

## **CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE EM FACE DA BASE PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Artur Vieira Herbas<sup>14</sup>

### **RESUMO**

A questão da valoração da vontade do adolescente no sistema jurídico pátrio é um tema controverso, especialmente no âmbito penal. Após a tipificação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), o legislador brasileiro eliminou por completo a validade do consentimento do menor de 14 anos quando pratica ato libidinoso com outrem, visão hoje reforçada na Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Mesmo com previsões legais expressas e posicionamentos unânimes dos Tribunais Superiores, o problema que o artigo procura enfrentar permeia se o retorno da validade de consentimento do ofendido menor de 14 anos trará maiores justiça na aplicação do art. 217-A. A hipótese é a possibilidade da retomada, no ordenamento jurídico da vulnerabilidade relativa, nos moldes do revogado art. 224 do Código Penal de forma a flexibilizar a aplicação do art. 217-A do CP. O objetivo geral é demonstrar que o consentimento do adolescente precisa ser levado em consideração em certos casos no âmbito do art. 217-A do CP. Nos objetivos específicos serão analisados a) diplomas normativos que valorizam a vontade do adolescente; b) a posição dos Tribunais Superiores após a Lei 12.015/09, no que concerne à “vulnerabilidade relativa” e c) estudo de princípios consagrados no ordenamento aplicados ao tema, como a proporcionalidade, adequação social, ofensividade e intervenção mínima, todos eles reforçados por posicionamentos (minoritários) da doutrina. A análise sobre a importância de se considerar o consentimento do adolescente para a prática de atos libidinosos é pautada no

---

<sup>14</sup> Analista de Ciências Jurídicas da Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Formado em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Pós-graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Professor de Direito Penal no Curso Mege LTDA. E-mail: herbas47@gmail.com.

método dedutivo, e o método de pesquisa quantitativa será aplicado aos dados estatísticos de pesquisas do IBGE com a finalidade de demonstrar a realidade dos jovens em todo o país, no que concerne à temática da iniciação sexual. Conclui-se, portanto, que a atual sistemática do crime do art. 217-A do Código Penal é errônea e não atenta para a realidade social brasileira, podendo culminar em inúmeras injustiças, razão pela qual se defende o reconhecimento da “vulnerabilidade relativa” no delito em análise.

**Palavras-chave:** Estupro de vulnerável. Consentimento do ofendido. Vulnerabilidade Relativa. Súmula 593 do STJ. Princípio da Adequação Social.

#### ABSTRACT

The matter of valuing the teenager’s free will in our homeland legal system is a controversial theme, especially in Criminal Law. After the typification of the felony “rape of vulnerable people” (article 217-A), the Brazilian legislator eliminated the validity of a minor’s (under 14 years old) consent when he does any libidinous act with others, what got reinforced on the Summary nº 593 of the “Superior Tribunal de Justiça” – STJ. Even with express legal manifest and unanimous precedents from the Superior Courts, the problem that this article seeks to face concerns the possibility of validating once again the consent expressed by teenagers under 14 years old, resulting in a more fair article 217-A. The hypothesis is the possibility of reintroducing the institute of the “relative vulnerability”, as it was written on the revoked article 244 of the Penal Code, to flexibilize the application of the article 217-A of the Criminal Code. The main objective is demonstrating that the teenager’s consent must be taken in consideration in certain cases regarding the Article 217-A. As specific objectives, there will be analysis on a) normative diplomas that value the adolescent’s will; b) precedents of the Supreme Courts after the Law nº 12.015/09 concerning “relative vulnerability” and c) the study of consecrated principles in the legal system, like social adequacy, proportionality, offensiveness and minimal intervention, all of them backed up by some (minority) doctrine positioning. The analysis about the importance of the minors consent is based on the deductive method, and the method of quantitative research will applied to statistical data of researches from IBGE seeking to enlighten the

reality that teenagers face all over the country, regarding sexual initiation. With that, the conclusion is that the actual systematic of the crime prescribed on the article 217-A of the Criminal Code is wrong and does not pay attention to Brazil's social reality, potentially creating various injustices, that is why, for this crime we analyze, we defend the recognition of "relative vulnerability".

**Keywords:** Rape of vulnerable people. Victim's consent. Relative Vulnerability. Summary nº 593 of STJ. Principle of social adequacy.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata com a necessidade de se valorar o consentimento do adolescente em certas situações envolvendo o crime de estupro de vulnerável, o que é uma tarefa difícil por constituir uma defesa indireta para autores de crimes contra a dignidade sexual. O diploma que criou o delito do art. 217-A, a Lei nº 12.015/2009, foi responsável por profundas mudanças nos então denominados "crimes contra os costumes", sendo as mais importantes a fusão dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo e, especialmente, a criação do novo crime do art. 217-A (objeto deste texto), que também é definido como hediondo.

