os olhos à situação das crianças e adolescentes, um desses movimentos foi o Congresso Internacional que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Menor, ocorrido em Genebra, no ano de 1924. No aludido Congresso, advogou-se a necessidade de se dispensar atenção ao cuidado das crianças e adolescentes, mesmo antes do seu nascimento. (MATIAS, 2012).

No mesmo período, precisamente no ano de 1923, é criado o primeiro Tribunal de Menores no Brasil. Logo em seguida, em 1927, é promulgado o Código de Menores, também conhecido como Código de Melo Mattos, voltado para disciplina de crianças entre zero e dezoito anos. Ao abordar o tema, Costa e Veronese (2006, p. 45) discorrem que:

Esse diploma legal destinava-se, especificamente, às crianças de 0 a 18 anos, em estado de abandono, quando não possuíssem moradia certa, tivessem pais falecidos, fossem ignorados ou desaparecidos, tivessem sido declarados incapazes, estivessem presos há mais de dois anos, fossem qualificados como vagabundos, mendigos, de maus costumes, exercessem trabalhos proibidos, fossem prostitutos ou economicamente incapazes de suprir as necessidades de sua prole.

A expressão “menor” veio com o intuito de estigmatizar crianças e adolescente de acordo com sua condição social, já que eram consideradas abandonadas quaisquer crianças sem cuidado e com idade inferior a dezoito anos ou aquelas que, embora possuíssem pais, realizavam condutas consideradas contrárias à moral e aos bons costumes da época. (SOUZA, I., SOUZA, M., 2010).

Entre as décadas de 60 e 70, a situação do “menor” volta a ser ventilada no meio político. Isso se dá após o regime iniciado em 1964, período em que é criada a Política Nacional do Bem-Estar do Menor – PNBEM, nove meses após a criação da então Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FNABEM. (AMIN, 2013).

A lei n. 4.513/64 que introduziu o PNBEM, clama à ajuda popular para que, junto ao governo, seja solucionada a urgente situação experimentada pelos ditos menores em situação irregular. Explica Costa e Veronese (2006) que a característica da lei baseada no “menor delinquente” era vista como reflexo do período autoritário que o Brasil passava à época.

Após aprovação do Código de Menores em 1979, voltado exclusivamente para os ditos “menores infratores”, bem como aos carentes e abandonados, consagrando a Doutrina da Situação Irregular, o Brasil adentra em um novo período, em razão da sua nova abertura política. Foi assim que com a ajuda de diversos movimentos, como o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, da Comissão Nacional da Criança e Constituinte, dentre muitos outros com idêntica importância, a atenção à criança ganha forma, vindo a culminar em direitos e proteções da novel Constituição Federal, a de 1988. (FULLER; DEZEM; NELSON JÚNIOR, 2009).

A Constituição Federal de 1988 incorporou, com amplitude, no ordenamento jurídico nacional os direitos das pessoas que aqui vivem, ao estabelecer direitos sociais e políticos, além de meios para que esses direitos sejam garantidos a todos os cidadãos. (GÖTTEMS; BORGES, 2009).

Percebe-se, da análise do contexto histórico pincelado, que a constituição cidadã revela-se na melhor constituição já promulgada no Brasil, trazendo consigo diversos direitos e garantias, além de promover a dignidade da pessoa humana.

Dentre os muitos dispositivos garantidores trazidos pela constituição, denota-se a atenção especial dada pela Carta à criança e ao adolescente, o que não era visto nas legislações de outrora. Tais dispositivos têm o escopo de proteger a pessoa em desenvolvimento, priorizando suas necessidades, garantindo-lhes o direito à vida, à saúde, à educação, bem como proteção contra violência e descuidos que venham a sofrer. É o que se extrai do art. 227 da Constituição Federal, ao dispor:

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. (BRASIL, 1988).

O dever da família, constante do art. 227 da Constituição Federal, é reforçado na leitura do teor do art. 228 do mesmo dispositivo, quando informa o dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores. (BRASIL, 1988).

Outro dispositivo importante trazido pela atual Constituição é o art. 228, que tratou de estabelecer o critério etário para a inimputabilidade da criança e do adolescente, determinando a impossibilidade de aplicação da lei penal aos menores de 18 anos, em notória sintonia com os artigos 1º e 40 da Convenção da ONU sobre Direitos das Crianças de 1989, pondo fim às oscilações etárias manifestadas ao longo da história. (SOUZA, 2001).

Com isso, a Convenção sobre Direitos da Criança é inserida em nosso ordenamento jurídico e passa a acompanhar o contexto internacional quanto ao direito das crianças, vindo a se desdobrar na promulgação da Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo Souza (2001, p. 129), “a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, teve como base para sua elaboração os princípios e dispositivos enunciados pela Convenção, adaptando-os à nossa conjuntura política, social, cultural e econômica.”.

Assim, tem-se que a Constituição Federal de 1988, embora tarde, trouxe com seus dispositivos relevante mudança para a infância e adolescência do nosso país, bem como deu ensejo à atividade legislativa voltada ao desenvolvimento de leis infraconstitucionais visando imprimir efetividade a esse inaugurado escopo protetivo, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Dentre muitos motivos que culminaram na doutrina da proteção integral, é válido citar os movimentos internacionais que amparam tal doutrina, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, desdobrando-se posteriormente na Convenção Internacional sobre Direitos da Criança em 1989, sendo a doutrina acolhida integralmente pela atual Constituição do Brasil antes mesmo da última Convenção, dando tratamento diferenciado aos infante-juvenis, fazendo do Brasil um dos países precursores na efetivação de tais direitos. (PARREIRA, 2009).

A doutrina da proteção integral vem inserida no texto constitucional, conforme teor do art. 227, brevemente debatido ao final da sessão anterior. Cediço é que, com o advento da Constituição de 1988, crianças e adolescentes passaram do

status de situação irregular (advinda do Código de Menores de 1979) para o de sujeitos de direitos, desvinculando-se do caráter de mero objeto do processo para o patamar de sujeito em desenvolvimento. (AMIN, 2013).

Por conseguinte, parte-se da ideia de que a doutrina da proteção integral possui valor ético e sistematizado, composto de normas dependentes entre si, tendo como base o já mencionado art. 227 da Constituição Federal, que está intimamente ligado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (AMIN, 2013).

É com referência ao artigo constitucional que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) repisa a participação da família, sociedade e Estado logo em suas primeiras cláusulas, distribuídas entre os artigos 3º ao 6º, bem como enaltece em seu dispositivo de abertura a responsabilidade da lei em garantir a proteção de que tanto carecem às crianças e adolescentes, como se denota da leitura do art. 1.º, que dispõe “[...] sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. (BRASIL, 1990).

Ao se conceituar a proteção de forma integral, Souza (2001, p. 75-76), aduz que a doutrina busca tratamento desigual para as crianças, a fim de que assim possam alcançar a tão sonhada igualdade material, não vista em outros tempos, e pontua:

Percebe-se, pois, que proteger de forma integral é dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema normativo que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiado, à criança, assegurando-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoas em desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente modificou a realidade dos sujeitos em desenvolvimento, uma vez que foi por meio desse sistema jurídico que houve a efetivação dos direitos basilares calcados na Constituição Federal. Com isso, o estatuto tornou-se um instrumento inovador, trazendo consigo direitos fundamentais às crianças e adolescentes, bem como os meios e formas que devem ser empregados para a sua escorreita efetivação. (LIMA; VERONESE, 2011).

Tem-se que, ao substituir a Doutrina da Situação Irregular pela Doutrina da Proteção Integral, ocorreram diversas mudanças em relação às questões sociais e políticas, máxime aos adolescentes em conflito com a lei no ordenamento pátrio, sendo estabelecidas políticas públicas, de maneira emergente aos infantes, devido a

sua peculiar condição de pessoa em formação, estendidos àqueles em conflito com a lei. (PARREIRA, 2009).

Dito isso, para que a efetivação da Doutrina da Proteção Integral se dê de forma satisfatória, o Estatuto da Criança e do Adolescente possui princípios auxiliares de insofismável importância, a fim de promover o desenvolvimento dos infantes e adolescentes, garantindo sua proteção e prioridade diante das demais pessoas. Dentre os mais importantes, aponta-se para o princípio da prioridade absoluta que vêm estabelecido na Constituição Federal em seu art. 227 e refletido no ECA, ao teor do art. 4.º, o qual segue, *in verbis*:

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; [...]. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Sabe-se que, antes de buscar o problema na criança e no adolescente, à busca deve estar centrada na família, devendo esta ser fortalecida para a plena efetivação dos direitos destinados à infância e à adolescência, pois assim não estarão privados da assistência que lhes é garantida. Importante ressaltar que a absoluta prioridade vem estabelecida no parágrafo único, do artigo 4º, do ECA e que deve ser implementada a partir de políticas públicas, visando garantir as prioridades elencadas. (VILAS-BOAS, 2016).

Logo, fazendo análise gramatical do postulado da prioridade absoluta, percebe-se a precedência incondicional dos interesses e direitos relativos à infância e à juventude. O legislador não deixa dúvidas da prioridade a ser dada em relação aos sujeitos em desenvolvimento, já que demonstra, por meio do artigo 6.º, do aludido estatuto, os rumos hermenêuticos a serem utilizados para a sua aplicação, haja vista a condição de natural fragilidade em que se encontram os infante-juvenis, fazendo-se necessária a criação dos institutos de direitos e garantias especiais. (SILVEIRA; VERONESE, 2011).

Outro importante princípio elencado, é o do melhor interesse, que, segundo VILAS-BOAS (2016), tem origem no direito anglo-saxônico advindo do

instituto *parens patrie*, do período em que o Estado assumia para si a responsabilidade pelos enfermos mentais e infantes, em razão de suas características de indivíduo juridicamente limitado.

O melhor interesse é reconhecido na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, inserido na legislação interna durante a vigência do Código Menores, a teor do seu art. 5.º, época em que a legislação era baseada na situação irregular. (AMIN, 2013).

Sabe-se que o princípio em tela é orientador, servindo como base estruturante ao legislador e ao aplicador da lei, dando primazia às necessidades das crianças e adolescentes ao dirimir conflitos ou mesmo quando da elaboração de futuras regras. Sendo assim, da análise do caso concreto, deve-se atentar a todas circunstâncias fáticas e jurídicas, bem como às de garantia e efetivação dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição do Brasil. (MACIEL, 2013).

A partir disso, pode-se dizer que o superior interesse da criança restará efetivado quando observado nas relações que a envolvem, medidas tomadas para o seu resguardo, e fundamentadas nos direitos e garantias fundamentais, o que não implicará necessariamente na opinião do infante, como se tomasse as rédeas de sua vida, vez que os interesses destes podem vir a colidir com os direitos e garantias a eles sustentados.

O princípio da municipalidade, por sua vez, prima pela cooperação dos entes federados, e na descentralização da execução das políticas assistenciais aos municípios, já que concentra sua incidência na esfera municipal, recebendo auxílio das sociedades beneficentes e de assistências social, para que sejam solucionados de maneira mais efetiva os problemas envolvendo as crianças e adolescentes, na localidade em que vivem. (AMIN, 2013).

Tal integração pode ser vista, na promulgação recente da Lei n. 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Isso porque, a referida lei trouxe a execução das medidas socioeducativas, que preteritamente eram de responsabilidade do Estado, aos municípios, demonstrando a atuação do princípio em comento. (AMIN, 2013).

Desse modo, pontua Custódio (2009, p. 36), em relação à implementação de políticas públicas, bem como à descentralização político-administrativa, com o fito de aproximar tal implementação dos seus destinatários:

[...] a implementação das políticas públicas requer o respeito ao princípio da descentralização político-administrativa, pois estas políticas devem ser realizadas no lugar onde vivem as pessoas. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina no artigo 86 que: “a política do atendimento dos direitos das crianças e do adolescente se fará através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios”.

Complementa-se que a descentralização objetiva aproximação política do contexto social, para que seja estimulado novas relações e participações, vez que de fundamental importância para a construção de políticas públicas, de forma a atender plenamente a criança e o adolescente na localidade em que está inserida (CUSTÓDIO; VERONESE, 2011).

Em síntese, a doutrina da proteção integral trouxe um olhar garantista à criança e ao adolescente. No entanto, enfrenta desafios para sua efetiva implementação, haja vista carecer da cooperação de diversos órgãos como o poder judiciário, ministério público, conselhos tutelares, órgãos do executivo municipal, bem como da importante participação da sociedade e família. (AMIN, 2013).

Por certo que a doutrina mudou o cenário de tratamento da criança e do adolescente, embora necessite da vontade de diversos personagens para que sejam devidamente implementadas. Pode-se ver, contudo, mudança no cenário de outros tempos, de modo que as novas políticas devem ser elaboradas para ampliar direitos, para que não se repitam os tempos sombrios de outrora.

2.3 O CRITÉRIO BIOLÓGICO DE INIMPUTABILIDADE E O TRATAMENTO DIFERENCIADO DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL: CRIME E ATO INFRACIONAL UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA.

A inimputabilidade penal dos menores de 18 anos de idade, é um avanço da política criminal e do plano internacional, articulada pela Constituição Brasileira (art. 228), e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104), que imprimiu garantia individual às crianças e aos adolescentes em um contexto diferente do preconizado no histórico nacional referente aos direitos dessas pessoas, como por exemplo, a imputabilidade penal durante a vigência das Ordenações Filipinas.

No entanto, de vez em quando, traz-se à baila em alguns setores da sociedade a concepção de responsabilidade penal dos menores de 18 anos, pois

clamam por mudanças legislativas, para que os adolescentes passem à condição de imputáveis a partir dos 16 anos de idade, ou até menos. (SARAIVA, 1999).

Ocorre que a tese, para Saraiva (1999) seria inconstitucional, tendo em vista que a responsabilidade acima tratada, quando cotejada com o artigo 60, inciso IV, da Carta Magna, reveste-se de imutabilidade, porquanto tratar-se de garantia individual, ora cláusula pétrea, não podendo ser alterada. Nesse cenário, leciona o autor:

Esta tese, em princípio, convenço-me, se faz inconstitucional, pois o direito insculpido no art. 228 da CF (que fixa em 18 anos a idade da responsabilidade penal) se constitui em cláusula pétrea, pois é inegável seu conteúdo de “direito e garantia individual”, referido no art. 60, IV, da CF como insuscetível de emenda. Demais a pretensão de redução viola o disposto no art. 41da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, onde está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da Convenção. [...] O texto da Convenção se faz Lei interna de caráter constitucional à luz do parágrafo segundo do art. 5º da CF. (SARAIVA, 1999, p. 24).

