

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Gustavo Haruo Katayama Moreira

**A VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS NO CRIME DO
ART. 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Taubaté - SP

2019

Gustavo Haruo Katayama Moreira

**A VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS NO CRIME DO
ART. 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.

Orientação: Prof^ª. Ma Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares.

Taubaté - SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

M838v Moreira, Gustavo Haruo Katayama
 A vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime do art. 217-A, caput,
do Código penal brasileiro / Gustavo Haruo Katayama Moreira. -- 2019.
 47 f.

 Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

 Orientação: Profa. Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos
Gurpilhares, Departamento de Ciências Jurídicas.

 1. Estupro de vulnerável. 2. Brasil. [Código penal (1940)]. 3.
Consentimento (Direito) - Brasil. 4. Menores - Comportamento sexual. I.
Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 343.541-053.2(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

GUSTAVO HARUO KATAYAMA MOREIRA

**A VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS NO CRIME DO
ART. 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a
obtenção do diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas pela
Universidade de Taubaté.

Orientação: Prof^a. Ma Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares.

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela Banca Examinadora:

Prof^a. Ma Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares, Universidade de Taubaté.

Prof. _____, Universidade de Taubaté

“O homem está condenado a ser livre.
Condenado porque não se criou a si mesmo, e
como, no entanto, é livre, uma vez que foi
lançado no mundo, é responsável por tudo o
que faz.”.

Jean-Paul Sartre

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos de idade no crime de estupro de vulnerável, possuindo como base o tipo legal do art. 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro e a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça. Desde a promulgação do Código Penal, a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime em comento era considerada relativa, significando, assim, que se admitia a inversão do ônus da prova pelo agente. Entretanto, em 2009, a Lei nº 12.015, introduziu ao ordenamento penal o mencionado artigo, estabelecendo, então, que a vulnerabilidade é absoluta, ou seja, pouco importando se a suposta vítima menor de 14 anos possuía vida sexual ativa ou se a mesma consentiu para o ato. Houve certo retrocesso na nova redação do dispositivo legal feita pelo legislador, visto que em 1940 a presunção da vulnerabilidade era relativa e, contrariando a evolução histórica a respeito da dignidade sexual, em 2009, a presunção tornou-se absoluta. A pesquisa trouxe à baila a seguinte afirmação: com a legislação impondo que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável seja absoluta, retirou-se das pessoas, seja do sujeito ativo ou passivo, garantias constitucionais expressas, tais como o princípio do Contraditório e Ampla Defesa do agente, o princípio da Proporcionalidade, que visa estabelecer um limite na arbitrariedade e na discricionariedade do legislador e do julgador, o princípio da Intervenção Mínima do Estado e, se não bastasse, retirou do julgador seu livre convencimento. Parte da jurisprudência e dos doutrinadores brasileiros relativizam a vulnerabilidade, levando-se em consideração a capacidade de discernimento e consentimento da suposta vítima. Portanto, a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável é vital para a manutenção dos direitos de um país democrático, visto que, mesmo que o bem tutelado pelo art. 217-A do CP e pela Súmula 593 do STJ seja a dignidade sexual da criança, deve ser considerada a capacidade de discernimento da mesma para o consentimento do ato sexual, apreciando-se a cultura e costumes contemporâneos.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Capacidade de discernimento. Consentimento. Vulnerabilidade relativa. Vulnerabilidade absoluta. Dignidade sexual.