A criação do aludido delito soma-se à revogação da previsão legislativa da "presunção de violência" ou "violência ficta", que figurava no art. 224 do Código Penal, evidenciado a intenção legislativa de criminalizar, com penas mais severas do que antes, a conduta de "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos", mesmo que com o pleno consentimento da vítima, contrariando considerável parcela da doutrina e jurisprudência que entendia pela possibilidade de desconstituição

do crime em determinados panoramas (BRASIL, 1940).

Como na redação legal do art. 217-A não há menção a termos como “violência” ou “grave ameaça”, o STJ passou a assegurar que o consentimento da vítima é irrelevante, através da Súmula 593, entendimento que acabou posteriormente tipificado no §5º do art. 217-A pela Lei 13.718/18, inexistindo, desde o surgimento do próprio crime em análise, dispositivo legislativo em que se “presuma” a violência do agente, uma vez revogado o art. 224 (que ensejava prova em contrário durante a instrução criminal, a depender do caso). É essa visão do STJ e do legislador, que implica na aplicação irrestrita do art. 217-A do CP, mesmo em casos que a vítima manifestou consentimento, o problema a ser enfrentado no texto a seguir.

Assim, o presente trabalho traz a hipótese de que a figura da “vulnerabilidade relativa”, antes prevista no art. 224 do CP, deve voltar a ser aplicada por ser capaz de gerar menos injustiças, ao, casuisticamente, dar valor à manifestação livre de consentimento do adolescente quando da prática de atos libidinosos com outrem. Quando se explicita o termo “adolescente”, o parâmetro é a Lei nº 8.069/1990 – ECA, que determina 12 (doze) anos de idade completos até os 14 (catorze) incompletos, pois acima disso não há o crime do art. 217-A. Para os jovens mais novos do que isso (crianças, no termo legal), a hipótese não se aplica.

Esse debate jurídico é especialmente relevante após a constatação de que, com o quadro normativo penal atual, com eco muito claro na jurisprudência pátria, ignora-se a condição e a vontade da vítima menor de 14 anos, quando esta pratica certos tipos de atos libidinosos, mesmo quando

evidente a maturidade da mesma, o afeto envolvido e a inexistência de violência, potencialmente em desacordo com a realidade social do país. Se faz importante, então, a necessidade de questionar a própria lei e as decisões de Tribunais Superiores que a amparam.

O objetivo geral do texto é comprovar que o consentimento do ofendido, em certos casos envolvendo o delito de estupro de vulnerável, deve ser levado em consideração. Busca-se analisar tal consentimento apenas na modalidade simples do crime em análise, e nos casos que envolvem adolescentes (maiores de 12 anos), uma vez que em tais casos é potencial a inexistência de lesividade aos bens jurídicos protegidos nos crimes sexuais, razão pela qual o Direito Penal não deveria ser aplicado.

É importante deixar claro que não serão analisados os demais casos de vulnerabilidade (que não envolvem adolescentes menores de 14 anos), também não sendo feitas considerações sobre as hipóteses de estupro qualificadas por violência, ameaça ou morte. Serão feitos paralelos com a legislação pertinente, que valoriza a vontade do adolescente (o que exclui as crianças da análise deste trabalho).

Com suporte no método dedutivo, ideal para a importância do tema desta pesquisa, já que parte de um crime em abstrato e de institutos jurídicos, como a vulnerabilidade para construir raciocínios, estudar-se-ão, por exemplo, dados estatísticos de pesquisas do IBGE acerca da iniciação sexual dos jovens, ajudando a demonstrar que a aplicação irrestrita do art. 217-A é prejudicial para a sociedade brasileira.

Desta forma, para falsear o entendimento de que o adolescente menor de 14 anos é absolutamente vulnerável em qualquer caso, como

buscou defender o legislador de 2009 e o de 2018 (este após a Súmula 593 do STJ), a análise crítica pautada na defesa da “vulnerabilidade relativa” desenvolver-se-á através de uma série de objetivos específicos, mencionados adiante.

O primeiro deles é a análise da posição dos Tribunais Superiores sobre a “vulnerabilidade relativa” após a Lei nº 12.015/09, e os problemas decorrentes. Após, um comparativo sobre como a vontade do adolescente é tratada em outros ramos do direito. E então, o último objetivo específico é uma análise de princípios que se relacionam ao tema, como a proporcionalidade, adequação social e ofensividade.

Assim, trabalhar-se-á para que se conclua se a posição atual de ignorar a vontade do adolescente menor de 14 anos é mesmo prejudicial e se realmente pode ser melhorada com a retomada da figura da “vulnerabilidade relativa”, o que torna possível a defesa da atipicidade material em determinados casos formalmente previstos como conduta típica do crime de estupro de vulnerável.

## **1 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO**

Relevante questão concernente ao crime do art. 217-A é a importância jurídica da manifestação de consentimento do menor de 14 anos para a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Até 2009, como resultado do desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, era possível desconstituir a chamada presunção de violência ou violência ficta em um crime de estupro ou atentado violento ao pudor, quando provado que a

vítima já tinha vida sexual ativa e desenvolvida, tendo consentido com as ações do agente, por exemplo<sup>15</sup>.