Feita a necessária ponderação, insta sublinhar a diferenciação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente quanto aos sujeitos tratados até o momento. Para o diploma legal, considera-se criança a pessoa com doze anos incompletos e adolescente o que possui idade entre 12 anos completos e 18 anos de idade (art. 2º). O parágrafo único do mesmo dispositivo, ainda, pontua que o Estatuto pode ser aplicado, de formar excepcional, até os 21 anos de idade. (BRASIL, 1990).

O marco elencado pelo Estatuto vai de encontro ao preconizado pelo art. 1.º da Convenção de Direitos da Criança, que não utiliza critério diferenciador entre crianças e adolescentes, dispondo: “Art. 1º. Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. (BRASIL, 1990).

Ainda, verifica-se que as medidas socioeducativas elencadas no art. 112 do ECA podem ser aplicadas até os 21 anos de idade (121, § 5º, do ECA). Tal verificação gerou polêmica com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, já que se passou a discutir se o novel código civilista não teria revogado a disposição do Estatuto. No entanto, como pontua Maciel (2013), considerar que a lei civil revogou implicitamente o dispositivo do ECA é gerar imunidade jurídica, pela qual se estaria isentando o adolescente autor de ato infracional de qualquer responsabilidade quando praticasse atos infracionais às vésperas da maioridade.

Ademais, a expansão do interregno estabelecido pela Lei n. 8.069/90, quando criada, não teve o intuito de tratar dos direitos civis para além dos 18 anos de idade, mas tão somente garantir que o adolescente cumprisse a medida socioeducativa, sem que o dispositivo implique na capacidade civil estabelecida pelo diploma civilista. (MACIEL, 2013).

Dissentido, Nucci (2014) sustentava ser ilógico o adolescente com 17 anos de idade, ao cometer ato infracional, ficasse internado até os 21 anos (vez que o limite máximo de internação é de 3 anos). Sustenta o autor que, ao atingir os 18 anos de idade, a pessoa conquista capacidade para todos os atos da vida civil, sendo incongruente mantê-lo sob a tutela estatal. Nada obstante, arremata pela validade da aplicação do Estatuto, por se tratar de norma específica, prevalecendo sobre a norma civil e penal.

Com efeito, o conceito de ato infracional pode ser deduzido da disposição expressa constante no art. 103 do ECA. Para Rosa (2007), o dispositivo, seguindo a linha internacional, incide na aplicação do princípio da legalidade. Ao discorrer sobre o direito infracional garantista, o autor aduz que a conduta infracional deve estar ligada a tipos previstos na norma, para que o processo não sirva de mero simulacro, ou simples preparação da medida socioeducativa sem qualquer importância processual, inibindo, portanto, perseguições referentes à qualidade de sujeito do adolescente.

Destarte, a configuração do ato infracional apenas se dará quando confrontado com a definição de crime, aquele obtiver os mesmos aspectos. Desta forma, a gravidade do ato infracional praticado, será medida por meio da pena em abstrato do crime, repisando a ingerência do princípio da legalidade. (SPOSATO, 2013).

Assim, sabe-se que crime é toda conduta típica, anti-jurídica e culpável, considerando que a imputabilidade compõe o elemento 'culpa', conclui-se, portanto, que adolescentes não cometem crime e sim conduta análoga, chamada de ato infracional, comportando medidas diversas daquelas dadas ao crime ou contravenção. (BARROS, 2013).

2.3.1 Medidas socioeducativas como consequência jurídica da prática de ato infracional

Vem bem apanhado por Sposato (2013) que a imposição de medidas socioeducativas possui eminente natureza penal, posto que, por meio delas, o Estado impõe sanções restritivas de direito ou privativas de liberdade. Discorre, ainda, que as medidas possuem caráter de controle social, tal como as penas, tendo como diferença apenas o sujeito final.

Praticado o ato infracional, dá-se início ao processo socioeducativo deflagrado por meio de representação do Ministério Público. Findo o processo, cabe ao juiz aplicar a medida socioeducativa adequada. (ISHIDA, 2011).

As medidas cabíveis estão previstas no rol taxativo do artigo 112 do ECA, quais sejam: (i) advertência; (ii) obrigação de reparar o dano; (iii) prestação de serviços à comunidade; (iv) liberdade assistida; (v) inserção em regime de semiliberdade; (vi) internação em estabelecimento educacional; (vii) qualquer uma das previstas no art. 101, incisos I a IV. (BRASIL, 1990).

Elencadas as medidas socioeducativas, faz-se necessário abordar a incidência de cada uma delas. Sendo assim, aduz Nucci (2013) que a advertência consiste no aconselhamento ou reprimenda verbal, devendo ser realizada em procedimento formal, por meio de audiência previamente agendada. O aconselhamento deve atender as peculiaridades do ato infracional praticado, buscando a consciência do adolescente para que torne seu comportamento mais adequado, vinculando-o ao estudo e trabalho.

A obrigação de reparar o dano será aplicada quando o ato infracional praticado revelar reflexos patrimoniais. Tal medida só será aplicada quando o ato cometido pelo adolescente causar prejuízo material à vítima, tendo como reprimenda a restituição, ressarcimento ou compensação do prejuízo. Quando inviável sua aplicação, devido a situação financeira do adolescente, a medida deverá ser substituída por outra. (MORAES; RAMOS, 2013).

Por conseguinte, tem-se a prestação de serviços à comunidade, sendo revelada por Moraes e Ramos (2013), como de grande valia, já que retira o tempo ocioso do adolescente autor de ato infracional, ao mesmo tempo em que dá resposta à sociedade pelo ato infracional praticado. A aplicação dessa medida não poderá exceder o período de seis meses, e o de 8 horas semanais, não devendo ainda, ser confrontada com o horário escolar e profissional.

A liberdade assistida tem o objetivo auxiliar e nortear o adolescente pelo prazo mínimo de seis meses, por pessoa capacitada a ser designada pela autoridade

judiciária, para acompanhar o adolescente e sua família, observando as atividades de rotina, como a frequência escolar, bem como diligenciar a vida profissional do adolescente autor de ato infracional, dentre outros elencados no rol abstrato do artigo 119, incisos I a III, do ECA. (AQUINO, 2012).

Com efeito, a semiliberdade possui a finalidade de atender a progressão de regime de internação ou até mesmo ser fixada como medida inicial de atendimento, esta última, no intuito de preservar as relações com a família e meio social. Nesse passo, a medida consistirá na realização de atividades externas, sem que careça de autorização judicial. Para tanto, é necessário a escolarização e profissionalização como requisitos da sua aplicação. Em que pese não possua prazo determinado, a medida de semiliberdade deve ser revista a cada seis meses, e, no que couber, seguirá os mandamentos da medida de internação. (AQUINO, 2012).

A internação, por sua vez, deve atender três princípios basilares, quais sejam, o da brevidade, excepcionalidade e condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Isto posto, tem-se que a brevidade prescreve que a internação deve ser imposta por curto espaço de tempo, uma vez que é na adolescência que ocorre o processo de formação do caráter, que se dá por meio da convivência em sociedade. Logo, se a internação for duradoura, o processo de formação resta prejudicado. (MORAES; RAMOS, 2013).

Em atenção ao princípio em comento, delimita o Estatuto, no art. 121, que a sanção não excedera três anos (§ 3º), sendo que, ao atingir tal limite, o adolescente deverá ser posto em liberdade, colocando-o em regime de semiliberdade ou liberdade assistida (§ 4º), registra-se, que as medidas cessarão compulsoriamente aos vinte e um anos de idade (§ 5). (BRASIL, 1990).

A excepcionalidade resta presente em razão do caráter aflitivo causado pelo cerceamento da liberdade, bem como na razão de delimitar o poder do Estado quanto ao cerceamento de direitos. Já a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, é prevista para atender as peculiaridades da pessoa do adolescente, observando suas condições físicas, psíquicas e emocionais, já que diversas das condições dos adultos, carecendo, portanto, de tratamento diferenciado. (MORAES; RAMOS, 2013).

Isto posto, tem-se que a medida em questão não comportará prazo determinado, devendo o juiz reavaliar a medida de internação no prazo máximo de seis meses. Outrossim, nada impede que o adolescente realize atividades externas,

com autorização da equipe técnica, salvo por disposição em contrário do juiz. Sinalise-se que a hipótese de desinternação carece de autorização judicial, após a oitiva do *parquet*. (BRASIL, 1990).

Destarte, a medida socioeducativa de internação deve ser a *ultima ratio* dentre as medidas elencadas no artigo supracitado. Assim, deve-se analisar os requisitos elencados no bojo do art. 122, da Lei n. 8.069/90, que dão azo à aplicação da medida excepcional de internação, são eles: a) o ato infracional é cometido mediante violência ou grave ameaça, b) por reiteração do cometimento de outras infrações e c) pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida imposta preteritamente. (BRASIL, 1988).

Segundo Monsieur (1991, apud AQUINO, 2012, p. 1), existe divergência doutrinária acerca dos atos entendidos como violentos ou com grave ameaça a pessoa:

Muito se tem discutido sobre a inteligência do que vem a ser fato grave, entendendo alguns que o ato infracional de natureza grave é somente aquele cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, enquanto outros defendem que todos os atos infracionais análogos aos que cominam pena de reclusão também são susceptíveis de aplicação da medida extrema, erigidos que foram pelo legislador ao status de crimes graves.

Discorrendo acerca dos requisitos que ensejam a medida de internação, leciona Nucci (2013) que, devido à analogia do ato infracional com o crime e contravenção penal, deve-se buscar nos preceitos primários das normas penais incriminadoras atos empregados com violência ou grave ameaça, sendo oportuno citar os seguintes exemplos: o homicídio, o roubo, o estupro, a extorsão, as lesões graves e gravíssimas.

Noutro norte, a reiteração dos atos infracionais graves, abarca crimes como o tráfico ilícito de entorpecentes, carecendo a demonstração da permanência da conduta para configurar sua reiteração. Sem embargo, não deve o adolescente ostentar maus antecedentes, ou aguardar a ocorrência de duas medidas socioeducativas com trânsito em julgado para que incida na reiteração, basta configurar a prática de várias infrações, pois do contrário, o termo empregado pelo legislador seria “reincidência” e não “reiteração”, como demonstra o dispositivo legal. (NUCCI, 2013).

Por fim, outro fator que poderá ensejar a internação, é o descumprimento reiterado de outra medida imposta, que se dará quando ocorrido o descumprimento

sem a devida justificação do adolescente ao togado. Tal requisito é conhecido como “internação sanção”, e para que se dê o seu cumprimento, faz-se necessário percorrer processo de descumprimento, não podendo a medida gravosa exceder o limite de três meses (§ 1º). (NUCCI, 2014).

Vê-se, portanto, que uma sociedade organizada precisa controlar a violência, sem esquecer dos direitos individuais e sociais, inclusive, necessita voltar os olhos para as políticas públicas empregadas, que por vezes, em decorrência da sua deficiência, maximizam a criminalização e usurpam direitos das crianças e dos adolescentes, fazendo com que estes busquem no meio criminoso a resposta dos seus anseios juvenis.

3 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A conduta daquele que pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos ou com alguém que possua enfermidade ou deficiência mental passou a ser tipificada de forma específica, sob o *nomen juris* “estupro de vulnerável”, com o advento da Lei n.º 12.015/09, que, dentre outras modificações, reuniu no título VI do Código Penal os denominados crimes contra a dignidade sexual.

Uma das motivações para a inovação legislativa, nesse ponto, foi conferir maior proteção ao bem jurídico de crianças e adolescentes com idade até quatorze anos e daqueles que, por deficiência física ou mental, não possuem discernimento necessário para entender o ato que praticam ou que com eles é praticado, considerando até mesmo a inabilidade física para reprimir injusta agressão.

Ao utilizar o termo “vulnerável”, o legislador pressupôs a desproteção da criança, do adolescente e do enfermo ou doente mental, ao considerar que referidos sujeitos são incapazes de entender o caráter ilícito do ato que com eles é praticado. (BRASIL, 2009).

Sustenta Estefan (2011), que a tutela penal visa proteger o pleno desenvolvimento dos vulneráveis, pois, em razão de condições pessoais (transitórias ou perenes) não podem ou não possuem forças para repelir um ataque à sua dignidade pessoal. O autor completa, ainda, que em relação aos menores de 14 anos, a proteção penal visa à defesa da candura, da inocência, em razão do pouco desenvolvimento mental sustentado pela criança ou adolescente no que toca à sua sexualidade.

Concernente à condição de vulnerabilidade, Costa Júnior e Costa (2012, p. 686) explicam que:

Vulnerável, do latim *vulnerabile*, é aquele que pode ser ferido, ofendido, por apresentar mais fragilidade do que as demais pessoas. A própria lei específica quem é vulnerável, ou seja, o menor de catorze anos e aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso dela diverso ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência à ação do sujeito ativo.

Considerando os objetivos do presente trabalho monográfico, a análise do delito em comento voltar-se-á ao sujeito passivo criança ou adolescente, deixando-se, portanto, de tecer maiores considerações acerca da vítima que possui enfermidade ou doença mental, haja vista que esses sujeitos carecem de análise mais

aprofundada e diversa da apontada à criança e ao adolescente, bem como de análise específica do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15), o que destoa dos fins aqui propostos.

Dito isso, tem-se que, quando um indivíduo pratica conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com criança ou adolescente com idade inferior a 14 anos, ainda que com consentimento destes, tem sua conduta subsumida ao tipo de estupro de vulnerável, isso porque o legislador pressupôs a ininteligibilidade do infante ou adolescente, para consentir com o ato que com ele é praticado.

A despeito da doutrina majoritária inclinar-se ao entendimento de que a vulnerabilidade tratada no art. 217-A do Código Penal ostenta caráter absoluto, a inovação legislativa trazida pela Lei n.º 12.015/09 não pôs fim à discussão sobre a sua relativização, uma vez que há muito o Código Penal elegeu a idade de 14 anos para definir o critério de entendimento/consentimento para a prática sexual, sem que estudasse cautelosamente a realidade do país quanto ao seu desenvolvimento social.