ABSTRACT

The present work has as scope the study of the vulnerability of the person under 14 years of age in the crime of rape of vulnerable, possessing as basis the legal type of art. 217-A, caput, of the Brazilian Penal Code and the Precedent 593 of the Superior Court of Justice. It is known, therefore, since the promulgation of the Penal Code, that the vulnerability of the victim under 14 years in the crime commented, was considered relative, meaning that the reversal of the burden of proof by the agent was admitted. In the meantime, in 2009, Law No 12.015 introduced the aforementioned article to criminal law, thus establishing that the vulnerability is absolute, that is, little matter whether the alleged victim under 14 years of age had an active sex life or whether she consented to the act. It should be noted that there has been some regression in the new drafting of the legal instrument made by the legislator, since in 1940 the presumption of vulnerability was relative and, contrary to historical developments concerning sexual dignity, in 2009, presumption became absolute. With this, research brought to light the following statement: with the legislation imposing that the vulnerability of the person under 14 to the crime of vulnerable rape is absolute, withdrew from the people, whether active or passive subject, express constitutional guarantees, such as the principle of contradictory and broad defence of the agent, the principle of proportionality, which aims to establish a limit on the arbitrariness and discretion of the legislator and the judge, the principle of Minimum State Intervention and, if it were not enough, removed from the judge his free will. Moreover, part of the jurisprudence and of the Brazilian indoctrinators relativize the vulnerability, taking into account the capacity of discernment and consent of the alleged victim. It is concluded, therefore, that the relativization of the vulnerability of the under-14s in the crime of rape of vulnerable is vital for the maintenance of the rights of a democratic country, since, even if the good protected by art. 217-A of the CP and by the STJ's summary 593 be the sexual dignity of the child, should be considered the discernment capacity of the child for the consent of the sexual act, appreciating the contemporary culture and customs.

Keywords: Vulnerable rape. Ability to discern. Consent. Relative vulnerability. Absolute vulnerability. Sexual dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DELITO DE ESTUPRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
2.1 Considerações a Respeito da Dignidade Sexual e a Evolução dos Costumes e Culturas Sexuais	13
3 DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA: ERRO DE TIPO	16
3.1 Critério Etário: Suficiente Para a Tipificação do Crime de Estupro de Vulnerável?	16
3.1.1 <i>Experiências Anteriores</i>	18
3.1.2 <i>Exceção de Romeu e Julieta (Romeo and Juliet Law)</i>	19
4 NORTEAMENTO ATRAVÉS DA CONSCIÊNCIA DO MAGISTRADO NO MOMENTO DE JULGAR: APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE MODO RAZOÁVEL E EQUITATIVO EM CADA CASO CONCRETO	22
4.1 Sistemas de Valoração da Prova no Brasil	24
4.1.1 <i>Sistema da Livre Convicção do Julgador e Sistema do Livre Convencimento Motivado</i> ...	25
5 SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)	28
5.1 Força Vinculante	28
6 INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 593 DO STJ	30
6.1 Violação ao Princípio do Contraditório e Ampla Defesa	30
6.2 Violação ao Princípio da Proporcionalidade	31
6.3 Violação ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado	32
7 OVERRULING (SUPERAÇÃO) E DISTINGUISHING (DISTINÇÃO)	34
8 ANÁLISES DE CASOS NA MÍDIA	36
9 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, como um todo, passou por diversas transformações no modo de agir e pensar desde o fim do século XX. Muitos costumes e pré-conceitos, pela maioria da população, foram ultrapassados.

Todavia, há uma pretensão do legislador brasileiro em se manter inerte diante da evolução cultural e costumeira da população, estabelecendo-se regras e preceitos não-compatíveis com a realidade atual.

Assim, a proposta do presente trabalho é demonstrar, tão somente, um dos ditames estabelecidos pelo legislador brasileiro para toda a sociedade sem observar, entretanto, a evolução dos aspectos morais e costumeiros da grande maioria, qual seja a presunção absoluta de vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade no crime de estupro de vulnerável.

Sabe-se que o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro - CP), em seu art. 224, alínea “a”, estabelecia que a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no caso de estupro de vulnerável, era considerada relativa, ou seja, admitia-se a inversão do ônus da prova pelo agente. No entanto, a lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, incluiu ao CP o art. 217-A, trazendo que a presunção de vulnerabilidade é absoluta, isto é, pouco importando se a vítima menor de 14 anos possui vida sexual ativa ou se a mesma consente o ato.