Infelizmente, a mudança legislativa acabou por fortalecer o entendimento de que sempre ocorre a prática de crimes de estupro quando se pratica ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do consentimento deste ou da gravidade da conduta, servindo a idade da vítima como o único critério determinante da necessidade de persecução penal ou não de determinada conduta. Assim, pune-se de forma indiscriminada, com pena mínima de oito anos de reclusão, quem pratica ato libidinoso *consentido* com adolescente de 13 anos, 11 meses e 29 dias, enquanto outro que realiza a mesma conduta com adolescente em seu aniversário de 14 anos nada pratica que seja penalmente relevante, o que é absurdo.

#### 1.1 ANÁLISE DA POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ANTES E DEPOIS DA LEI Nº 12.015/2009 E A FIGURA DA VULNERABILIDADE RELATIVA

O STF, desde antes do surgimento do estupro de vulnerável, entendia pela penalização irrestrita de agentes que tivessem relações sexuais com menores de 14 anos, reforçando tal entendimento após a modificação legislativa<sup>16</sup>. O STJ, que inicialmente entendia que a presunção de violência

---

15 Nesse sentido, TJ/BA, AP nº 15525-1/2003, Dje. 09.03.2010; TJ/RN, AP nº 14962 RN 2011.001496-2, Dje. 15.09.2011; TJ/DF, AP nº 0009673-72.2005.807.0001, Dje. 11.12.2008.

16 Vide HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/03/2010, 2ª Turma, DJE de 30/4/2010.

do antigo art. 224 do CP não era absoluta<sup>17</sup>, aplicando o que se chama de “vulnerabilidade relativa”, conforme é possível observar na Ementa abaixo

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. [...] 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 [...] (STJ, 2009, on-line).

No entanto, posteriormente o STJ passou a manifestar posicionamento igual ao do Supremo, principalmente após a edição da Lei 12.015/2009. No julgamento do Recurso Especial nº 1.480.881, do Piauí, realizado sobre o rito dos recursos repetitivos em agosto de 2015, sedimentou o seguinte posicionamento

Recurso especial. Processamento sob o rito do art. 543-c do CPC. Recurso representativo da controvérsia. Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos. Fato posterior à vigência da lei 12.015/09. Consentimento da vítima. Irrelevância. Adequação social. Rejeição. Proteção legal e constitucional da criança e do adolescente. Recurso especial provido (STJ, 2015, on-line).

---

17 Vide Resp: 542.324/BA 2003/0102136-5, Rel.: Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 09/12/2005, 6ª Turma, Dje 14/04/2008.

Conforme já mencionado na introdução, pacificando ainda mais o entendimento acima, a Corte Cidadã editou o verbete sumulado nº 593, em 2017, *in verbis*

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

Dado o atual quadro, a doutrina se tornou a entidade combatente das modificações trazidas pela Lei 12.015/2009 e apoiada pelos Tribunais Superiores, uma vez constatada a total desconsideração da vontade dos menores de 14 anos, na contramão do que vinham entendendo majoritariamente os juristas antes da edição da Lei.

Porém, combatendo essa dissidência e reforçando a tese da súmula 593 do STJ, o legislador, através da Lei nº 13.718/2018, novamente refutou a possibilidade de valoração do consentimento da vítima do crime de estupro de vulnerável, no novo §5º do art. 217-A. Assim, a maioria da doutrina hoje acaba concordando com o sólido posicionamento legal e jurisprudencial, fragilizando a posição que aqui defendemos.

Com os constantes reforços legais e jurisprudenciais acerca da irrelevância da vontade do adolescente menor de 14 anos, colocamos como hipótese deste trabalho o fato de que a análise da “vulnerabilidade relativa” seria a melhor maneira de lidar com a problemática do crime sexual em

questão, pois considera a manifestação de consentimento livre e desembaraçado pelo adolescente, favorecendo a não incidência penal a depender da situação, após análise do caso concreto.

Felizmente, mesmo após o fim da chamada presunção de violência do revogado art. 224 do CP, certos doutrinadores, pautados nos princípios do Direito Penal e na sistemática jurídica em geral, insistiram na manutenção de uma presunção *iuris tantum* para a temática, dessa vez envolvendo a “vulnerabilidade” prevista no art. 217-A do CP.

Alves e Pereira (2015, p. 246-247) destacam que, ainda que minoritariamente, tem se fortalecido a tese de que a vulnerabilidade é algo relativo e está passível de prova em contrário, por ir de encontro, por exemplo, ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, discussão que será feita adiante.

Oportuno citar também o entendimento de Nucci (2014, n.p) a respeito, opondo-se radicalmente às disposições legais sobre o tema e defendendo a vulnerabilidade relativa

É viável considerar que o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Martinelli (2012) também defende a relativização da vulnerabilidade sexual, destacando não ser necessária a redução da idade no crime de estupro de vulnerável para patamar menor, bastando afastar o crime nos casos em que há consentimento do ofendido maior de 12 anos, considerando-se que não há ofensa ao bem jurídico tutelado (questão debatida adiante), em consonância com a vontade manifestada pelo adolescente.