Assim, ao aprimorar o tipo penal, a nova lei fez surgir um confronto com normas editadas anteriormente que definiram a idade de 12 anos como marco de passagem da criança para a adolescência, como demonstrado no capítulo anterior, quando analisado o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A análise da divergência doutrinária quanto à relativização ou presunção absoluta do estupro de vulnerável, quando da prática de conjunção carnal de forma consentida pelo adolescente, se dará no quarto capítulo, razão pela qual, por ora, não se entrará no mérito da questão proposta, fazendo a análise do que é discutido na doutrina e jurisprudência.

3.1 AÇÃO NUCLEAR

A descrição típica do delito em estudo consiste, nos termos do art. 217-A, *caput*, do Código Penal, em “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”. Com base nessa descrição e para que se compreenda o delito em estudo, necessária a definição do que vem a ser conjunção carnal e ato libidinoso.

Segundo Jesus (2013), a conjunção carnal pressupõe, essencialmente, a introdução do órgão peniano na cavidade vaginal, sendo irrelevante, na análise do

crime, se a entrada se deu ou não por completo, até por que o dispositivo legal traz os atos libidinosos como bastantes à consumação do delito.

Os atos libidinosos, por sua vez, podem ser descritos como sendo condutas lascivas, voluptuosas, voltadas à satisfação sexual. Nesse contexto, pode-se dizer que ato libidinoso é aquele que ofende o pudor do homem médio, seu sentimento moral. Tratam-se, portanto, de atos sexuais com o intuito de satisfação da concupiscência do agente. (JESUS, 2013).

No mesmo íterim, Jesus (2013, p. 164) complementa:

Há determinados atos que, inequivocamente, são libidinosos, como o coito anal, o coito *inter femora*, a *felatio in ore*. Outros, porém, não se revestem dessa objetividade, e somente a análise das circunstâncias do fato é que nos poderá levar à conclusão de que se trata, ou não, de atos libidinosos. Tal dificuldade surge em razão de o conceito de ato libidinoso abranger não apenas o equivalente ou sucedâneo fisiopsicológico da conjunção carnal, mas também outras manifestações de libidinagem em que, embora não se realizem sobre ou com os órgãos sexuais nem levem à plena satisfação genésica, estejam presentes o impulso lascivo e a ofensa à moralidade média.

Consoante mencionou-se alhures, a vítima não precisa ter consciência do ato libidinoso que com ela é praticado, em razão da objetividade fática posta ao delito, já que, por vezes, o estupro de vulnerável é praticado em face de crianças ou pessoas dotadas de enfermidade ou deficiência, que as impossibilitam o oferecimento de defesa.

3.2 SUJEITO ATIVO E PASSIVO DO CRIME

Com a vinda da Lei n. 12.015/09, o delito de estupro, inclusive o estupro de vulnerável, poderá ser praticado por indivíduos, tanto do sexo masculino como os do sexo feminino, observando-se apenas a terminologia técnica em relação à expressão “conjunção carnal” para os atos heterossexuais e “atos libidinosos” para os demais casos, como a concupiscência homossexual, já abordada anteriormente.

A esse respeito, leciona Bitencourt (2012, p. 96):

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo de estupro de vulnerável, indistintamente, homem ou mulher, contra, inclusive, pessoa do mesmo sexo. Como destacamos, o estupro de adultos, coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive contra vítimas do mesmo sexo dos autores ou partícipes.

Noutro giro, mas do mesmo modo, o sujeito passivo também será homem ou mulher, sendo que a vulnerabilidade irá pressupor o enquadramento nas hipóteses do tipo penal, quais sejam, ser criança ou adolescente com idade inferior a quatorze anos de idade ou sujeito que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato.

Também abordando o tema, obtemperam Capez e Prado (2014, p. 472):

Sujeito passivo: É indivíduo menor de 14 anos ou aquele 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. São circunstâncias legais de onde se depreende a vulnerabilidade da vítima. Atualmente, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos passivos do crime em exame.

A respeito da sujeição ativa e passiva, pode-se concluir tratar-se o delito em estudo de crime comum, ou seja, delito cuja prática pode ser engendrada por qualquer pessoa, sem que seja necessária a existência de qualquer qualidade especial da vítima ou do agente para a existência do crime. (GRECO, 2015).

3.3 ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O elemento subjetivo do tipo de estupro de vulnerável é o dolo, ou seja, o agente que pratica o crime deve ter ciência da prática de atos em face de pessoa vulnerável, devendo a característica de vulnerabilidade ser, ao menos, aparente, quando não facilmente perceptível em decorrência de sua figura física, como por exemplo, a percepção por qualquer leigo em psiquiatria ao se deparar com um enfermo ou deficiente mental. (CUNHA, 2014).

Ainda, explica Bitencourt (2012) que a configuração do crime depende do elemento subjetivo essencial do injusto, em outras palavras, refere-se ao necessário fim do agente infrator possuir a vítima tida como vulnerável, sob pena de não influência no tipo penal.

Referido autor defende que, em determinados casos, o dolo pode se fazer presente e, ainda assim, não percorrer o elemento subjetivo, isso porque, como no estupro cometido contra o indivíduo adulto, no estupro de vulnerável é imprescindível o elemento subjetivo especial, implícito como finalidade de ação, que é a concupiscência com a vítima vulnerável, abordagem também conhecida por crime de tendência. (BITENCOURT, 2012).

Com base nisso, percebe-se que deve o agente possuir o *animus* de praticar conjunção carnal ou atos libidinosos contra pessoa vulnerável, pois, do contrário, não responderá pelo tipo insculpido no art. 217-A, do CP, e, inexistindo dolo, bem como na hipótese de ausência de percepção da vulnerabilidade da vítima, o agente incorrerá em erro de tipo, tema que será abordado ainda nesse capítulo, em seção própria.

3.4 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Para o Código Penal, crime consumado é aquele que reúne todos os elementos da sua definição legal – art. 14, inciso I, do CP (BRASIL, 1940). Para MASSON (2015), com essa definição legal, o *summum opus*, será um crime completo, na medida que a conduta criminosa realizar-se-á em sua totalidade.

Com efeito, da análise da primeira parte do art. 217-A, *caput*, do CP, o crime de estupro de vulnerável irá se consumir no momento da conjunção carnal, ou seja, da cópula peniana com a cavidade vaginal, independente de penetração total ou parcial, ou ainda, se houve ou não ejaculação. (GRECO, 2015).

Em relação a segunda parte do dispositivo supracitado, que trata dos atos libidinosos, sua consumação se dará com a efetiva realização ou execução do ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Tratando-se de modalidade consumatória o caminho do crime acaba por se confundir com a execução de atos libidinosos. (BITENCOURT, 2012).

A tentativa é admissível e se perfectibiliza quando o autor pratica atos inequívocos e intencionados a consumir o crime, apenas impedido por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse sentido, tem-se as palavras de Prado (2013, p. 850), ao dispor que:

É admissível a tentativa, quando o agente, apesar de desenvolver atos inequívocos tendentes ao estupro, não consegue atingir a *meta optata*, por circunstâncias alheias à sua vontade. Cite-se, como exemplo, a hipótese do agente que, após subjugar a vítima a fim de concretizar a conjunção carnal, é surpreendido por terceira pessoa, ou consegue a ofendida desvencilhar-se, empreendendo fuga do local, frustrando, destarte, o fim delituoso por ele almejado. Ocorres aqui uma disfunção entre o processo causal e a finalidade a que se direcionava o autor do delito.

Calha mencionar a definição legal do delito tentado, também extraída da expressa definição legal, advinda do art. 14, inciso II, do CP, dispondo que o delito

será “tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. (BRASIL, 1940).

3.5 QUALIFICADORAS

As qualificadoras do crime de estupro de vulnerável, pela disposição do art. 217-A, §§ 3º e 4º, do CP, irão alterar a pena em abstrato do delito quando causar lesão corporal de natureza grave ou a conduta resultar na morte da vítima.¹ (BRASIL, 1940).

Por essa disposição, tem-se como lesão corporal de natureza grave, as condutas elencadas no art. 129, § 1º, do CP, que se desdobram em: “I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto”. (BRASIL, 1940).

Dito isso, sabe-se que a conduta qualificada pelo resultado no aludido crime irá ocorrer por meio do dolo antecedente na conduta do agente infrator e com a culpa consequente advinda do desdobramento dos atos empregados. Trata-se com esse fim, de unidade complexa, entre o crime sexual violento, meio doloso empregado de forma antecedente e o delito culposo, que venha sobrepor a conduta dolosa, sendo este último utilizado como forma de exasperação da pena, gerando maior punibilidade. (PRADO, 2013).

3.6 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Incidirão sobre todos os crimes contra a dignidade sexual as causas de aumento de pena previstas no art. 226, incisos I e II, do CP, consistentes no aumento até quarta parte, quando o crime for praticado em concurso de duas ou mais pessoas e até a metade quando o agente atende uma das seguintes qualidades: ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título possua autoridade sobre ela, por imposição da Lei n. 12.015/09. (BRASIL, 1940).

¹ As qualificadoras apenas irão incidir quando praticada por pessoa penalmente imputável, que, não será o caso dos adolescentes.

Em referência a primeira majorante apresentada, visualizou o legislador a necessidade de maior aumento, pois, levou-se em consideração o grande temor causado à vítima, bem como o grau de periculosidade apresentado pela soma das condutas. Em relação a segunda causa de aumento, a majorante se justifica pela elevada reprovação moral do agente que se utiliza das relações familiares ou de sua sobreposição a vítima para praticar o crime. Ainda, tem-se que os aumentos elencados afastam a possibilidade da utilização das agravantes prevista no art. 61, inciso II, e, f, e g, do CP, sob pena do aplicador da lei incidir em *bis in idem*. (CUNHA, 2014).

Com a publicação da Lei n. 12.015/09, introduziu-se mais duas causas de aumento de pena, além daquelas elencadas anteriormente. As referidas causas estão dispostas no Código Penal em seus incisos III e IV, do art. 234-A, que assim dispõe “Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: [...] III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”. (BRASIL, 1940).

A causa de aumento sobrevinda da gravidez da vítima, para que seja utilizada, basta, apenas, que a conduta do estupro cause a consequência na vítima, para isso, é desnecessário a conduta dolosa por parte do autor. Por outro lado, a causa elencada no inciso III, necessita que o agente saiba ser portador de doença sexualmente transmissível (dolo direto), ou presuma que seja portador (dolo eventual). Considerando a existência do crime de perigo de contágio venéreo tipificado no art. 131, caput, do CP, entende-se que não há que se falar em concurso formal impróprio com o crime contra à dignidade sexual, integrando a circunstância da transmissão como uma majorante. (CAPEZ; PRADO, 2014).

3.7 AÇÃO PENAL

Antes do advento da Lei 12.015/09, a ação penal utilizada para processar os crimes sexuais, de acordo com o art. 225, *caput*, do CP, era a de iniciativa privada, sendo iniciada apenas com o oferecimento de queixa crime. (BRASIL, 1940).

Em que pese a regra geral determinasse a ação penal privada, havia quatro exceções explicadas por Cunha (2014, p. 492) em que se deflagraria ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação:

- a) procedia-se mediante pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
- b) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;
- c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;
- d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do STF, quando o crime de estupro for praticado mediante emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor) (grifo do autor).

Atualmente, a nova lei mudou as regras de processamento, determinando que a ação será pública condicionada à representação, sendo incondicionada em duas hipóteses: quando a vítima apresentar idade inferior a 18 anos; ou for pessoa vulnerável. (CUNHA, 2014).

A inovação legislativa é criticada, pois, em tese, daria brecha para duas interpretações antagônicas, isso porque, após extinta a ação penal privada para os crimes contra a dignidade sexual, incluindo nesse contexto o estupro de vulnerável, o legislador editou o art. 225, do CP, permitindo que a ação penal no caso de vítima vulnerável possa se dar na forma incondicionada e condicionada à representação, conforme a leitura do *caput* e do *parágrafo único* do artigo mencionado. (BITENCOURT, 2012).

Mesmo com a má redação dada ao dispositivo legal, que evidentemente dá margem a duas interpretações, o posicionamento doutrinário relevante abraça a tese de utilização de ação penal pública incondicionada ao estupro de vulnerável e aos demais crimes que envolvam pessoas com idade inferior a dezoito anos. Sustentam ainda, que, mesmo com a nova redação dada ao dispositivo legal, a Súmula n. 608 do Supremo Tribunal Federal é plenamente aplicável ao delito, para orientar pela ação pública incondicionada, quando o crime for cometido com violência real. (GRECO, 2015).

Logo, a prática do crime de estupro de vulnerável, será processado mediante ação penal pública, resguardada pelo segredo de justiça, nos termos do art. 234-B do Código Penal. (BRASIL, 1940).

3.8 ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ROL DE CRIMES HEDIONDOS

Em meados da década de 90, o legislador brasileiro sob forte influência do Direito Penal Máximo, Movimento Lei e Ordem (Law and Order) e Teoria das Janelas Quebradas (Broken Windows Theory), modelos adotados em países como os Estados Unidos, editou leis para uma penalização mais severa, criando novos tipos penais e recrudescendo outros existentes, com alteração do regime de cumprimento das penas. (HABIB, 2016).

A previsão constitucional para a criação de crimes hediondos e seus equiparados está localizada no art. 5º, inciso XLIII, da CF de 1988, dispondo que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, omitirem-se”. (BRASIL, 1988).

É com base nisso, que, utilizando-se o critério legal, criou-se a Lei n. 8.072/90, conhecida como lei dos crimes hediondos, trazendo no rol do seu primeiro artigo os crimes que estarão submetidos a regramento mais duro. Dentre os crimes está contido o estupro de vulnerável e suas formas qualificadas (BRASIL, 1990):

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
 [...]

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);
 [...]

Em que pese houvesse discussão se o estupro simples (art. 213, caput, do CP) seria enquadrado na modalidade de crime hediondo, com o advento Lei n. 12.015/09 cessou-se o debate, haja vista a alteração legislativa contida no art. 4º, da lei, para enquadrá-lo como crime hediondo; não bastasse, alterou a redação do inciso IV, do art. 1º, da Lei 8.072/90, fazendo substituir o atentado violento ao pudor para estupro de vulnerável. (BRASIL, 2009).