Ora, não há um retrocesso na nova redação do dispositivo legal feita pelo legislador? Visto que em 1940 a presunção de vulnerabilidade era relativa e, contrariando a evolução histórica a respeito da dignidade sexual, em 2009, a presunção tornou-se absoluta.

Frisa-se que o escopo deste estudo não é ignorar o teor da Súmula 593 do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, expressamente, diz ser irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato sexual ou se esta possui experiências sexuais anteriores, mas, sim, trazer à baila que, tal entendimento, não possui força vinculante e efeito proibitivo que obste decisões em sentido contrário, cabendo ao julgador a análise de cada caso concreto, preconizando-se, pois, os sistemas de valoração da prova.

No ínterim, o tema abordado também trará à discussão acerca dos institutos do *Overruling*, quando o precedente, isto é, o entendimento consolidado por um tribunal, mostra-se superado diante dos atuais valores compartilhados pela sociedade; e do instituto do

Distinguishing, quando há distinções e peculiaridades entre o caso concreto e o precedente consolidado pelo tribunal. Ressalta-se, ainda, data vênua, a possível inconstitucionalidade da Súmula supracitada, pelo fato de haver clara violação ao princípio do Contraditório e Ampla Defesa do agente; ao princípio da Proporcionalidade, que visa estabelecer um limite na arbitrariedade e na discricionariedade do legislador e do julgador; e, ao princípio da Intervenção Mínima do Estado, que uma vez ignorado, no presente estudo, caracterizaria ofensa a liberdade sexual da pessoa humana, considerado, hoje, como bem jurídico que deve ser tutelado pelo Estado, e, sendo a presunção de vulnerabilidade absoluta, afrontaria, a autodeterminação sexual do menor.

Em um estudo do direito comparado, há entendimentos contrários ao tratamento rígido do caput do art. 217-A do CP, utilizando-se a “exceção de Romeu e Julieta”, onde admite-se a relação sexual de menores de 14 anos, desde que haja uma pequena diferença de idade entre os parceiros, exceção esta utilizada em países norte-americanos, por exemplo.

O tema em análise busca trazer o entendimento de exímios doutrinadores, juristas e dos tribunais de justiça do país, fazendo-se um compilado de posicionamentos, teorias, exceções e efeitos no tocante a presunção relativa ou absoluta do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.

Contudo, a grande mola propulsora para a elaboração deste estudo é a evolução dos costumes, do modo de viver e de pensar da sociedade e, destarte, se existe justificativa para a presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos em caso de crime de estupro de vulnerável ser absoluta, visto a discrepância entre o consolidado pelo legislador e pelos tribunais diante de todo o supramencionado.

2 O DELITO DE ESTUPRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O crime de estupro é um dos crimes que podemos dizer que está em todos os ordenamentos jurídicos dos países civilizados, sendo considerado o crime de natureza mais grave dentre os crimes sexuais.

O estupro se caracteriza pelo constrangimento a alguém, com violência ou grave ameaça, forçando-se este a ter conjunção carnal. Conjunção carnal é, em definição simples, o coito, isto é, a introdução do pênis na vagina da mulher.

Ainda, se considera como crime de estupro, o fato de praticar (ou deixar praticar) qualquer ato libidinoso com alguém, seja mulher ou homem, contra a sua vontade.

Para o evolver do presente estudo, é necessário vermos o conceito de ato libidinoso por Mirabete: “Se trata de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência, que contraste com a moralidade sexual, incluindo o beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso diverso da conjunção carnal.”. (MIRABETE, 2013, p. 408).

Na legislação brasileira, no Código Penal - CP (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), o crime de estupro era assim definido em seu art. 213: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos.”.

Agora, com a redação dada pela Lei nº 12.015 de 2009, temos como definição legal de estupro o seguinte: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).”.