## 1.2 ANÁLISE DE DIPLOMAS NORMATIVOS QUE VALORIZAM A VONTADE DO ADOLESCENTE, EM CONTRASTE COM O ART. 217-A DO CP

A incoerência da figura da vulnerabilidade absoluta se faz presente quando se compara o art. 217-A do CP com o Código Civil, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e a Lei nº 12.594/2012, o que fortalece a tese da retomada da “vulnerabilidade relativa”, senão vejamos.

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se que o legislador coloca o jovem entre 12 e 18 anos como adolescente, valorizando a sua vontade de maneira diferenciada em relação às crianças, com faixa etária menor. Por exemplo, o art. 83 do ECA garante a liberdade do adolescente de viajar para fora da sua comarca sem autorização expressa ou a presença de seus pais ou responsáveis, enquanto para as crianças é necessária autorização judicial ou expressa dos pais, ou a companhia de um

parente próximo.<sup>18</sup>

O maior dos exemplos de como o ECA diferencia a figura do adolescente está na figura do ato infracional e das medidas socioeducativas. A partir dos 12 anos completos, o menor passa a ser responsabilizado pelos seus atos, cabendo inclusive a internação nos casos mais graves. Assim, Nucci (2014, item 5.1.1) aduz que, devido ao fato do adolescente já possuir responsabilidade, o mesmo não pode ser considerado um completo incapaz para manter relações sexuais, razão pela qual defende a figura da vulnerabilidade relativa. O conflito com o ECA chega a tal ponto que, pela lógica do art. 217-A e da rígida jurisprudência que o fortalece, dois adolescentes de 13 anos que praticam atos libidinosos entre si seriam reciprocamente autores e vítimas do mesmo ato infracional.

Na esfera cível, até o advento da Lei nº 13.811/2019, o art. 1.520 do Código Civil previa que excepcionalmente era possível a realização de casamento para jovens que não tenham atingido a idade núbil (16 anos), em casos de gravidez e para impedir persecução penal. Mesmo após a revogação da causa de extinção da punibilidade pelo casamento, com a Lei nº 11.106/2005, a doutrina continuava a defender a eficácia da previsão cível como causa de perdão tácito nos crimes sexuais sem violência contra menores de 14 anos, uma vez que a ação penal era privada,<sup>19</sup> o que acabou sedimentado com o surgimento da Lei n 12.015/2009, que colocou o estupro

---

18 O art. 83, §1, 'b' do ECA fala em companhia "de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco".

19 Nesse sentido, TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família.** – 3. Ed. - São Paulo: Método, 2008 (Série Direito Civil; v. 5), p. 58-59.

de vulnerável como crime de ação penal pública incondicionada, o que foi fortalecido pelo amparo jurisprudencial do STJ aqui já indicado, além da própria mudança da redação do art. 1.520 do CC/2002.

No entanto, a doutrina civilista ainda questiona a situação no panorama atual, sob o argumento de que a prevalência absoluta do Direito Penal sobre o Direito Civil, em tais casos, pode ser perigosa. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 274) apontam que o caso concreto pode trazer situação peculiar, como, por exemplo, um quadro de namoro sério envolvendo jovens já maduros psicologicamente, que se relacionaram por longa data, inclusive com o consentimento de seus pais, o que jamais justificaria a persecução penal. A figura da vulnerabilidade relativa, *in casu*, incidiria em homenagem também ao princípio cível da função social da família, dado o desejo mútuo dos jovens de constituir matrimônio.

O caráter etário como definidor do delito em caráter absoluto e intangível, como pretendeu o legislador, é tão esdrúxulo que enseja a ocorrência de ato infracional caso um adolescente, apenas um dia mais velho que sua namorada, tenha relações sexuais consentidas com esta no dia do próprio aniversário de 14 anos. Como se não fosse suficiente, além do consentimento da “vítima”, que é irrelevante dentro da sistemática imposta pela Lei, também pouco importa se a namorada detinha vasta experiência sexual, inclusive maior do que o “infrator”, ou se o próprio casal havia praticado outras centenas de atos libidinosos anteriormente, quando ambos eram menores de 14 anos. Embora muito menos invasivas que as penas de prisão, as medidas socioeducativas também afligem os adolescentes, principalmente em casos de internação, sendo completamente descabido

aplicá-las em um caso tão inadequado como o que acaba de ser exposto, em que não se vislumbra ofensa aos bens jurídicos que devem ser protegidos em delitos sexuais contra menores.

Três anos após a reformulação do crime em análise surgiu a Lei nº 12.594 de 2012, que interessa em seu art. 68, que dispõe que “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima”. Nucci (2014) coloca tal disposição legal como uma maneira de “promover a integração entre o adolescente internado e sua família” (item 5.1.1), reconhecendo-se a realidade brasileira e permitindo a prática de relações sexuais pelo menor infrator.