O objetivo do legislador ao incluir o estupro de vulnerável no rol de crimes hediondos, foi dar maior punibilidade aos delitos sexuais perpetrados contra criança e adolescentes, acalentando a repulsa popular em relação ao tipo repugnante. Considerou ainda, acabar com os crimes de pedofilia, bem como responder rigorosamente aos casos graves veiculados pela mídia. (GUIMARÃES, 2011).

A consequência jurídica ao crime considerado hediondo ou equiparado, é a vedação quanto a concessão de graça, anistia, indulto ou fiança, após condenado deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, podendo progredi-lo após cumprir 2/5 da pena, se primário e 3/5, se reincidente, conforme o art. 2º, da Lei n. 8.072/90. (BRASIL, 1990).

3.9 ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO

Relevante no estudo do crime objeto da pesquisa, o erro, compreendido como uma falsa percepção da realidade, toma contornos decisivos quando da aferição do dolo e da culpabilidade do agente, quer recaia sobre elemento constitutivo do tipo quer sobre a compreensão do agente sobre a antijuridicidade da conduta que pratica, respectivamente.

No primeiro caso, em havendo falso conhecimento sobre elementos que constituem o tipo, chamado “erro de tipo”, estará ausente a vontade de realização do delito, ou seja, a conduta será desprovida de dolo, redundando, assim, na atipicidade dolosa da conduta, conforme leciona Pierangeli e Zaffaroni. (2013).

No mesmo sentido, Jesus (2014, p. 690), ao tratar dos caracteres do erro em comento, explica:

Em face do erro, não se encontra presente o elemento subjetivo do tipo do crime de homicídio, qual seja, o dolo. Não há a consciência da conduta e do resultado, a consciência do nexo de causalidade, nem a vontade de realizar a conduta contra a vítima e de produzir o resultado (morte). Há desconformidade entre a realidade e a representação do sujeito que, se a conhecesse, não realizaria a conduta.

Não se pode perder de vista, contudo, que a exclusão do dolo não aniquila, por completo, a tipicidade, haja vista a ressalva expressa em lei acerca da possibilidade de punição do agente pelo crime em sua modalidade culposa, havendo previsão legal e a depender da verificação de ser escusável ou não o erro em que incorre o autor da conduta.

Isso porque, pode haver hipótese em que, mesmo que prevista em lei a punição do delito em sua modalidade culposa, estará o agente isento de qualquer responsabilização. Trata-se do erro de tipo invencível, que se verifica quando, nas circunstâncias em que inserto, mesmo tomando todas as cautelas, o agente não pode evitá-lo. (GRECO, 2014).

Nesse jaez, vê-se que em qualquer caso o erro de tipo será idôneo à exclusão do dolo, mas, a depender de ser ele evitável ou inevitável, poderá dar margem à responsabilização do agente pelo delito em sua modalidade culposa.

Em se tratando do delito de estupro de vulnerável, pode-se falar em erro de tipo na hipótese de o agente manter conjunção carnal ou engendrar a prática de ato considerado libidinoso com menor de quatorze anos supondo tratar-se de pessoa com idade superior. (GRECO, 2015). Nesse caso, não há que se falar em dolo do agente no cometimento do tipo previsto no art. 217-A do Código Penal e, por não haver previsão do delito na modalidade culposa, atípica será a conduta.

Doutro norte, recaindo sobre a potencial consciência da ilicitude, o erro de proibição caracteriza-se por ser uma percepção errada, por parte do agente, acerca da ilicitude do fato típico que pratica, conforme define Masson (2015). O autor ressalta que não se trata de desconhecimento da existência da lei, o que por força de presunção legal é inaceitável. Cuida-se, isso sim, de desconhecimento do caráter ilícito do fato, de modo que o agente poderá ter afastada sua culpabilidade e se isentar da reprimenda penal. (MASSON, 2015).

Diferentemente do erro de tipo, esclarece Masson (2015) que, no erro de proibição, é de conhecimento do agente a situação de fato que gravita em torno de sua conduta, o desconhecimento recai pura e simplesmente sobre a ilicitude de seu comportamento, muito embora esteja violando a lei penal. Dessa forma, não há implicação na tipicidade, mas tão somente no âmbito da culpabilidade, visto que há intenção dirigida para a prática do ato a que se prepõe.

3.10 VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO ÂMBITO DOS CRIMES SEXUAIS

A abordagem dos crimes contra a dignidade sexual, notadamente em se tratando do delito de estupro, perpassa pela necessária compreensão não só da análise abstrata do tipo ou compreensão da norma incriminadora, mas também dos meios de persecução penal e da participação da vítima no deslinde dos atos investigatórios e instrutórios até a efetiva prestação jurisdicional, com o juízo absolutório ou condenatório.

Nesse contexto, emergem as características do sistema processual penal em relação aos agentes envolvidos diretamente no conflito oriundo do cometimento da infração – agente e vítima – bem como em relação ao detentor do *jus puniendi*, o

Estado, o qual substitui o particular que sofre diretamente a ação criminosa para, de forma soberana, aplicar a pena cabível na situação em concreto, sem que para tanto seja levado em conta as necessidades do sujeito que experimentou pessoalmente os efeitos da infração. (CARVALHO; LOBATO, 2008).

Com efeito, Carvalho e Lobato (2008, p. 5) alertam que, para além de ter seus interesses postos de lado, “[...] a vítima, por vezes, é tratada como objeto da investigação e não sujeito de direitos”, em decorrência das características estruturais do sistema de persecução penal, que, por conta de fatores diversos, direcionam a atenção unicamente ao suspeito/acusado, dando ensejo à exposição do sujeito passivo ao que se convencionou chamar de vitimização secundária ou sobrevitimização, especialmente verificada na seara dos delitos sexuais.

Por vitimização, preleciona Mota (2012), entende-se o processo pelo qual uma pessoa ou mesmo um grupo de pessoas se converte em vítima, isso é, quando passa a suportar alguma espécie de sofrimento, podendo ser de ordem física, psicológica ou econômica, em decorrência de conduta própria ou de terceiros, motivo por que se permite compreender o processo por meio de sua classificação em vitimização primária, secundária e terciária.

Com relação à vitimização primária, tem-se que se verifica quando do momento do cometimento do delito, sendo diretamente resultante do crime. Por outro lado, secundária será a vitimização que ocorre pela atuação das instâncias formais de controle social, em decorrência do sofrimento a que é exposta a vítima no trâmite da persecução penal, seja ela anterior ou contemporânea à fase processual. Por fim, a vitimização terciária diz respeito ao meio social em que inserida a vítima e ao seu comportamento posterior. (MOTA, 2012).

Mota (2012) ressalta, ainda, que a vitimização secundária, isso é, aquela que ocorre no âmbito das instâncias formais, não deve ser compreendida a partir do parâmetro de sofrimento, ou exigir, para que se configure, que a vítima tenha ciência de sua sujeição ao processo de vitimização, visto que é preferível que se determine essa espécie de dano a partir de um critério objetivo, consistente no desrespeito aos direitos fundamentais do sujeito exposto.

Nas palavras de Bitencourt (2007), na seara dos delitos sexuais envolvendo crianças e adolescentes, a vitimização secundária resta verificada quando o sujeito vitimado sofre nova violação, além daquela resultante da ação delituosa em si. Referida violação, advinda dos operadores do direito, decorre sinteticamente da

inadequada intervenção daqueles que deverem cuidar, profissional e conscientemente, da apuração do delito. Contudo, o equívoco na abordagem acaba por conferir à persecução penal efeitos tão devastadores quanto o próprio abuso.

Destarte, vê-se que a problemática que exsurge em torno de delitos contra a dignidade sexual, notadamente em se tratando do delito de estupro, não fica adstrita à esfera do momento da conduta criminosa, visto projetar-se para cada uma das etapas seguintes, a serem enfrentadas pela vítima, sujeitando-a a novos processos de vitimização diante da violação de direitos, inclusive por parte das instituições formais de controle, daí por que se impõe o desenvolvimento de mecanismos voltados a redução ou eliminação do dano nas fases de persecução.

3.11 RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Ainda na esteira da descrição típica do delito de estupro de vulnerável, notadamente no que toca à conduta descrita no tipo penal praticada com sujeito menor de quatorze anos, urge trazer a lume a relação que se faz com a presunção de violência decorrente da interpretação do art. 217-A e a responsabilidade penal objetiva, entendida como a responsabilização do agente pelo resultado, independentemente de ter ou não agido com dolo ou culpa. (SOUZA, 2007).

Isso porque, malgrado a discussão em torno do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência no delito em comento, o que será objeto de análise em tópico específico do capítulo posterior, questiona-se se a objetividade do tipo penal traz, em seu bojo, elementos que caracterizam como objetiva a responsabilidade penal do agente, quando da prática da conduta típica.

Na esteira do que discorre Hartmann (2003), no Brasil, independentemente da corrente que se adote para arrolar os elementos do conceito analítico de crime – corrente bipartite ou tripartite – é inegável que a aplicação da sanção penal está condicionada à existência de culpa, por força do princípio da culpabilidade, representado pelo brocardo latino *nullum crimem sine culpa*, que, segundo o autor, opera em dois níveis diferentes, a saber:

No primeiro ao exigir, em relação à tipicidade, que a conduta típica realizada seja pelo menos culposa. Já no segundo, que se refere à culpabilidade, ao determinar que não há delito se o injusto não for reprovável ao autor. Em consequência, verifica-se a preocupação em se evitar o retorno da temida “responsabilidade objetiva”, tão comum nos dias atuais, sobretudo nas relações jurídicas regidas pelo direito privado, onde é possível se imputar a

produção de um resultado fundada na mera causação dele, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido culposa ou dolosamente. (HARTMANN, 2003, p. 206).

Nessa senda, é de fácil constatação que a responsabilização penal está intimamente relacionada à ideia de culpa em sentido lato – abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito – visto que presente no conceito analítico de crime, pouco importando a teoria que se adote. Tal fato reforça um dos três sentidos que, segundo Greco (2015), possui o princípio da culpabilidade, qual seja, o de impedir a responsabilidade penal objetiva.

Apresentando-se como forma primitiva para o exercício do direito de punir, a responsabilidade objetiva marcou os primórdios da história do Direito Penal, haja vista que, antes de se desenvolver um conceito de culpabilidade, a aplicação da pena dependia apenas da existência de relação de causalidade entre a conduta perpetrada pelo agente e o resultado delituoso, sendo de pouca ou nenhuma importância o aspecto subjetivo motivador. (MARACAJÁ, 2013).

Buonicore (2014, p. 11), dissertando acerca da culpabilidade no direito penal e sua influência na responsabilidade penal, conclui:

A superação da responsabilidade objetiva é uma conquista do direito penal liberal e é fundamental para a edificação do Estado Democrático de Direito. A primeira delimitação do conceito de culpabilidade, dentro da contemporânea dogmática jurídico-penal, é realizada por Binding, em “Die Normen und ihre Übertretung”, de 1872. Embora não tenha concebido a culpabilidade como uma categoria independente da ilicitude, Binding ofereceu contribuições importantes para o desenvolvimento do conceito, sobretudo, afirmando a necessidade de um nexu subjetivo entre autor e fato para a existência do crime.

Portanto, pode-se ver que a sistemática penal atual não se coaduna com a ideia de responsabilidade objetiva, consistente na responsabilização do agente simplesmente por sua conduta, independentemente da existência de dolo ou culpa, de modo que a discussão em torno da natureza da presunção de violência para a configuração do delito de estupro de vulnerável ganha especial relevância, a fim de que se faça uma leitura do tipo em consonância com o princípio da responsabilidade subjetiva, garantindo-se, dessa forma, a observância do princípio da culpabilidade.

Diante disso, reveste-se de importância a celeuma em torno da presunção estabelecida no bojo do art. 217-A do Código Penal, de maneira que, em diversos julgados, tribunais pátrios pontuaram o entendimento no sentido de que, a depender de como for entendida a vulnerabilidade da vítima, para apurar eventual

responsabilização penal, poderá restar configurada hipótese da rechaçada responsabilidade objetiva. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Com efeito, os capítulos iniciais do presente trabalho monográfico descreveram a situação da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pela desproteção da era patriarcal até as facetas da proteção atual. Decorrente das proteções introduzidas no ordenamento em voga, crianças e adolescentes passam a figurar como sujeitos de direitos, ganhando maior atenção do Estado e da sociedade.

O segundo capítulo, por sua vez, evidenciou as mudanças trazidas pela lei n. 12.015/09, ao revogar as disposições do art. 224, do Código Penal, quando da análise parcial da estrutura do art. 217-A, caracterizando o manto com o qual se cobriu as crianças e adolescentes, a partir das inovações trazidas pelo tipo penal rígido, que ignorou, de certa forma, o melhor interesse dos adolescentes, como será demonstrado no capítulo que se inicia.

Isso posto, revela-se que a presunção de violência veio prevista pela primeira vez na codificação brasileira, no ano de 1890. À época, passou-se a considerar a violência ficta, quando praticado ato sexual com pessoa que houvesse idade inferior a 16 (dezesesseis) anos. (OLIVEIRA, 2014).

A partir do ano de 1940, com a promulgação do Código Penal Brasileiro, atualmente em vigor, aludida presunção de violência passou a constar no art. 224. Contudo, o pressuposto fático no inaugurado código reduziu a idade anteriormente prevista, cobrindo com sua tutela as vítimas com idade inferior a quatorze anos, tal como aquelas que portassem alguma enfermidade ou doença mental, quando não possuísem o necessário discernimento para o ato, ou que, por qualquer motivo, apresentasse resistência. (BRASIL, 1940).

Também analisando o aspecto do art. 224, do CP, o qual se manteve em vigor até sua revogação expressa pela lei n. 12.015/09, Oliveira (2014) destaca que, a partir da década de 1970, a violência sexual em face de crianças e adolescentes passou a ser dimensionada com maior gravidade pela sociedade, governo e estudiosos.

O autor destaca ainda, que a situação da criança e adolescente ganha novo rosto com o advento da constituição cidadã de 1988, ao inserir no seu art. 227,

direitos e deveres a fim de perseguir sua dignidade, considerando-os como sujeitos de direito.