Outrossim, para uma pessoa ser considerada como vítima de estupro, a mesma não pode consentir com a prática do ato sexual ou com o ato libidinoso, descaracterizando-se, pois, se consentir.

Todavia, o tema desta pesquisa restringe-se ao crime de estupro contra pessoa considerada vulnerável. Os conceitos e definições supracitados são de suma importância para iniciarmos.

A priori, em 1940, com a promulgação do Código Penal (redação original), era considerado como vulnerável a pessoa com menos de 14 anos e sua vulnerabilidade era

relativa, onde presumia-se a violência, conforme estava consubstanciado em seu art. 224, “a”, vejamos: “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos; [...]”.

Já, com a nova redação dada em 2009 pela Lei nº 12.015, o art. 224 foi revogado e a presunção de vulnerabilidade tornou-se absoluta, introduzindo-se, por sua vez, o art. 217-A:

“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

A vulnerabilidade, ou pessoa vulnerável, no âmbito do Código Penal Brasileiro, primeiramente, é a pessoa menor de 18 anos que, por sua personalidade, corpo e mente ainda em formação, encontra-se menos protegida perante a sociedade a aos abusos e explorações que a mesma traz e sofre, com mais intensidade e facilidade, os efeitos causados por crimes de natureza sexuais.

Todavia, em alguns dispositivos a lei estabelece tratamento especial aos menores de 14 anos, independentemente de terem, no caso concreto, alguma experiência em matéria sexual.

Pessoa vulnerável, em Direito Penal, também é a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental que não possuem o necessário discernimento para a prática de atos sexuais (art. 217-A, § 2º, 1ª parte, CP) e que, por este motivo, também se encontram sujeitos aos abusos e explorações sexuais. (SOARES, 2017).

De igual modo, considera-se vulnerável a pessoa que, “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, conforme art. 217-A, § 2º, 2ª parte do Código Penal. (BRASIL, 1940).

No entanto, nestes dois últimos casos, a lei estabelece que estas condições devem ser analisadas em cada caso concreto, diferentemente do que ocorre com os menores de 14 anos na lei.

Antes da vigência da Lei 12.015/2009, o art. 224 do Código Penal, já revogado pela lei supracitada, a menoridade de 14 anos apresentava-se com “presunção de violência”. (BRASIL, 1940).

Dizia o art. 224, “a”, do CP que, presume-se a violência, se a vítima não é maior de catorze anos.

Atualmente, a lei citada colocou em vigência o art. 217-A já mencionado, revogando o termo “presume-se”.

A questão é que a presunção de vulnerabilidade, ser ela absoluta ou relativa, tem criado grandes debates.

Ressalta-se que a alteração da legislação penal trazida pela Lei n 12.015/2009 não acaba com a discussão sobre o caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.

Nucci nos ensina que:

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do 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. 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 elemento extraordinário a fechar 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. E incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. (NUCCI, 2009, p. 37-38).

Nesta mesma ideia, temos os precedentes:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO SEXUAL CONSENTIDO ENTRE A OFENDIDA, COM 13 ANOS E NAMORADO, DE 19 ANOS. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDA. - A prova colhida nos autos revela que réu, com 19 anos de idade e vítima com 13 anos de idade, namoraram por alguns meses, com consentimento dos pais desta e costumavam sair à sós para se divertir. Restou evidenciado que a adolescente, ainda que inexperiente sexualmente consentiu no ato sexual, não tendo sido ameaçada. Presunção de violência que cede diante das particularidades do caso concreto, onde evidenciado que a adolescente, instigada por sua própria curiosidade sexual, cedeu aos apelos de maior intimidade feitos pelo namorado e permitiu a consumação da cópula. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. UNANIME. (TJRS, 2015).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA QUE

CEDE DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE AS PARTES, COM COPULA CONSENTIDA. SENTENÇA ABSOLUTORIA MANTIDA. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. - Inviável a condenação apenas com base na equivocada ideia de que a presunção de violência nos crimes sexuais seja absoluta. Caso em que a prova dos autos deixou clara a prévia relação de namoro entre as partes, de conhecimento de ambas as famílias, bem como a prática livre e consentida de relação sexual entre réu ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. Contexto fático que não evidencia situação a configurar vulnerabilidade e ofensa a liberdade/dignidade sexual, não atraindo o interesse do Direito Penal. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNANIME. (TJRS, 2013).