Admitindo-se a raríssima e polêmica hipótese de casamento de menores de 14 anos, válida até 2019 e aqui já explanada, além da possibilidade do adolescente constituir união estável, vez que o único requisito desta é “convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família”, conforme reza o art. 1723 do CC, temos dois possíveis casos de visitas íntimas envolvendo adolescentes internados, não sendo razoável a conclusão de que os menores de 14 anos receberiam visita íntima para serem vítimas de estupro de vulnerável.

Assim, é possível afirmar, junto com o já citado Nucci e com Pereira e Alves (2015, p. 256-257), que o art. 68 da Lei 12.594/2010 deve prevalecer em face do art. 217-A do CP, vez que o adolescente internado está sofrendo medida socioeducativa porque responde pelos seus atos, podendo então manifestar vontade de praticar relação sexual, o que faz surgir um novo argumento em prol da figura da vulnerabilidade relativa, posição minoritária aqui defendida.

### 1.3 ANÁLISE DO TEMA ATRAVÉS DA ÓTICA DOS PRINCÍPIOS

#### 1.2.

Com foco maior nos princípios da adequação social e da intervenção mínima, o intuito do presente trabalho é justamente buscar comprovar a hipótese de que o consentimento do adolescente deve ser levado em consideração no delito do art. 217-A.

Tal análise é especificamente importante quando se considera a pena mínima do delito em comento (8 anos), que ainda é considerado hediondo. Assim, com base em outros princípios, como o da proporcionalidade (que não será esmiuçado neste texto) é evidente a incoerência da pena em um caso de beijo lascivo praticado contra um adolescente de 13 anos, com o pleno consentimento deste.

#### 1.3.1 Realidade brasileira e o princípio da adequação social

É possível verificar, na exposição de motivos do Código Penal, que desde 1940 o legislador, ao reduzir o limite da presunção de violência nos crimes sexuais de 16 para 14 anos, indica que “atende a evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais”<sup>20</sup>. Ora, se o próprio legislador há 81 anos já considerava atos libidinosos consensuais praticados por maiores de 14 anos como um irrelevante penal, dadas a normalidade e facilidade de sua ocorrência,

---

20 GRECO, Rogério. **Vade mecum penal e processual penal**. – 5. Ed. – Niterói: Impetus, 2014, p. 174.

prescrevendo somente a presunção de violência para atos praticados por menores de 14, não se pode aceitar que após toda a revolução cultural ocorrida em mais da metade do século passado e nos anos deste milênio subsequente, com a total modificação da forma com que circulam informações na era digital, venha-se a desconsiderar por completo as manifestações volitivas de um jovem de 12 ou 13 anos, como pretendeu o legislador de 2009.

Destaque-se que desde a edição do CP, discorria Noronha (1998, p. 191-192) fundamentadamente sobre a vontade de legislador, comprovando a existência de presunção *juris tantum* de violência em delitos sexuais praticados contra menor de 14, que podia ser desconstituída por provas, caso a vítima apresentasse experiência sexual pretérita e consentimento com as práticas do agente.

O próprio Ministério da Saúde do Brasil atenta para o fato de que estudos demográficos indicam a crescente tendência de redução da faixa etária de início da vida sexual, estando justamente em torno de 13 anos em 2004. O Órgão aponta ainda para pesquisa realizada na periferia de Caruaru/PE, que concluiu que 27,6% dos entrevistados tiveram a primeira relação sexual antes dos 13 anos, enquanto 80,1% tiveram antes dos 17 anos<sup>21</sup>.

Em âmbito nacional, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

---

21 BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. SVS/CN-DST/AIDS. A Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas. – 2.ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004. p. 19-20.

– IBGE realizou a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar – (batizada com sigla “PeNSE”) nos anos de 2009, 2012, 2015 e 2019 com adolescentes que cursavam o 9º ano do Ensino fundamental (antiga 8ª série), com idade predominante entre 13 e 15 anos.

Em 2009, o estudo revelou que 30,5% do público-alvo já teve relação sexual alguma vez, estando no patamar de 43,7% para o sexo masculino e 18,7% para o feminino. Em 2012, cerca de 28,7% dos adolescentes entrevistados afirmaram que tiveram relações sexuais, sendo tal indicador referente a 40,1% dos meninos entrevistados e de 18,3% para as meninas. No ano em análise, 30,9% dos estudantes de escolas públicas entraram em tal estatística, em oposição aos 18,2% em escolas particulares<sup>22</sup>.

Na “PeNSE” do ano de 2015, o quadro é parecido. 27,5% dos jovens já tiveram relação sexual alguma vez. Do total de entrevistados, a porcentagem de escolares do sexo masculino é de 36%, sendo de 19,5% para o sexo feminino. Do total computado, 29,7% estudam em escolas públicas e 15% em particulares<sup>23</sup>.

Já no ano de 2019, o percentual nacional de jovens de 13 a 15 anos que já tiveram relação caiu para 24,3%, embora grupos específicos, como homens da região Norte (que possui a maior média dentre as regiões), chegue a atingir o nível de 43,3%<sup>24</sup>.