Conforme referiu-se alhures, dando sequência aos direitos insertos pela Constituição Federal, dois anos após a promulgação da Carta Maior, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo múltiplos direitos, inclusive, conceituando a criança como indivíduo de idade inferior a doze anos, enquanto adolescente aquele que possui idade entre doze e dezoito anos. (BRASIL, 1990).

A lei 12.015/09 introduziu o art. 217-A no Código Penal, o qual foi alvo de debate técnico no capítulo anterior, que trouxe mais uma vez a figura da presunção de violência, substituindo, porém, a terminologia para “vítima vulnerável”. Com isso, a inovação objetivou extinguir a possibilidade de relativização anteriormente aplicada por parte dos tribunais, tal como defendida pela doutrina pátria, ao interpretar o revogado art. 224.

Comentando acerca da aludida presunção inaugurada pelo novo dispositivo, Nucci (2014, p. 250) destaca a impossibilidade de apagar a realidade social experimentada no país, com a introdução de um novo tipo penal:

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas.

Por certo que a superproteção introduzida no delito de estupro de vulnerável fechou os olhos para a divergência etária criada ao se voltar a atenção para o ECA, uma vez que, estipulando a idade de 14 anos como critério determinante na configuração do delito, sem antever as consequências de se eleger uma idade tão elevada, do ponto de vista da iniciação sexual, o parâmetro puramente etário serve como divisor entre um fato atípico e um crime hediondo de extrema reprovabilidade, suprimindo, assim, os direitos sexuais dos adolescentes, como se discorrerá nas seções seguintes.

4.1 PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE: ABSOLUTA X RELATIVA

Da análise da exposição de motivos apresentados pelo Legislativo para a inserção do art. 217-A, do CP, objeto de análise do capítulo anterior, denota-se a sua expressa intenção em pôr termo a qualquer discussão acerca da presunção

relativa de vulnerabilidade, fazendo crítica à posição de diversos julgados em que ela restou aplicada. Rememorou-se, no documento referido, o posicionamento advogado pela CPMI, que contribuiu com dados à promulgação da lei, no sentido de adotarem a presunção absoluta. Nesse sentido:

[...] Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. [...] sem entrar no mérito da violência e sua presunção. **Trata-se de objetividade fática.** (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Outrossim, não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente preveja a idade de doze anos como marco inicial do ingresso na adolescência (art. 2º, do ECA), na nova tipificação penal restou fixada a idade inferior aos quatorze anos para a configuração do delito (217-A, do CP). (BRASIL, 1990).

No projeto de lei, busca-se justificar o marco de quatorze anos por meio da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, haja vista que esta considera criança até os dezoito anos de idade. Não obstante, o legislador optou pela idade mencionada, em razão da condição de desenvolvimento dos adolescentes, esclarecendo “respeitar” certa liberdade sexual entre quatorze e dezoito anos. Nessa senda, extrai-se da exposição de motivos:

Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade ente o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. **Não é demais lembrar que, para a Convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos.** (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Tratando da discussão histórica doutrinária acerca da presunção de violência, Barros (2010) arremata que muito se discutiu a respeito da corrente adequada a ser empregada, se absoluta ou relativa, destacando quatro teorias: absoluta, relativa, mista e a constitucionalista.

A teoria absoluta se apegava ao art. 272, do Código de 1890, o qual, defendia a incapacidade de o menor de dezesseis anos consentir a prática do ato sexual, razão pela qual as qualidades da vítima (namoradeira, desvirginada, leviana,

experiente sexual) não influenciavam na sua vulnerabilidade, ou seja, o pressuposto não admitia prova em contrário.² (BARROS, 2010).

A teoria relativa, por sua vez, vai em sentido oposto ao da teoria absoluta, vez que admite prova em contrário, inclusive, já foi a teoria aplicada pelos tribunais, pois considerava o menor de quatorze anos experiente em relação a assuntos sexual, excluindo-se a presunção absoluta, a qual só iria prevalecer se constatada a incipiência da vítima quanto aos atos sexuais. No entanto, não era razão para o afastamento da presunção de vulnerabilidade, os casos de desvirginamento pretérito da vítima. (MIRABETE, 1999 apud BARROS, 2010).

Unindo as duas correntes anteriores, a teoria mista – lecionada por Nucci (2014) – considera a presunção relativa aplicável aos maiores de doze anos, baseando-se em direitos conferidos por outras leis aos adolescentes, evidenciando sua capacidade de discernimento. Apesar disso, consigna como absoluta a presunção aplicada ao menor de doze anos no cenário sexual.

A quarta corrente faz análise do Direito Penal moderno, inadmitindo responsabilidade penal objetiva ou por fato praticado por outrem. Logo, a corrente constitucionalista se apegua no dever da sanção em se ajustar à conduta delituosa praticada, entendendo-se por conduta o fenômeno ocorrido no plano da experiência, que por sua vez, inadmite presunção fática. Desse modo, considera inconstitucional a lei que descarta a presunção relativa, tendo em mira que estar-se-ia punindo o acusado por crime não cometido. (BARROS, 2010).

Por certo que a presunção relativa era o entendimento firmado na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pois, em 2011, ao julgar processo sob a aplicação de fato anterior à nova lei, lembrou o entendimento firmado acerca da presunção gravada no art. 224, revogado pelas novas disposições da lei 12.015/09:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224 DO CP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a presunção de violência do art. 224 do Código Penal se revela de natureza relativa (iuris tantum). 2. A corrente majoritária, doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção da violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados fatores impõe, em situações tais, o afastamento da presunção. 3. No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido

² Por certo que as qualidades empregadas para discutir a vulnerabilidade ou não, são completamente voltadas a vítima mulher, que, infelizmente, recebe adjetivações pejorativas em matéria sexual, ao tempo que os homens recebem mérito pela prática sexual, mesmo que precoce.

de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal - revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade. 4. Incidência da Súmula 83/STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1214407/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011). (BRASIL, 2011).

Certo que com o advento da lei debatida, calou-se o “sistema de presunções”, criando-se o novo tipo penal sob o *nomem iures* “estupro de vulnerável”. Com isso, a presunção de vulnerabilidade passa a integrar os elementos do inaugurado tipo, fazendo com que, em tese, o debate acerca da natureza da presunção elencada, se absoluta ou relativa, esteja findado. (AMISY NETO, 2009).

Como se previu, contudo, a discussão doutrinária não findou com a imposição do novo tipo, passando a atacar diretamente a presunção de violência de caráter absoluto, dividindo mais uma vez o entendimento doutrinário sobre do tema. Acerca da vulnerabilidade relativa, Bitencourt (2012, p. 98) destaca que a presunção implícita não tem o condão de afastar a relatividade:

Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança do rótulo não altera o produto. [...] dessa forma, impõe-se a conclusão de que a presunção de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é relativa, recomendando avaliação casuisticamente.

Jesus (2013, p. 156) segue a mesma linha do pensamento anterior, defendendo a aplicabilidade da presunção relativa para os menores de quatorze anos, tal como abastança jurídica para embasá-la:

Com respeito à vulnerabilidade decorrente da faixa etária, o escopo da mudança foi o de impedir a subsistência do entendimento segundo o qual a realização de atos sexuais voluntários com adolescentes menores de 14 anos pudesse ser considerada atípica, por ser relativa a presunção de violência em tais casos. Parece-nos, todavia, que o entendimento mencionado ainda encontrará base jurídica.

O dispositivo inserto merece análise relevante de dois pontos, sendo um deles já levemente debatido. O primeiro refere-se à perda da oportunidade do legislador em uniformizar a legislação penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, estipulando a idade de doze anos como marco inicial da adolescência, haja vista que para inserção do tipo penal o legislador considerou a idade gravada na Convenção de Direitos da Criança e Adolescente da ONU. (AMISY NETO, 2009).

Nesse sentido, faz-se interessante verificar o posicionamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar um caso em que foi aplicada a vulnerabilidade relativa, externando a discrepante divergência de idades entre uma lei e outra, para caracterizar a vulnerabilidade:

ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA. 1. **Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.** 2. **Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória.** 3. Ordem concedida. (HC 88.664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 08/09/2009). (BRASIL, 2009, grifo nosso).

O segundo ponto a ser destacado é a incongruência da pena em abstrato imposta ao delito, notadamente porque se um homem, de dezoito anos, mantém relações sexuais com a namorada, de treze anos, será punido com uma pena 8 a 15 anos de reclusão, ao passo que, um estupro que, empregando violência e grave ameaça a uma adolescente de quinze anos, sujeitar-se-á a uma pena de 8 a 12 anos de reclusão. Ainda, considerando o primeiro exemplo, se, em dado momento, decorrente de uma briga, ele vier a ceifar a vida da adolescente, responderá por homicídio, cujo preceito secundário prevê pena abstrata de 6 a 12 anos de reclusão. (AMISY NETO, 2009).

Em que pese a problemática apresentada, há peso doutrinário em defender a presunção absoluta e comemorar as inovações trazidas pela legislação que introduziu a vítima vulnerável no ordenamento. Para Greco (2015, p. 583), por exemplo, desde o findado art. 224, a presunção de vulnerabilidade era absoluta, portanto, comemora a imposição legislativa, que, para ele, findou qualquer possibilidade de relativização pelos tribunais:

Hoje e, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.

As turmas do Supremo Tribunal Federal passaram a adotar o posicionamento intencionado pelo legislador, pacificando que a presunção introduzida pela 12.015/09 é absoluta quando da prática de conjunção carnal com menor de quatorze anos, como demonstra a decisão exarada no bojo do Habeas Corpus que levou a tese da relativização à apreciação da Corte, sustentando que haveria crime de estupro mesmo quando a vítima apresentar discernimento e experiência para consentir na prática da relação sexual:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. 1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea "a" do Código Penal é absoluta. 2. A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ordem indeferida. (HC 101456, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJE-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-06 PP-01183 REVJMG v. 61, n. 192, 2010, p. 378). (BRASIL, 2010).

O mesmo entendimento acerca da presunção absoluta restou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça ao se debruçar sobre a matéria no julgamento do Recurso Especial n. 1585111 / MG, quando analisou o caso de uma relação sexual decorrente de um relacionamento estável, entre o Réu e a vítima, que contava com treze anos de idade à época dos fatos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.** RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1480881/PI.1. **No julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1480881/PI este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que 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, sendo irrelevante, para tanto, o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.** 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1585111/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 30/06/2016), (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Em que pese o entendimento firmado nos aludidos Tribunais, que mesmo após a entrada em vigor da Lei. 12.015/09 discordaram por anos acerca da teoria adotada, concorda-se com a divergência doutrinária, ainda manifestada em alguns julgamentos, que adota a presunção de vulnerabilidade relativa para analisar

os casos de estupro de vulnerável com consentimento da vítima e demais peculiaridades no caso concreto.

Assim, verifica-se que a presunção relativa atende melhor as premissas do direito moderno. Malgrado se entenda a intenção do legislador em proteger as crianças da prostituição e pedofilia, como se pode extrair da exposição de motivos que inaugura a alteração legislativa, não se pode olvidar que a criação de um tipo objetivo acaba por penalizar condutas valoradas exclusivamente no âmbito moral. (FARIAS, 2014).

Relações sexuais entre pessoas com idade superior a doze anos, ainda que dentro de um relacionamento estável, não convencem quanto à caracterização da figura de um estuprador, razão pela qual a objetividade fática criada pelo legislador na criação da vítima vulnerável merece ser discutida.

Destarte, essa linha de pensamento faz trazer à baila a aplicação da presunção de violência relativa para determinados casos, pois a teoria absoluta finda por colocar em tábula rasa todos os casos envolvendo relações sexuais com os ditos vulneráveis, generalizando condutas ao invés de analisá-las.

4.1.1 Estupro de vulnerável bilateral

Tendo em vista a problemática amplamente debatida, denota-se que o legislador almejou obstar o julgador de aplicar a relativização da vulnerabilidade ao caso concreto, processando e encarcerando qualquer um que mantenha relações sexuais ou atos libidinosos com adolescentes ou crianças em idade inferior aos quatorze anos, sem levar em consideração seu consentimento, tal como seu tarimbado sexual. (FILO, 2012).

Nesse sentido, Filo (2012, p. 104) traz a lume uma problemática interessante surgida com o advento da Lei n. 12.015/09, decorrente da prática de atos sexuais consentida, seja mediante conjunção carnal ou atos libidinosos diversos, entre sujeitos que, reciprocamente, enquadram-se no conceito de vulnerável estampado no art. 217-A do digesto repressor:

O que ocorreria, porém, se dois menores de catorze anos realizassem entre si atos libidinosos, sendo que tal ato fosse fruto da vontade livre e consciente deles mesmos? Ambos praticariam o crime de estupro bilateral? Se ambos forem maiores de doze anos e menores de catorze anos cometeriam ato infracional?

Para aqueles que entendem que não cabe exceção ao art. 217-A, a resposta é positiva! Sim, os dois teriam cometido estupro de vulnerável e ambos responderiam por ato infracional e seriam ao mesmo tempo vítimas.

Assim, Netto (2009), valendo-se da mesma situação prática, expõe sua reflexão acerca do exemplo limite da relação sexual entre adolescentes, arrematando que, inconscientemente ou não, o legislador procurou conceber a figura do estupro de vulnerável bilateral, haja vista que se aplicado os mandamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando dois adolescentes com treze anos de idade se relacionarem sexualmente, ambos estarão cometendo, um contra o outro, ato infracional análogo ao crime estupro de vulnerável.

Certamente faz-se necessária a ponderação da idade estipulada para a configuração da presunção de violência aos menores de quatorze anos, advindo da extinção do art. 224 substituído pelo 217-A, ambos do Código Penal. Isso porque, a própria legislação confere autonomia aos adolescentes, como viagem em território nacional desacompanhados, privação de liberdade decorrente da autoria de ato infracional, tal como a relevância de suas opiniões em processos judiciais, dentre outras que serão melhor caracterizadas na seção a seguir, sem que se estabeleça qualquer regra ao afastamento da presunção do estupro. (SARAIVA, 2009).

Percebe-se que a legislação abandona o caráter de violência, presumida ou real, para proteger um bem jurídico arraigado de percepções morais. Logo, o que se vê do legislador, é a proibição de que os menores de quatorze anos se relacionem sexualmente. O desfecho, portanto, advém da ideia de que a família e a educação, a fim de resolver a problemática, possui viés suficiente quando comparada à solução da esfera penal. (NETTO, 2009).