Outra questão a ser analisada com cautela após a Lei 12.015/2009, é o erro de proibição. Vejamos as palavras de Nucci:

Sabe-se que o conhecimento do ilícito (conteúdo da norma) advém da informação do relacionamento social, enfim, dos contatos naturais da vida comunitária. Por isso, deve-se supor o conhecimento do ilícito em relação à vedação de relacionamento sexual com menores de 14 anos. Aliás, nesse ponto, as medidas de divulgação contra a pedofilia têm servido de alerta. Porém, o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental, incluindo-se nesse cenário o retardado, desde que consentido, entre adultos, é ponto problemático. Nem todo mundo tem exata noção da vedação posta em lei. O deficiente, em razão de síndrome de Down, por exemplo, apresenta retardamento mental e necessita de muitos cuidados durante a maior parte da vida. Estaria privado de ter relação sexual? Alguns chegam a conviver como companheiros, em união estável. O mesmo se diga de pessoa com deficiência mental que se una a outra, considerada normal. Dir-se-ia ter feito o tipo penal referência ao fato de o enfermo ou deficiente mental não possuir necessário discernimento para a prática do ato. Em outros termos, então, a única interpretação que nos parece lógica e justa é conceber a possibilidade de divisão entre enfermos e deficientes mentais nesse campo. Há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que apresentam deficiência mental, mas que não lhes retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa, buscando inclusive atenuar o seu sofrimento, procurando a cura. A análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade de ou deficiência mental. Conforme a situação, enfim, é perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, devendo ser afastada a culpabilidade, nos termos do art. 21 do Código Penal. (NUCCI, 2009. p. 39-40).

Por fim, observa-se o grande retrocesso da norma penal acerca da vulnerabilidade ao estabelecer uma faixa etária para caracterizar ou não a vulnerabilidade de uma pessoa, visto que o Código Penal de 1940 estabelecia a presunção relativa e, hoje, em 2019, a vulnerabilidade é absoluta, não admitindo nem, ao menos, a inversão do ônus da prova. E o contraditório e a ampla defesa?

2.1 Considerações a Respeito da Dignidade Sexual e a Evolução dos Costumes e Culturas Sexuais

Inequivocamente, a lei visa proteger a dignidade sexual do adolescente menor de 14 anos, porém, como todo atuante na área jurídica tem conhecimento, em toda regra há exceção e, *in casu*, não é diferente.

A sociedade brasileira passou por diversas transformações e adaptações em seus costumes e modo de pensar (e viver), evolução esta que ocorreu e ocorre desde o Código de Hamurabi, permito-me dizer.

Seria, então, levando-se em consideração que as pessoas estão começando sua vida sexual cada dia mais cedo, a vulnerabilidade do menor de 14 anos em crime de estupro, realmente absoluta?

Muitos pré-conceitos, pelo menos para a grande maioria da população, foram ultrapassados. Ocorre que, há uma pretensão do legislador brasileiro em se manter inerte diante da evolução cultural e costumeira da população, estabelecendo-se regras e preceitos não-compatíveis com a realidade atual.

Antes de tudo, frisa-se que a tese defendida neste trabalho é a respeito da vulnerabilidade relativa da pessoa com mais de 12 anos e com menos de 14 anos, tão somente, quando consentem com a prática do ato sexual. Não havendo consentimento, correta está a punição do suposto criminoso (digo suposto porque em qualquer caso deve haver o devido processo legal e a aplicação do contraditório e ampla defesa),

Assim, a proposta aqui é demonstrar, nada mais, do que um dos ditames estabelecidos pelo legislador brasileiro para toda a sociedade sem observar, entretanto, a evolução dos aspectos morais e costumeiros da grande maioria.