---

22 BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar: 2012. – Rio de Janeiro: IBGE, 2013, p. 65.

23 BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar: 2015. – Rio de Janeiro: IBGE, 2016, p. 64.

24 BRASIL, IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa nacional de

Todos esses dados servem para deixar bastante claro que a persecução penal irrestrita de qualquer conduta formalmente típica ao art. 217-A revela-se completamente inviável, dada a elevada frequência com que os jovens praticam relações sexuais antes mesmo dos 14 anos, sem contar outros atos libidinosos, também formalmente típicos ao estupro de vulnerável e que não foram abordados nas pesquisas em análise, restando evidente que adolescentes em grande parte iniciam cedo a sua vida sexual, independente de raça, escolaridade ou classe social, embora com algumas variações.

Assim, é possível concluir que a modificação imposta pela Lei 12.015/2009 é retrógrada, e, com as devidas vênias, uma tentativa cega de proteger as crianças e adolescentes, por ser alheia à realidade nacional e não dar valor algum à vontade do jovem, socialmente aceita como relevante em todo o país, como se pode depreender pelas pesquisas.

Efetivamente, como ponto principal da discussão, o fato de que um(a) jovem de 13 anos praticar voluntariamente ato libidinoso com outrem e ensejar persecução penal é algo que não se compatibiliza com a ordem principiológica brasileira, vez que a proscrição do art. 217-A do CP, apesar de recente, revela-se extremamente anacrônica e totalmente dissonante com o princípio da adequação social, vez que inexistente juízo de reprovação que justifique a configuração de crime hediondo, não sendo completamente incomum que pessoas de 13 anos de idade tenham relacionamentos com outra pessoa de 18 anos, por exemplo, inclusive com consentimento de seus

---

saúde do escolar. – Rio de Janeiro: IBGE, 2021, p. 85.

pais. *In casu*, se aplicado literalmente, o art. 217-A, além de implicar em conduta típica, coloca os pais da vítima como partícipes do delito, dado o dever de proteção que estes têm com os seus filhos.

Em raciocínio aplicável ao caso, Mello (2007, p. 212) aduz que não se pode admitir que condutas que estão em conformidade com a ordem social de seu tempo sejam tidas como criminosas somente pelo fato de se encaixarem formalmente no exame de tipicidade previsto na Lei, porque em tais casos a intervenção penal não cumpre o seu objetivo de incidir como meio de proteção a bens jurídicos, uma vez que a mesma se mostra “inadequada para coibir comportamentos que, além de repetidos, são aceitos socialmente como lícitos”.

Em meio à temática do princípio da adequação social e dos dados das pesquisas, que apontam para a preponderância de jovens do sexo masculino praticando relações sexuais de maneira precoce, tome-se como exemplo a figura do pai que leve o seu filho em seu aniversário de 13 anos para iniciar a sua vida sexual com uma garota de programa, com o total consentimento do menor. Em tal situação, o adolescente pode vir a praticar um número quase indeterminado de atos libidinosos, que não precisam ser aqui indicados. Pergunta-se: é justificável a condenação por crime hediondo da profissional e do próprio genitor do adolescente em tais circunstâncias? É isso que possibilitou o legislador ao criar o delito de estupro de vulnerável com a redação vigente, ao extirpar a figura da violência ficta e prever a adequação típica das condutas acima descritas ao art. 217-A do CP.

Analisando tal situação, resta evidente que a intervenção penal se revela socialmente inadequada. A própria atitude do pai pode ser elogiável

no caso concreto, caso oriente seu filho a manter relações sexuais com uso de preservativos, por exemplo. Tavares (2009, p. 21) destaca que existe uma pressão social maior de se iniciar a vida sexual cedo para os homens adolescentes do que as mulheres, aduzindo ainda que existem inúmeros fatores que levam ao advento de atividades sexuais nos jovens além do gênero, como a escolaridade, raça, inserção no mercado de trabalho, acesso à mídia, estrutura familiar, relação com os pais e outros fatores culturais, ficando claro que no exemplo dado o legislador vai longe demais, por criminalizar irrestritamente condutas socialmente recorrentes e tidas como não lesivas, cabendo também a menção ao princípio da ofensividade.

### **1.3.2 Atipicidade material com base no princípio da intervenção mínima**

#### **1.2.1.**

Inicialmente, reconhecendo a posição majoritária que prega a punição irrestrita da prática de atos libidinosos com menores de 14 anos, em considerável parcela dos casos há efetiva manipulação psicológica do adolescente pelo agente delitivo, o que justifica a persecução penal nos termos do art. 217-A, sem contar os casos em que não há consentimento da vítima, mas sim violência ou grave ameaça, situações que não são objeto deste trabalho.

Assim, longe de ser uma tese de absolvição imediata, a figura da “vulnerabilidade relativa” possibilita uma ampla discussão em sede de persecução penal, para que seja verificado em juízo se a vítima do delito efetivamente se encontrava em estado de vulnerabilidade.