A solução para a situação em questão encontra sustentáculo na adequabilidade social das relações sexuais consensuais, dentro de uma concepção de intervenção mínima do direito penal, na ideia de autodeterminação sexual, assim como no direito comparado. Todas elas dão conta, ainda, de solucionar questões em que o suposto agressor possa ser responsabilizado penalmente

4.2 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL APLICADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O princípio da adequação social possui funções distintas. Uma delas cuida do poder de restringir o alcance do tipo penal, para limitar sua interpretação, tal como excluir condutas aceitas pela sociedade. A outra serve ao legislador como norte para impedi-lo de se valer do Direito Penal para reprimir condutas socialmente aceitas ou para que reveja os tipos criados, retirando as proibições cominadas à certas condutas, revogando-as, caso tenham se adequado a evolução da sociedade. (GRECO, 2015).

Ainda acerca da adequação social, Welzel (1987 apud BITENCOURT, 2012, p. 55) conceituando o princípio, ressalta que o Direito Penal apenas se preocupará com condutas de eminente relevância social, haja vista que não se poderia considerar certas condutas como delituosas, *in verbis*:

[...] o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa *relevância social*; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem de tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos.

Nesse passo, deduz-se que a tipicidade do comportamento criminal é constituída pelo desvalor da ação, tal como o da lesão do resultado decorrente do bem jurídico protegido, fazendo surgir, portanto, a tipicidade material. (BITENCOURT, 2012).

Com base na conceituação apresentada, percebe-se que o legislador esbarra na função de pesquisador de condutas reprováveis e ofensivas a bens jurídicos necessários ao convívio social, estando proibido de criminalizar condutas aceitas e praticadas na sociedade, sob pena de sujeitar a população ao cometimento de crimes, na medida em que o surgimento de uma norma penal não seria obstáculo à contumácia de condutas sequentemente praticadas, devido à insensibilidade da norma em discernir condutas socialmente toleradas. (GRECO, 2011).

À vista disso, a análise da teoria é de suma importância, tendo em vista a desarmonia contrastada por tipos penais incriminadores em face de condutas sociais permitidas ou toleradas, que por sua vez, não incidem em tipicidade material. (FARIAS, 2014).

Destarte, o tipo penal “estupro de vulnerável” seguramente resguarda um bem jurídico de extrema relevância à sociedade em que vivemos. Verifica-se que o legislador, ao criminalizar todas as práticas sexuais com menores de quatorze anos,

não bem atende a limitação de criminalizar condutas sociais aceitas, ao refutar integralmente a possibilidade de consentimento da vítima. (RODRIGUES et al. 2009).

Verificando-se a incidência do princípio da adequação social em relação ao estupro de vulnerável, sobreleva mencionar a análise quanto à desvinculação do tipo penal comparada à realidade social experimentada pelo jovem brasileiro, que cada vez mais cedo inicia sua vida sexual:

Essa tipificação atenta flagrantemente ao Princípio da Adequação Social, de modo que se encontra desvinculado da realidade social brasileira, pois é inegável que os jovens iniciam sua vida sexual cada vez mais cedo, nos dias atuais, sendo esta uma prática já inserida no contexto social com as transformações dos valores e costumes (RODRIGUES et al. 2009, p. 1).

Vencido o conceito de adequação social, é necessário o estudo de sua aplicação na legislação destinada à criança e ao adolescente, mormente porque é importante verificar se o ordenamento em vigor respeita os limites impostos pelo aludido princípio, seja como interpretação da norma penal, seja pela tipificação de condutas socialmente aceitas.

Desse modo, tem-se como base de condutas socialmente aceitas, aquelas que envolvem a liberdade e descoberta sexual dos adolescentes, razão pela qual passa-se a estudar a divergência entre normas, visto que, por vezes, se verifica certa permissão ao exercício da liberdade sexual entre os adolescentes, enquanto, em outras, acaba-se por restringir a prática, ainda que consensual, como irão demonstrar os parágrafos a seguir.

Nucci (2014) explica a incapacidade do legislador em acompanhar o desenvolvimento social, uma vez que, como já debatido nas seções anteriores, o Código Penal se travou na idade de quatorze anos, sem acompanhar o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dando sequência ao dissenso legislativo, nota-se que o art. 68 da Lei 12.594/12 assegura ao adolescente casado ou em união estável, o direito à visita íntima dentro de certas instituições estatais.³

Indo mais a fundo, lembra-se que o Código Civil, no art. 1.517, dispõe que “[...] o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil” (BRASIL, 2002). Ocorre que, não obstante o casamento

³ Art. 68. É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima.

seja permitido a partir dos dezesseis anos, a união estável, enquanto sociedade de fato, não impõe qualquer limite de idade para que seja configurada. (NUCCI, 2014).

Da análise da legislação apresentada, percebe-se que o Estado busca integrar a família com o adolescente internado, incluindo os relacionamentos contraídos ou que vier a contrair, isso porque, muitas vezes, alcançaram o animus de constituir família, inclusive ao que toca à concepção de filhos. Dessume-se, com isso, que, ao tempo em que a Lei n. 12.594/12 dá aval aos adolescentes para ter relações sexuais, a Lei n. 12.015/09 criminaliza tal conduta. A divergência do ordenamento apenas faz crer na ciência do Estado de que adolescentes iniciam cada vez mais cedo sua vida sexual. (NUCCI, 2014).

Impende destacar, outrossim, que a idade de doze anos é suficiente para a responsabilização por ato infracional, podendo ser sancionado e reeducado com aquelas várias medidas caracterizadas no bojo do primeiro capítulo. Assim, se é permitida a internação do adolescente com doze anos de idade, nada mais sensato concluir que esses indivíduos possuem autonomia e responsabilidade, não devendo ser tomados pela vulnerabilidade absoluta ao ponto de restarem incapacitados ao consentimento de uma relação sexual. (NUCCI, 2014).

Embora se defenda a atipicidade material das condutas sexuais consensuais, mormente aquelas praticadas entre adolescentes com idade inferior a quatorze anos, os quais são objeto de estudo da presente pesquisa, não se defende o incentivo da prática sexual em tenra idade, pelo contrário, a conduta deve ser desestimulada quando ocorrida precocemente, haja vista os riscos advindos dessa conduta, seja uma gravidez indesejada ou o exercício irresponsável da sexualidade.

Nesse sentido:

Por fim, é relevante ressaltar que ainda que o comportamento não atinja o bem jurídico penalmente tutelado, caracterizando a atipicidade material, não significa que deva ser incentivado. É necessária e relevante a atuação integrada do governo, da família e da própria sociedade no sentido de desestimular a atividade sexual precoce e informar os jovens acerca dos riscos e da necessidade de prevenção, para que exerçam sua sexualidade com responsabilidade. (FARIAS, 2014, p. 1).

Considerando a incidência da adequabilidade social das relações consensuais, inclusive aos adolescentes em mesmo período de desenvolvimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou materialmente atípica a situação entre uma adolescente de treze anos de idade e seu namorado de vinte anos, que mantiveram relações sexuais de forma consensual.

Isso porque, no caso analisado pelo aludido tribunal, verificou-se que ambos se conheceram em um baile noturno, no qual a adolescente estava desacompanhada. A partir disso, ingressaram em um relacionamento, onde tempos depois mantiveram a primeira relação sexual. Não bastasse isso, a família estava ciente do relacionamento, tendo o acusado, inclusive, visitado a suposta vítima na casa dos seus genitores, ao tempo que família sabia das relações sexuais.

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. INTERPRETAÇÃO DA LEI EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL CONJUNTURA DA SOCIEDADE. INCONTROVERSO NOS AUTOS A OCORRÊNCIA DA CONJUNÇÃO CARNAL ENTRE A VÍTIMA E O RÉU, PORÉM, ESTA OCORREU DE FORMA CONSENTIDA, COM O CONHECIMENTO DOS PAIS DA MENOR, EM RAZÃO DE UM RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE AS PARTES. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70056763576, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 19/12/2013), (RIO GRANDE DO SUL, 2013, grifo nosso).

Acerca da relação e aplicação da adequabilidade social na relação sexual com consentimento do adolescente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela absolvição do acusado com vinte anos, em razão do desenvolvimento físico, emocional e sexual da suposta vítima.

No caso em que se aplicou o presente princípio, calcado na autodeterminação sexual da adolescente, qual será melhor analisada na seção seguinte, a Corte Rio Grandense verificou que a vítima quis e buscou manter relações sexuais com o acusado, tendo, inclusive, procurado-o por diversas vezes para manterem as relações.

Ainda segundo o Tribunal, a prova exurgida dos autos evidenciou o arrependimento da vítima em ter procurado o réu, uma vez que não sabia que seria responsabilizado por crime de tamanha gravidade. No mais, observou-se que o caso apenas veio à tona pelo descontentamento da genitora da vítima, em saber que sua filha teria iniciado a vida sexual.

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 12 ANOS DE IDADE E ACUSADO COM 20 ANOS. VULNERABILIDADE NÃO EVIDENCIADA. HIPÓTESE DE MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 1. Conquanto a redação do artigo 217-A, caput, do Código Penal seja clara ao estabelecer que a prática de conjunção carnal com menor de 14 anos tipifica o delito de estupro de vulnerável, a realidade social e as condições pessoais dos envolvidos, em determinados casos, permitem a relativização da presunção de vulnerabilidade da menor, de molde a afastar a tipicidade do fato. **2. Hipótese em que o acusado e a suposta vítima, que tinham pouca diferença de idade, pois ela contava com doze anos e ele com vinte, mantiveram relacionamento amoroso, com o consentimento**

da mãe da ofendida, e que resultou em união estável por alguns meses, não havendo falar violência, ainda que presumida, diante do evidente desenvolvimento físico, emocional e sexual da adolescente, que livremente anuiu com o relacionamento amoroso-sexual. Inclusive após o término deste, quando contava com 14 anos de idade, a adolescente já tinha um filho de outro companheiro. APELAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70069540292, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 20/07/2016). (RIO GRANDE DO SUL, 2016, grifo nosso).

Logo, para se imputar o crime de estupro de vulnerável a partir de sua tipicidade material, deve-se observar aspectos como a idade média da primeira relação sexual da população, tal como a idiosincrasia sexual dos adolescentes no contexto onde está inserida à vítima. Igualmente, necessário se faz analisar se houve consentimento da vítima, afeto entre os parceiros, permissão da família, tal qual o eventual nascimento de filhos. (FARIAS, 2014).

Por via de consequência, só se pode concluir pela inocorrência do estupro de vulnerável bilateral quando observado pela ótica da adequação social, haja vista os permissivos legislativos, bem como por relações análogas em que demonstrou o julgado acima colacionado.

4.3 DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

É visto que a legislação penal brasileira enfrenta dificuldade em aceitar a sexualidade juvenil, uma vez que tal criminalização decorre de um período histórico no qual se penaliza a sexualidade, fazendo via de obstáculo por meio de concepções morais ainda prevalecentes. Em que pese a proibição legislativa vise proteger o desenvolvimento sexual das crianças e adolescentes, o exercício da sexualidade por estes indivíduos nem sempre estará viciado por abuso ou violência. (FARIAS, 2014).

Sabe-se que cada indivíduo possui capacidade em optar pela orientação sexual que mais se adequar, tal como se relacionar com quem escolher, tendo em vista que a autonomia sexual está inserida na intimidade e vida privada. A configuração da autodeterminação sexual advém de sistemas normativos principiológicos, sendo que tal postulado apenas se efetivará dentro de possibilidades jurídicas e fáticas. (SEGER; STEINMETZ, 2015).

Arrematando no mesmo sentido, Leques (2016, p. 1) ressalta a onerosidade da liberdade sexual com o poder de autodeterminação sexual, ao discorrer que:

Portanto, a liberdade sexual é uma das expressões mais caras da dignidade da pessoa humana [...] é a feição máxima do que aqui se denomina dignidade sexual, direito inerente à pessoa humana e tutelado pelo sistema de direitos fundamentais existentes. Desta maneira, é completamente desarrazoada e sem legitimidade alguma qualquer intervenção penal cujo objetivo seja exclusivamente moral no âmbito da sexualidade humana.

A similitude de princípios opostos seria a solução para a problemática do estupro de vulnerável, incluindo, nesse sentido, as relações sexuais entre adolescentes da mesma idade. Isso porque, a aproximação da autonomia sexual com o melhor interesse da criança, resultaria na punição severa de atos sexuais praticados contra os infantes, permanecendo a presunção absoluta em relação a estes, ao tempo que, ao estabelecer a idade do início da adolescência, para se aferir a capacidade de consentimento, possibilitaria analisar caso a caso, as condições do adolescente em exercer conscientemente a autonomia sexual. (SEGER; STEINMETZ, 2015).

A diferença contrastada afigura-se em permitir avaliar a visão do adolescente, sua capacidade de consentimento, a partir da estabilidade entre os princípios da autonomia sexual e do melhor interesse, respeitando, para isso, a proporcionalidade, que ensejará o diálogo entre os princípios. (SEGER; STEINMETZ, 2015).

Nesse diapasão, é passível concluir pela manutenção do caráter da presunção absoluta das crianças, com a classificação advinda do ECA, de sorte que, em relação aos adolescentes, tomando como base a mesma classificação inserta no Estatuto, se faz premente analisar o caso concreto, pois, decorrente dele se poderá analisar a capacidade de autodeterminação, ao avaliar o meio com o qual o adolescente está inserido, sua postura no meio social, consentimento da família, dentre outras.

Com efeito, a partir dessa análise de normas principiológicas, importante avaliar a idade com o qual se inicia a vida sexual. A esse respeito, Farias (2014, p.1), valendo-se da pesquisa realizada pela UNESCO e Ministério da Saúde no ano de 2004, expõe a idade com a qual parte da juventude iniciou suas relações sexuais:

O estudo abrange diversos aspectos da vida sexual dos jovens, incluindo-se a iniciação sexual. Os dados obtidos na pesquisa revelaram a queda na idade da primeira relação sexual na população brasileira. A idade média da primeira relação sexual é significativamente mais baixa entre os alunos do sexo masculino do que entre as estudantes do sexo feminino. Os dados obtidos na pesquisa indicam que mais da metade dos jovens do sexo masculino iniciaram-se sexualmente na faixa entre 10 e 14 anos – em Manaus, cerca de 70% dos entrevistados; em Salvador, 68%; e em Belém, 66%. A proporção das jovens do sexo feminino que se iniciaram na mesma faixa etária é menor, embora ainda expressiva – em Porto Alegre, cerca de 39%; em Manaus, 36%;

e em São Paulo, 34%.No Distrito Federal, 61,6% dos indivíduos do sexo masculino e 21,9% do sexo feminino praticaram sua primeira relação sexual com menos de 14 anos, ou seja, 43,1% da população do Distrito Federal teve sua primeira relação com menos de 14 anos.