Ora, não é de outro mundo ocorrer a situação em que duas pessoas, uma menor de 14 anos e outra com 18 anos, pratiquem ato sexual e, ambos (e seus responsáveis), consintam tal ato.

De acordo com a pesquisa PeNSE (Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar) divulgada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), 28,7% dos estudantes, na faixa etária entre 13 e 15 anos de idade, já tiveram relação sexual:

Foram entrevistados 110 mil alunos do Ensino Fundamental e de acordo com o estudo feito em 2012, do total de meninos que responderam ao questionário, 40,1% já passaram pela experiência, sendo que entre as meninas, 18,2% disseram que também já tiveram relação sexual. (IBGE, 2015).

O mesmo resultado se deu com Projeto Sexualidade (ProSex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), onde demonstrou que os jovens iniciam sua atividade sexual na faixa entre os 13 e os 17 anos de idade:

O estudo foi feito de 2000 a 2004 e envolveu dois mil alunos de 1,3 mil escolas públicas e 700 particulares da cidade de São Paulo. Coordenado pela psiquiatra Carmita Abdo, demonstrou que os jovens começam suas vidas sexuais a partir dos 13 anos de idade. (PORTAL DO GOVERNO, 2007).

Não muito distante do que já vimos, a UNESCO, em 2000, realizou uma pesquisa que demonstrou que grande parte dos adolescentes das capitais brasileiras começaram a praticar atos sexuais entre as idades de 10 e 14 anos:

Belém 46,5% dos adolescentes entrevistados, Cuiabá 53,3%, Distrito Federal 43,1%, Florianópolis 42,6%, Fortaleza 45,8%, Goiânia 46,4%, Manaus 56,9%, Porto Alegre 53,9%, Recife 51,6%, Rio de Janeiro 45,9%, Salvador 50,1%, São Paulo 51,9% e Vitória 48,1%. (ABRAMOVAY, 2004, p. 72).

Assim, conclui-se que já tem quase duas décadas que os jovens, antes dos 14 anos, praticam atos sexuais, demonstrando que o legislador ignora a evolução de décadas de costumes e culturas, impondo contra a vontade da sociedade brasileira regras incongruentes com a atualidade do século XXI.

Contudo, vemos que não é somente aplicar a lei seca ao caso e ignorar as peculiaridades de cada caso concreto, sendo que a inobservância poderia acarretar em injusta sanção.

Os maiores defensores da vulnerabilidade relativa sustentam a liberdade sexual como bem jurídico a ser tutelado pelo Estado e que a presunção de vulnerabilidade absoluta desses indivíduos retira ou suprime essa liberdade de “decidir” quando exercer a prática sexual. Alegam, assim, ofensa ao princípio da autodeterminação sexual do menor. (RAMOS, 2016).

Neste sentido, Adelina diz que: “Ao interferir de tal forma, o Estado viola o Princípio da Intervenção Mínima, que deve orientar a sua atuação ao tutelar bens jurídicos tão íntimos, como se revela a questão da autodeterminação sexual.” (CARVALHO, 2006, p. 131-133).

Destarte, a limitação da iniciação sexual na adolescência seria um preconceito moral após o exposto aqui, visto que a vulnerabilidade sexual está diretamente relacionada ao desenvolvimento sexual individual de cada um e, ao criar uma lei ditando padrões (referindo-se à idade), o legislador estaria reprimindo tal desenvolvimento, trazendo grandes malefícios ao psicológico dos adolescentes.

“A adolescência é o período de transição entre a infância e idade adulta que envolve mudanças biológicas, cognitivas e socioemocionais”. (SANTROCK, 2014, p. 47)

Assim discorre Guilherme de Souza Nucci:

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. 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. (NUCCI, 2009, p. 37).