Em caráter complementar à defesa da “vulnerabilidade relativa” no

crime de estupro de vulnerável, defendemos que, nos casos em que o consentimento do menor de 14 anos é considerado relevante, efetivamente deve ocorrer a descriminalização dos atos libidinosos praticados, uma vez que, além de violar o princípio da adequação social, as condutas aqui questionadas não apresentam tipicidade material (mas apenas tipicidade *formal*), uma vez que não se constata qualquer ofensa à dignidade sexual (bem jurídico protegido no delito) do menor de 14 anos que possui a experiência sexual similar à de um adulto e satisfaz a própria libido voluntariamente.

Com efeito, Nucci (2014) coloca a dignidade sexual como bem jurídico derivado da dignidade da pessoa humana, associando-se a respeitabilidade do indivíduo e sua autoestima à esfera da intimidade e da vida privada, de forma a ser livre a realização sexual de cada um, sendo indevida a interferência estatal, o que traz a conclusão de que a previsão típica do art. 217-A do CP pode esbarrar no princípio da intervenção mínima a depender do caso concreto.

É em tal sentido de inexistência de ofensa a um bem jurídico (dignidade sexual) que se posiciona Jesus (2014, p. 825), questionando a previsão inflexível do art. 217-A e a sua conseqüente reverberação na jurisprudência, defendendo a importante tese de ocorrência de atipicidade material, afirmando que

[...] a previsão de um critério rígido baseado na faixa etária, apontando um dia (o do 14º aniversário) como fronteira entre um fato penalmente atípico sempre conterà arbitrariedade. Em nosso sentir, portanto, a realização de atos libidinosos

consensuais, notadamente quando diversos da conjunção carnal, oral ou anal, envolvendo adultos e adolescentes (pessoas com doze anos completos), sempre deverá ser analisado com cautela, não se admitindo rigidez na interpretação da norma penal. O fato poderá ser formalmente típico, mas poderá não se revestir de tipicidade material, por não atentar contra a dignidade sexual do menor que já saiu da infância.

Assim, considerando-se os casos em que não há ofensa a um bem jurídico penalmente relevante, é possível defender a inexistência de crime, com base no princípio da intervenção mínima, dado o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, vez que já foi demonstrado que uma considerável parcela de adolescentes inicia a vida sexual de forma precoce, sem que com isso ocorra ofensa à sua dignidade ou outro direito fundamental.

A respeito, ensina Ferrajoli (2002, p. 373) que, justo pelo fato de ser a intervenção penal a “técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos” é que só se pode recorrer a ela em casos extremos. Dentro do conceito de Direito Penal mínimo e da pena como mal menor para que a sofre, explica o autor que

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua ‘absoluta necessidade’ são, por sua vez, as *proibições mínimas necessárias*, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

Mesmo que se considere que o bem jurídico do art. 217-A transcende a dignidade sexual, abarcando também a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos, para evitar a iniciação sexual precoce, ou ainda a formação moral das crianças e adolescentes, não há como proteger a “intangibilidade sexual” ou a formação moral de um jovem que já tem uma vida amorosa ativa e sadia, iniciada por exemplo com outro adolescente, o que novamente fortalece a tese de atipicidade material pela falta de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Destaca-se ainda que, em face da evidente incoerência que é a possibilidade de um determinado agente ser processado e condenado por crime hediondo com pena mínima de 8 anos de reclusão, com regime inicial fechado, pelo simples fato de ter dado um beijo lascivo *consentido*<sup>25</sup> (ou outro ato libidinoso menos invasivo) em um(a) adolescente de 13 anos, ao arrepio completo do já aludido princípio da intervenção mínima, viola-se também o princípio da proporcionalidade, quando se considera a quantidade de pena estritamente prevista para a hipótese em discussão, vez que “amassos” consentidos com uma pessoa de 13 anos implicam na mesma a pena mínima que a extorsão mediante sequestro, do art. 159 do CP.

Assim, mais uma vez, agora com base nos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, podemos concluir que a reinserção da figura da “vulnerabilidade relativa”, de maneira similar como

---

25 Rogério Greco (2008, p. 669) é conhecido por criticar o beijo lascivo como ato libidinoso passível de estupro, condenando amplamente a desproporcionalidade de tal situação, quando praticado com violência.

previa o art. 224 do CP, seria capaz de afastar a incidência de um crime hediondo em casos em que a atipicidade material é evidente.

## CONCLUSÃO

Infelizmente, a figura típica do art. 217-A não se coaduna com a base principiológica do Direito Penal, amparada na CF/88, quando se trata especificamente de atos libidinosos praticados por adolescentes de forma consentida. Por mais que se busquem alternativas para o atual quadro, a atual realidade é a de que o STJ determinou, pelo rito de recursos repetitivos e através de súmula, posteriormente seguida pelo legislador, que o consentimento do menor de 14 anos é irrelevante, o que dificulta demasiadamente a defesa da tese contrária.