Verifica-se que a sexualidade precoce exsurge da crise familiar, da liberdade dada aos jovens, bem como da cultura de sexualização enfrentada nesses tempos. Ademais, percebe-se que parte relevante da população brasileira incide na proibição do tipo “estupro de vulnerável”, crime agregado aos que possuem hediondez. (FARIAS, 2014).

A fim de se analisar a validade de consentimento que culminará na capacidade de autodeterminação, imperioso explicar os atos que o validam. O primeiro deles se constitui na capacidade discernimento, ou seja, separar as informações que se apresentam no seu contexto, sabendo diferenciá-las. Sabe-se que o discernimento é o meio pelo qual se chega à autonomia, vez que sujeito autônomo é o que possui capacidade de direcionar a sua vida com consciência e vontade. (MARTINELLI, 2011).

Ultrapassado o conceito de autonomia decorrente do consentimento, mostra-se indispensável atender os requisitos para um consentimento válido, quais sejam: i) autonomia para dispor do bem jurídico; ii) visualização de quais consequências o ato cometido pode manifestar; iii) a capacidade para dispor do bem jurídico. Dos requisitos insertos, verifica-se que autonomia e capacidade de dispor do bem jurídico estão intimamente ligados, posto que a possibilidade de dispor não irá comprometer a pratica da autonomia. (MARTINELLI, 2011).

Dito isso, o que se pode concluir da aludida conceituação é que, para se ter autonomia sexual, é imperiosa a presença de maturidade para separar informações, inclusive a capacidade de analisar os atos sexuais para o fim de consenti-los ou refutá-los. Noutra norte, como bem evidenciou o conceito, deve o adolescente ser capaz de visualizar as consequências negativas que podem advir do ato e mesmo assim, neles persistir.

Por fim, observa-se a capacidade de dispor do bem jurídico, ou seja, aliado a autonomia, resultará na capacidade de dispor do próprio corpo, sem que isso seja tomado por fraude, simulação ou qualquer outra forma que sucumbir a percepção da realidade.

Percebe-se, também, que, em se tratando de criança, deve ser mantida a presunção de vulnerabilidade em caráter absoluto. O mesmo não deve acontecer

aos adolescentes, aqueles conceituados no art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, havendo notícias que, por influência do meio social, as relações sexuais têm se iniciado mais cedo, vislumbra-se a capacidade de consentimento destes adolescentes para a prática sexual, principalmente quando possuem a mesma idade, haja vista que estão ingressando na descoberta sexual. (NUCCI, 2014).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao analisar caso em que se imputava ao Réu o delito de estupro de vulnerável, concluiu pela capacidade de consentimento da vítima para o fim de absolver o Réu.

No caso submetido à apreciação judicial, a conclusão do consentimento se deu pelo fato do namoro ter perdurado por sete meses, de forma pública. No período, ficou evidente, segundo o voto exarado, que mantiveram diversas relações sexuais, tendo o namoro findado apenas pela reprovação da família, que desgostava do fato de o Réu possuir histórico criminal.

Logo, o acusado restou absolvido em razão da conduta consentida e voluntária para manter relações sexuais, visto que, embora o a inovação trazida pela Lei n. 12.015/09 a conduta prevista no art. 217-A, do CP, deve ser analisada casos a caso, sob pena de responsabilização objetiva.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 13 anos de idade) e o denunciado (com 23 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período - cerca de sete meses. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no artigo 217-A do Código Penal. No entanto, a vulnerabilidade da ofendida não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário - o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva -, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. **Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações sexuais ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva, revestida de peculiaridades que permitem a relativização de sua vulnerabilidade. Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do acusado com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.** APELAÇÃO DESPROVIDA. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70065693558, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 20/04/2016), (RIO GRANDE DO SUL, 2016, grifo nosso).

Portanto, deve-se aferir a maturidade e capacidade de consentimento, dentre outros requisitos apresentados, a fim de relativizar tal conduta, isso para que não ocorra a responsabilização de dois adolescentes simultaneamente, por um ato mutuamente consentido, enquanto expressão máxima da descoberta sexual.

4.4 A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA OU “ROMEO AND JULIET LAW”

Por vezes, é atribuído aos adolescentes atos infracionais da natureza do estupro de vulnerável, fazendo com que seja vitimizada a criança ou o outro adolescente da relação. No entanto, sabe-se que, ocasionalmente, vítima e acusado estão próximos ou na mesma fase de desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Dessa forma, quando da apuração desses fatos, cabe às instituições judiciais e ao seu corpo disciplinar, maior sensibilidade na condução processual. (COLVARA, 2014).

Nos Estados Unidos, a título de exemplo, ocorre a criminalização do sexo consensual entre adolescentes com menos de dezoito anos, principalmente se a prática for homossexual. A lei brasileira, como vem sendo debatida, pune a relação sexual seja consensual, seja com violência, quando praticado conjunção carnal ou atos libidinosos diversos com menores de quatorze anos. A solução americana para a problemática, foi a edição da *Romeo and Juliet Law*. (SARAIVA, 2009).

A exceção mencionada foi aplicada quando a Suprema Corte do Estado da Geórgia liberou o acusado Garnalow Wilson, de apenas dezessete anos, após praticar atos libidinosos com uma garota de quinze anos, que havia sido preso em razão da proibição de práticas sexuais por adolescentes. A suprema Corte, observando a desmedida criminalização, liberou Wilson absolvendo-o da conduta, em tese, infracional. (SARAIVA, 2009).

A norma norte-americana em comento surgiu em 2007, entrando em vigor em Connecticut, Flórida, Texas e Indiana. Seu objetivo, como se pode perceber, é combater as duras sanções infligidas para o fim de mudar a realidade de adolescentes que se relacionam entre si, ou até mesmo adultos que tenham relações de intimidade com adolescentes. Isso em razão de que a normativa não pune as relações sexuais consensuais, quando realizadas por casal que tenha diferença de idade de até cinco anos. (COLVARA, 2014).

A terminologia da exceção foi baseada na obra de William Shakespeare, haja vista que Julieta possuía apenas treze anos de idade, quando intentou relacionamento com Romeu, enquanto ele contava com dezesseis anos de idade, podendo, se contemporâneo ao hodierno cenário brasileiro, ser levado à Vara da Infância de Juventude, onde seria processado. (SARAIVA, 2009).

Verifica-se que a aplicação da exceção no ordenamento pátrio é importante para solucionar a questão do estupro de vulnerável bilateral, tendo em vista que afasta aquela punição meramente moral, que por via de consequência acaba por objurgar a autodeterminação, como já debatido. A teoria decorrente da legislação alienígena é plenamente aplicável em nosso ordenamento jurídico, como demonstram precedentes de Tribunais brasileiros, visivelmente influenciados por ela.

A guisa de exemplo, pode-se registrar o caso em que a Corte Catarinense, ao julgar um processo envolvendo relação sexual consensual entre primos, restou por relativizar a conduta e, para isso, utilizou-se da exceção debatida, ao argumento de que a relação trataria da descoberta sexual dos adolescentes que haviam iniciado o relacionamento, enquanto menores de quatorze anos.

No caso analisado, os adolescentes possuíam treze e quinze anos, respectivamente, tendo iniciado o relacionamento sexual, antes mesmo que o suposto infrator tivesse completado quatorze anos. O julgamento restou por absolver o adolescente, considerando se tratar de descoberta sexual:

[...] 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. [...]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 [...]. (SANTA CATARINA, 2011, grifo nosso).

Assim também seguiu o Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, ao aplicar a exceção de Romeu e Julieta quando o acusado e vítima, que ao tempo do relacionamento amoroso contavam com diferença de idade inferior a cinco anos, conforme trecho da descrição do Acórdão:

[...] A propósito, na aplicação da chamada “Romeo and Juliet Law”, a Suprema Corte do Estado da Geórgia liberou da prisão Garnalow Wilson,

que estava preso pela prática de sexo oral com uma menina de 15 anos, mesmo a legislação do Estado criminalizando a conduta de práticas sexuais consentidas entre adolescentes. **Em sendo assim, demonstrada uma relação de namoro estável entre uma adolescente com quase quatorze anos com um pós-adolescente, não maculada por exploração econômica ou pelo abuso de pátrio poder, a absolvição é medida que se impõe, pois inviável exigir-se comportamento diverso do agente diante da modificação, de forma assustadoramente vertiginosa, dos costumes, operada nas últimas décadas acerca do tema.** (RIO GRANDE DO SUL, 2013, grifo nosso).

Os arestos em questão permitem ver o que vem reforçado por Cabette (2016), quando afirma que a solução encontrada na jurisprudência alienígena pode servir à problemática criada pelo novo tipo penal, quando aplicado nos casos de estupro de vulnerável bilateral ou até mesmo solucionar as situações em que adultos tenham se relacionado com adolescentes de forma consensual.

Não se pode, a toda evidência, fechar os olhos para os casos de pedofilia e abuso, devendo-se avaliar, em cada caso, a capacidade de consentimento da suposta vítima, sob pena de incidir em responsabilização objetiva, ao afastar a adequabilidade social do tipo de relação apresentada, para não suprimir a autodeterminação sexual.

No mais, em que pese se tenha defendido a manutenção da presunção absoluta em relação às crianças. Percebendo-se que esta, por alguma circunstância que não seja de responsabilidade do adolescente envolvido na relação, tenha se envolvido em relações sexuais com tão pouca idade, pertinente, à luz do que fora exposto, a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta.

Isso para o fim de responsabilizar quem tinha ou deveria ter o dever de cuidado, tirando da seara infracional o adolescente que praticou a conduta definida como crime. Ao tempo que, a conduta prematura da criança e adolescente, deve ser solucionada em outros ramos do direito, auxiliado por corpo disciplinar variado, encontrado em outras ciências.

5 CONCLUSÃO

Até o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se que a vulnerabilidade das crianças e adolescentes teve diversas facetas, dentre elas a cunhada pelo Código Imperial de 1930, que inaugurou a inimputabilidade penal dos menores de quatorze anos, onde se analisava, caso a caso, a capacidade de discernimento das crianças, que, se levada a efeito, poderia encaminhá-las para as casas de correção, até os dezessete anos de idade.

O Código Republicano dos Estados Unidos do Brasil também tratou a inimputabilidade penal. Entretanto, aos menores de nove anos de idade, considerando a capacidade relativa de discernimento dos nove aos quatorze anos, sancionando as crianças infratoras até os dezessete anos de idade, com 2/3 das penas dos adultos.

Viu-se, ainda, que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, além dos diversos direitos e proteções inseridas às crianças e adolescentes, também se firmou a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos. No entanto, a imputabilidade estabelecida não significou a completa isenção aos adolescentes, haja vista que podem sofrer sanções, quando da prática de condutas análogas a crimes, que vão desde advertência até medidas mais severas, como a internação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também se perfectibilizou em um importante instrumento de proteção das crianças e adolescentes. O Estatuto, além de regularizar a situação infracional dos adolescentes, também foi importante para delinear e conceituar o critério biológico, para a passagem da infância para adolescência.

Após realizada análise da situação da criança e do adolescente no período histórico apresentado, tal como os direitos advindos na Constituição Cidadã e demais legislações, viu-se como necessário, para a esmerada compreensão do tema, o estudo do tipo penal “estupro de vulnerável”, inserido e modificado no contexto penal com a publicação da Lei 12.015/09, que além da introdução do crime em comento, fez grandes reformas no capítulo intitulado de Crimes Contra os Costumes para o de Crimes Contra a Dignidade Sexual, adequando a terminologia e se aproximando mais das condutas que se busca coibir.

Com base nisso, pode-se visualizar que o estupro de vulnerável vem tipificado ao teor do art. 217, *caput*, do Código Penal, e criminaliza as conjunções carniais ou atos libidinosos diversos com crianças e adolescentes com idade inferior

aos quatorze anos de idade. Tal delito, admite a tentativa e está inserido no rol de crimes hediondos, possuindo condições de cumprimento de pena mais severas, quando praticado.

Fez-se a abordagem, ainda, das qualificadoras do crime, que tem o condão de elevar a pena em abstrato quando causarem morte da vítima ou lesões de natureza grave. No mesmo contexto de exasperação da pena, explanou-se as causas de aumento de pena, consistentes no concurso de pessoas ou quando o agressor possuir relações familiares ou de responsabilidade sobre a vítima.

Constatado que se trata de crime de extrema gravidade, e como tal recebe severo tratamento pelo Direito Penal, ainda no segundo capítulo, discorreu-se acerca da vitimização secundária, intimamente ligada ao delito em comendo, caracterizando-se como ocorrência importante a ser combatida, haja vista que trata da prevenção na retomada dos fatos pela vítima, em um ambiente prejudicial como delegacias e o próprio tribunal, caso não se tenha acompanhamento multidisciplinar para garantir sua integridade psicológica.

Com o fim de criar suporte para a discussão quanto à presunção de vulnerabilidade da vítima, em razão dos atos sexuais consentidos e sem agressão, tratou-se da responsabilidade penal objetiva, constatando-se sua vedação em nosso ordenamento jurídico, fomentando a tese da vulnerabilidade relativa, quando da apreciação do delito de estupro de vulnerável, na qual se defende a análise do juízo, caso a caso, para que se possa conhecer a agressão.

Com base no que restou demonstrado, cuidou-se de abordar a divergência doutrinária e jurisprudencial no tocante à aplicação da presunção de vulnerabilidade, se absoluta ou relativa, do que se pode concluir que, embora o entendimento dos tribunais tenha se inclinado à presunção absoluta, a melhor teoria a ser aplicada, do ponto de vista jurídico, é a relativa, quando da prática sexual consensual entre adolescentes, ou adolescentes com adultos, a partir da ótica da realidade do país, tal como da vedação, pelo nosso ordenamento jurídico, da responsabilidade penal objetiva.