Sendo assim, diante do exposto, parece-nos, que a vulnerabilidade relativa sexual das pessoas com mais de 12 anos e menor de 14 anos, seria mais congruente para o ordenamento jurídico, respeitando-se, pois, a dignidade sexual e todos os princípios constitucionais que iremos analisar mais adiante.

3 DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA: ERRO DE TIPO

3.1 Critério Etário: Suficiente Para a Tipificação do Crime de Estupro de Vulnerável?

De antemão, falaremos sobre o conceito de erro de tipo, ou seja, erro sobre elementos do tipo penal: ocorre sempre que o agente desconhece, equivocou-se ou enganou-se a respeito de um dos componentes que integram a descrição do tipo legal do crime, seja a respeito da conduta, da pessoa, da coisa etc.

O Código Penal expressa, logo em seu art. 20, o erro sobre elemento do tipo legal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. (BRASIL, 1940).

Explica Guilherme de Souza Nucci que:

O erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo).

O erro que incide sobre elementos objetivos do tipo penal, abrangendo qualificadoras, causas de aumento e agravantes. O engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo. (NUCCI, 2005, p. 188).

Mas, como o erro de tipo pode ocorrer no delito de estupro de vulnerável?

É muito corriqueiro, em razão da postura, da estatura, aparência, do porte físico, do comportamento etc. de uma pessoa que possamos nos enganar sobre a idade da mesma. Ocorre, aqui, o erro de tipo.

Do mesmo modo, em uma hipótese em que a pessoa for prostituta, ou ainda quando se demonstre, de alguma forma, que a pessoa menor de 14 anos tinha maturidade para entender o conteúdo sexual da situação, de que ocorra o erro sobre a idade.

Nestes casos é evidente a grande chance de incorrer em erro de tipo e, assim sendo, o julgador poderá absolver sumariamente o réu, com sustentáculo do art. 397, II, do Código de Processo Penal - CPP (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), visto que estamos diante de uma causa manifesta de excludente de culpabilidade do agente.

Igualmente, segundo o art. 386, VI, do CPP, poderá, o Juiz absolver o agente se: “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23,

26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”. (BRASIL, 1941).

Neste senso:

APELAÇÃO. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL. DECRETO ABSOLUTÓRIO. - No caso concreto, ainda que possível a promessa de pagamento pelo réu para que a vítima mantivesse relação sexual consigo, não há notícias de que a menor tenha sofrido atos de manipulação da vontade por terceiro para o exercício de prostituição ou exploração sexual, ou de que o acusado tenha se aproveitado dessa situação peculiar da ofendida para com ela praticar atos libidinosos. Além disso, há dúvidas quanto ao conhecimento pelo acusado da idade da vítima. Apelo provido. (TJRS, 2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

ABSOLVIÇÃO. ERRO DE TIPO. PROVIDO. - Pelo compulso dos autos, percebe-se que o acusado, de fato, não tinha convicção de que manteve relação sexual com alguém menor de 14 anos, e este desconhecimento acerca da elementar do tipo previsto no artigo 217-A, do Código Penal, configura erro de tipo, afastando o dolo da conduta e, por consequência, a própria tipicidade, impondo-se a absolvição do apelante. Apelo conhecido e provido. (TJGO, 2017).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. ERRO SOBRE ELEMENTO DO TIPO. ARTIGO 386, INCISO VI, DO CPP. 1- Demonstrado que o processado não tinha conhecimento da realidade da vítima ao tempo de delito, comprova erro sobre elemento do tipo de consequência, absolvição com base no artigo 386, inciso VI, do CPP. É medida necessária. 2- Apelo conhecido e provido. (TJGO, 2018).

ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL. - Impõe-se a absolvição quando o apelante pratica a ação típica incorrendo em erro sobre circunstância elementar, o que afasta a tipicidade da conduta. Recuso provido. (TJSP, 2016).