No entanto, além de uma incoerência da tese do STJ com os princípios do direito pátrio, foi possível verificar, com base na pesquisa “PeNSE”, realizada pelo IBGE através dos anos, que é extremamente comum a iniciação sexual precoce para os adolescentes (por exemplo, dentre os jovens de 13 a 15 anos, do sexo masculino e da região norte do país, 43,3% já tiveram alguma relação sexual). Considerando que nem todos os casos envolvem experiências traumáticas ou violentas e que há manifestação de vontade dos jovens (consentimento), o atual panorama legal e jurisprudencial abre espaço para injustiças.

Assim, restou claro que a figura da vulnerabilidade relativa surge como uma alternativa ao desaparecimento da “violência ficta” para barrar a aplicação irrestrita do art. 217-A do CP, vez que melhor se coaduna com a realidade social brasileira, na qual os jovens iniciam a sua vida sexual cada

vez mais cedo, o que sempre vinha sendo reconhecido pelo legislador através dos tempos até a edição da Lei nº 12.015/09. Com efeito, não se pode imaginar uma efetiva persecução penal para todos os 24,3% dos jovens menores de 14 anos que já tiveram alguma relação sexual, segundo a supracitada pesquisa do IGBE, do ano de 2019 .

A Lei nº 12.594/2010 marca uma nova movimentação do Poder Legislativo no sentido correto, ao permitir a visita íntima ao adolescente internado por ato infracional, em seu artigo 68. Confrontado com a literalidade do delito de estupro de vulnerável, tal dispositivo deve prevalecer por atender melhor ao princípio da adequação social e da ofensividade.

Efetivamente, considerando os casos concretos propostos ao longo do trabalho, sem entrar no mérito da gravidade ou nível invasivo do rol dos atos libidinosos aptos a configurar estupro de vulnerável, a prática dos mesmos por adolescentes de maneira sadia jamais pode ensejar a tipificação legal como crime, por evidente ofensa ao princípio da intervenção mínima, vez que nos exemplos elencados inexistente ofensa a bens jurídicos protegidos pelos crimes sexuais, razão pela qual se defendeu o reconhecimento da atipicidade material.

Não se defende aqui a descriminalização irrestrita de condutas, mas tão somente a volta de algum instituto semelhante à presunção de violência, consagrada no Brasil desde o Código de 1890,<sup>26</sup> servindo como solução a

---

26 Dizia o art. 272 do aludido código: “Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for

figura da vulnerabilidade relativa, capaz de ser reconhecida e aplicada mesmo sem estrita previsão legal, como aqui foi demonstrado.

Com a vulnerabilidade enquanto presunção *juris tantum* o legislador continua com o efeito da intimidação geral do tipo penal de estupro de vulnerável, garantindo-se a proteção das crianças e adolescentes por estarem os atos libidinosos praticados contra menores de 14 anos sujeitos à judicialização, mas garantindo-se ao mesmo tempo a absolvição daqueles que pratiquem atos consentidos com adolescentes quando não há consequências negativas para estes, principalmente quando se leva em conta a maturidade psicológica, a experiência sexual pré-existente ou a intenção de constituir família. Dessa forma, se flexibiliza o tão perigoso critério etário para a criminalização de condutas e respeita-se a vontade do adolescente, resguardada no ECA e no restante do sistema jurídico.

#### REFERÊNCIAS

ALVES, Elizeth Júlia; PEREIRA, Henrique Viana. **A vulnerabilidade do menor de 14 anos e o direito à visita íntima do adolescente internado**. In: DINIZ, Fernanda Paula; PEREIRA, Henrique Viana. (Org.). Estudos Contemporâneos em Direito Público e Privado - volume 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública** / Cezar Roberto Bitencourt. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

---

menor de 16 anos”.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

\_\_\_\_\_. STJ HC 88664/go, rel. Min. Og Fernandes, 6ª t., j. 23.06.2009, dj 08.09.2009.

\_\_\_\_\_. STJ – Resp nº 1.480.881/PI, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz – DJE 10/09/2015.

\_\_\_\_\_, IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Pesquisa nacional de saúde do escolar**. – Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

\_\_\_\_\_, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. SVS/CN-DST/AIDS. **A Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas**. – 2.ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

\_\_\_\_\_, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar: 2012**. – Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

\_\_\_\_\_, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar: 2015**. – Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. – São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

GRECO, Rogério. **Vade mecum penal e processual penal**. – 5. Ed. – Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. – 5. Ed. – Niterói: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. – 22. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal** / Mauricio Antônio Ribeiro Lopes – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. (Série princípios fundamentais do direito penal moderno; v. 3)

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável**. JusBrasil, 2012. Disponível em: <<http://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>>. Acessado em 2021-08-08.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. In: Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Salvador: Juspodivm, 2007.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal – v. 03**. – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual** [livro eletrônico] / Guilherme de Souza Nucci. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família**. – 3. Ed. - São Paulo: Método, 2008 (Série Direito Civil; v. 5).

TAVARES, Carlos Mendes. **Adolescência e anticoncepção: iniciação sexual e uso de métodos anticoncepcionais em adolescentes da Ilha de Santiago, Cabo Verde - África Ocidental**. 2009. Tese (Doutorado em Saúde Materno Infantil) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-20072009-165517/>>.  
Acesso em: 2021-09-22.