Feitas essas explanações, passou-se a exemplificar a problemática trazida pela Lei n. 12.015/09, que culminou na necessidade do presente estudo. A partir disso, viu-se que o legislador não foi capaz de prever o fenômeno do denominado estupro de vulnerável bilateral, ocorrido quando da prática sexual consensual entre adolescentes com doze a quatorze anos incompletos, isso porque, ao tempo que iriam

figurar como vítimas do delito, também estariam na posição de agressores, tendo em vista a objetividade fática taxada pelo legislador e aplicada pelos tribunais.

Logo, a fim de resolver a problemática, estudou-se a autodeterminação sexual dos adolescentes, concluindo-se que, cada vez mais cedo, inicia-se a vida sexual. Percebeu-se ainda, que a aferição da capacidade de consentimento não é totalmente desregrada, pois depende de diversos requisitos, como a análise do contexto social no qual o adolescente está inserido, a realidade da comunidade em que vive, seu desenvolvimento físico, permissão e incentivo da família quanto ao relacionamento contraído. Com isso, reforça-se a ideia de vulnerabilidade relativa, a fim de se perquirir tais circunstâncias e a validade do consentimento.

Para o fim de não responsabilizar o adolescente pelo ato infracional apresentado, apontou-se que a possível solução pode ser encontrada na aplicação no princípio da adequação social e teoria da "*Romeo and Juliet Law*", importada do Direito Americano.

Nesse diapasão, o princípio da adequação social obteve respaldo na autodeterminação sexual, bem como na leitura sistemática de normas jurídicas relacionadas à prática sexual. Isso porque, a título de exemplo, a Lei do SINASE permite a visita íntima entre adolescentes, ou destes com adultos, quando internados em órgãos estatais, tendo em vista que, desde cedo, constituem família. Evidenciou-se ainda, a divergência etária do delito em comento com aquela fixada no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que é invocado por alguns tribunais para relativizar a conduta.

Em relação ao princípio estudado, pode se aferir que nossa legislação não só permite a relação sexual com adolescentes, como também dá os meios para que possa ocorrer, ao tempo que, em muitas comunidades os pais toda a comunidade em que inseridos, são cientes da conduta praticada por seus filhos e outros adolescentes do local, sem que a considerem crime.

À vista disso, obteve-se como solução sua aplicação quando da ocorrência da figura equivalente ao estupro de vulnerável bilateral, uma vez que, pela adequabilidade social da conduta, amparada na nossa legislação e no contexto social, não existiria ato infracional, estando a ação afetada pela atipicidade material, no caso de processamento do adolescente. Portanto, recomenda-se sua aplicação quando da confluência dos requisitos do aludido princípio, ao caso concreto.

A segunda solução, que, de certa forma, também possui ligação com a adequação social, foi encontrada no direito comparado e aplicada, em certa medida, por tribunais pátrios. Tal alternativa consiste na chamada Lei Romeu e Julieta ou *Romeo and Juliet Law* (assim denominada em alusão ao célebre jovem casal que protagoniza o romance da obra de William Shakespeare) que consiste na permissão de relação sexuais entre adolescentes e crianças, entre adolescentes, bem como entre adolescentes e adultos, desde que de forma consensual, quando a diferença de idade entre eles seja inferior a cinco anos.

Justamente porque, na obra de Shakespeare, Romeu possuía dezesseis anos de idade, ao tempo que Julieta contava com apenas treze anos de idade. Logo, trazida tal relação aos dias atuais, o jovem poderia ser levado a uma Vara da Infância e Juventude, sendo processado pelo ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável. A aplicação da tese nos tribunais americanos buscou descriminalizar a conduta meramente moral advinda de tal relação, pois lá também estaria configurado, ao menos em tese, o crime de estupro.

Com isso, embora deva ser tratado com gravidade a situação em que uma criança está envolvida em relações sexuais, a *Romeo and Juliet Law* pode ser aplicada nas relações entre adolescentes e crianças (quando, por exemplo, tenham respectivamente 12 e 11 anos de idade), desde que fique demonstrado a validade de consentimento da criança, advinda de outras situações, tais como a prostituição.

Por outro lado, se tal relação se der com um adulto, não se verifica a incidência da adequabilidade social da conduta, haja vista que ausente os requisitos para sua aplicação, principalmente vista nas campanhas contra a prostituição infantil, amplamente divulgadas pela mídia. A Exceção de Romeu e Julieta, também não possui vez em tal situação, uma vez que o limite de idade entre os sujeitos do crime, não permitiria a aplicação do instituto.

Pela solução apresentada, pode-se concluir pela atipicidade material da conjunção carnal ou atos libidinosos diversos entre adolescentes, quando consentidos, pois tal conduta é respaldada pela adequabilidade social, tornando a conduta materialmente atípica, observando, por óbvio, os requisitos da validade de consentimento, que poderá ser avaliado a partir da relativização do crime de estupro de vulnerável.

REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52-66.
- AMISY NETO, Abrão. Estupro, estupro de vulnerável e ação penal. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 14, n. 2248, 27 ago 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13404>>. Acesso em: 18 set. 2016.
- AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, p.1, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414>. Acesso em: 11 maio 2016.
- BARROS, Francisco Dirceu. A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais. **Jus Navigandi**. Teresina. ano 15, n. 2605, 19 ago 2010. Disponível em: <https://www.google.com/url?q=http://jus.com.br/artigos/17215/a-natureza-juridica-da-vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais&sa=U&ei=dg5jU_HkMor9oAShklGYBg&ved=0CAgQFjABOBQ&client=internal-uds-cse&usq=AFQjCNHA2kWy_glr5SjR5k_wL6SoToygtg>. Acesso em: 19 set. 2016.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, 4 v.
- BITENCOURT, Luciane Potter. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar**. 2007. 42 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4999/1/396637.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- _____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Exposição de Motivos.** Brasília, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 13 de setembro de 2004.** Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88664. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 23 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5687240&num_registro=200701876874&data=20090908&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.214.407. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 28 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21076757/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1214407-sc-2010-0169901-0-stj/inteiro-teor-21076758>>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1585111. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201600605738&dt_publicacao=30/06/2016>. Acesso em 13 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101456. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3791679>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BUONICORE, Bruno Tadeu Palmieri. **O Fundamento Onto-Antropológico da Culpa**: Contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. 2014. 36 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4964/1/461570.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. **O Estupro de Vulnerável e os atos libidinosos sem violência entre menores**: Uma solução encontrável no Direito Comparado. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/164268648/o-estupro-de-vulneravel-e-os-atos-libidinosos-sem-violencia-entre-menores-uma-solucao-encontravel-no-direito-comparado>>. Acesso: 5 out. 2016.

CANTINI, Adriana Hartemink. **A proteção dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/download/761/520>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. **Vitimização e processo penal**. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13746-13747-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016.

COLVARA, Gabriel. **A exceção de Romeu e Julieta**: Uma análise sobre a compatibilidade do instituto norte americano com o ordenamento jurídico nacional. 2014. 61 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/122309/TCC - Gabriel Colvara pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 5 out. 2016.

CONSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Marli Moraes da; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência Doméstica**: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

_____; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente para Concurso de Juiz do Trabalho**. São Paulo: Edipro, 2011.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 3 v.

FARIAS, Vanessa de Souza. Estupro de vulnerável e direito à autodeterminação sexual do menor. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 4007, 21 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29641>>. Acesso em: 27 set. 2016.

FILÓ, Mauro da Cunha Savino. **O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de "estupro de vulnerável"**. 2012. 106 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/teses/dir5.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

FULLER, Paulo; DEZEM, Guilherme; NUNES JÚNIOR, Flávio. **Difusos e Coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os direitos fundamentais e sua efetividade na história constitucional brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6972&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 15 fev. 2016.

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

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do artigo 217-A, caput, do Código Penal**. 2011. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Distrito Federal, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032321.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. 8. ed. rev. e ref. Salvador: Juspodim, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Responsabilidade penal objetiva e a presunção de violência. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p.205-210, mar. 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_205.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 13. Ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito penal parte especial: dos crimes contra a propriedade material a dos crimes contra a paz pública**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 3 v.

LEQUES, Rossana Brum. **A autodeterminação como limite para a criminalização no Direito Penal Sexual**. 2016. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/a-autodeterminacao-como-limite-para-a-criminalizacao-no-direito-penal-sexual/>>. Acesso em: 3 out. 2016.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Mamãe África, Cheguei ao Brasil**: Os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial. Florianópolis: UFSC Editora, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARACAJÁ, Luciano de Almeida. Princípio da culpabilidade penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24939>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. **Síntese**, Porto Alegre, v. 1, n. 68, p.6-25, jul. 2011. Disponível em: <[http://bdjur.tjdf.t.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/8913/Moralidade,vulnerabilidade e dignidade sexual.pdf?sequence=1](http://bdjur.tjdf.t.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/8913/Moralidade,vulnerabilidade%20e%20dignidade%20sexual.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 3 out. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado** – parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, 1 v.

MATIAS, Ailla Cristina de Carvalho. **Medidas Socioeducativas**. 2012. 57 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <[http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4061/1/Ailla Cristina de Carvalho Matias RA 20826735.pdf](http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4061/1/Ailla%20Cristina%20de%20Carvalho%20Matias%20RA%2020826735.pdf)>. Acesso em: 13 maio 2016.

MOTA, Indaiá Lima. **Breves linhas sobre vitimologia, redescobrimto da vítima e suas várias faces**: algumas questões relevantes. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/161/154>>. Acesso em: 15 set. 2016.

MORAES, Bianca Mota; RAMOS, Helena Vieira. Apuração do Ato Infracional (Arts. 171 A 190 do ECA). In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2710-2807.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gisele Graciano. **Estupro de vulneráveis**: condições de ocorrência e suas consequências à luz dos aspectos legais. 2014. 89 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Economia Doméstica, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2014. Disponível em: <<http://locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/6529/texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 13 set. 2016.

PARREIRA, Aluana Carolina Fernandes. **Aspectos da Doutrina da Proteção Integral na Responsabilização do Jovem em Conflito com a Lei: Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa**. 2009. 66 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/115/3/20506849.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente: Uma proposta Interdisciplinar**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 10.ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Parte Especial: arts. 121 a 249**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 2 v.

RIO GRANDE DO SUL. **Juizado da Infância e da Juventude**. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas Tjrs, n. 17, 2009. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-17.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 70056571656. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, RS, 18 dez. 2013. **Diário da Justiça**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113531190/apelacao-crime-acr-70056571656-rs>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70056763576. Relator: Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremia Kubiak. Porto Alegre, RS, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056763576&num_processo=70056763576&codEmenta=5610069+APELAÇÃO+CRIME.+ESTUPRO.+SENTENÇA+ABSOLUTÓRIA+MANTIDA+POR+SEUS+PRÓPRIOS+FUNDAMENTOS.+AUSÊNCIA+DE+PROVA+DA+MATERIALIDADE.+INTERPRETAÇÃO+DA+LEI+EM+CONSONÂNCIA+COM+A+ATUAL+CONJUNTURA+DA+SOCIEDADE.+INCONTROVERSO+NOS+AUTOS+A+OCORRÊNCIA+DA+CONJUNÇÃO+CARNAL+ENTRE+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70056763576&comarca=Comarca+de+São+Francisco+de+Assis&dtJulg=19/12/2013&relator=Vanderlei+Teresinha+Tremeia+Kubiak&aba=juris>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70065693558. Relator: Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, RS, 20 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065693558&num_processo=70065693558&codEmenta=6732291+APELAÇÃO+CRIME.+ESTUPRO+DE+VULNERÁVEL.+VÍTIMA+COM+12+ANOS+DE+IDADE+E+ACUSADO+COM+20+ANOS>.

+VULNERABILIDADE++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065693558&comarca=Comarca de Caxias do Sul&dtJulg=20/04/2016&relator=Naele Ochoa Piazzeta&aba=juris>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70069540292. Relator: Desembargadora Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre, RS, 20 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone_tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069540292&num_processo=70069540292&codEmenta=6865394+APELAÇÃO+CRIME.+ESTUPRO+DE+VULNERÁVEL.+VÍTIMA+COM+12+ANOS+DE+IDADE+E+ACUSADO+COM+20+ANOS.+VULNERABILIDADE++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069540292&comarca=Comarca de Gravataí&dtJulg=20/07/2016&relator=Cristina Pereira Gonzales&aba=juris>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70056999725. Relator: Desembargador Francesco Conti. Porto Alegre, 22 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=presun%C3%A7%C3%A3o+estupro+vulner%C3%A1vel+responsabilidade+penal+objetiva&idtopico=T10000359>>. Acesso em: 13 out. 2016.

RODRIGUES, Júlia de Arruda et al. O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 14, n. 2338, 25 nov. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13908>>. Acesso em: 27 set. 2016.

ROQUE, Eliana Mendes de Souza Teixeira et al. Sistemas de justiça e a vitimização secundária de crianças e ou adolescentes acometidas de violência sexual intrafamiliar. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 23, n. 3, p.801-813, set. 2014. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902014000300006>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n3/0104-1290-sausoc-23-3-0801.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução Crítica ao Ato Infracional**: Princípios e Garantias Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo de limite. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009. 20 p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação nº 20110983973. Relator: Ricardo Roesler. Florianópolis, SC, 18 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23815083/apelacao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apl-20110983973-sc-2011098397-3-acordao-tjsc/inteiro-teor-23815084>>. Acesso em: 15 out. 2016.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional**: Garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARAIVA, João Batista Costa. **O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”**. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. Boletim IBCCrim. n. 205, dez., p. 12-13, 2009.

SEGER, Juliano dos Santos; STEINMETZ, Wilson. **Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança**: a relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/661/448>>. Acesso em: 5 out. 2016.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. A prioridade absoluta ao direito da criança e a discricionariedade administrativa: Duelo entre princípios. In: CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginal de Souza (Coord.). **Estado, política e direito: políticas públicas e direitos sociais**. Criciúma: ed. Unesc, 2011, 3 v. p. 207-226.

SOUZA, Anderson Dias de. Direito Penal: responsabilidade objetiva e teoria da imputação objetiva do resultado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 42, jun 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1811>. Acesso em: 15 set. 2016.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma: UNESC, 2010.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

VILAS-BOAS, Renata Malta. A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, p. 1 nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 3 jun. 2016.