Contrariamente, se o agente tinha condições de notar ou buscar informações sobre a idade da pessoa, neste caso, poderia caracterizar como estupro de vulnerável. A falsa percepção da idade da pessoa dever ser de tal forma que poderia ter levado qualquer outro indivíduo a incidir no mesmo ato.

Voltando ao assunto, Guilherme de Souza Nucci, diz que a vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuística:

Em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto. (NUCCI, 2010, p. 411).

Nesta mesma linha, expressa Fernando Capez que:

[...] o dispositivo em questão tem como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresenta evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não há por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades. (CAPEZ, 2005, p. 70-73).

Para finalizar, Rogério Greco também faz a ressalva:

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou a sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese onde o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como ao modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc, quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos.

O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um Motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça. (GRECO, 2009).

Contudo, a relativização da vulnerabilidade deve ser acolhida por nosso ordenamento jurídico, visto que pode ser caso de erro escusável sobre circunstância elementar acerca do desconhecimento da idade da pessoa.

3.1.1 Experiências Anteriores

O interesse e/ou desejo em relações sexuais do menor de 14 anos deve ser respeitado, não devendo ser tema de preconceito, pois isso rechaçaria a liberdade de autodeterminação sexual da pessoa, e seu direito ao prazer e felicidade seria corrompido.

Assim nos diz Adelina:

Embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar precoce dos desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado, assim como as opções diferentes decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes. (CARVALHO, 2006, p. 51).

Tem-se, pois, que o exame das experiências sexuais anteriores da pessoa é necessário, sendo intolerável o preconceito moral da mesma.

É propício citarmos também a Teoria ou Princípio da Adequação Social concebida por Hans Welzel, que nos dizeres de Luiz Regis Prado:

[...] significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. (PRADO, 2002, p. 124).

Assim, com base no Princípio da Intervenção Mínima do Estado e da Adequação Social, a presente pesquisa defende, novamente, a vulnerabilidade relativa.

3.1.2 Exceção de Romeu e Julieta (*Romeo and Juliet Law*)

Não obstante, existem interpretações contrárias ao entendimento rigoroso do legislador e dos Tribunais Superiores a respeito da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro, utilizando-se a “exceção de Romeu e Julieta”.

Na clássica obra do inglês William Shakespeare, Julieta tinha apenas 13 anos quando manteve relação amorosa com Romeu, fato este que a enquadraria, nos termos da legislação vigente no Brasil, no conceito de vulnerável. A ideia da exceção, ou teoria, é de que havendo consentimento e uma diferença pequena da idade entre os parceiros (Tribunais de estados norte-americanos indicam uma margem de até 5 anos), não seria razoável considerar o ato sexual como um estupro. (COELHO, 2017).

Na exceção de Romeu e Julieta, que é utilizada em países norte-americanos, admite-se os menores de 14 anos de idade tenham relações sexuais, desde que haja uma pequena diferença de idade entre os parceiros.

Por meio dessa exceção, a vulnerabilidade poderia ser relativizada, considerando a diferença de idade entre as partes.

Assim, se uma pessoa menor de 14 anos de idade tem relações íntimas (e consentidas) com pessoa com apenas alguns anos a mais é natural que ocorra algum ato sexual, e isso não configuraria estupro.

Os Tribunais brasileiros já usaram tal exceção em casos de relacionamentos em que ambas as partes são menores de idade, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO ROMEO E JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW). ABSOLVIÇÃO. - Na esteira do direito comparado, direito brasileiro deve adotar orientação semelhante, de que não existe crime para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens com idades próximas, de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico (art. 386, VI, Código Processual Penal). Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. (TJGO, 2017).

Destaca-se trecho do voto do Desembargador Ricardo Roesler, Relator da Apelação nº 2011.098397-3, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Talvez por desmedida pudicícia, talvez mesmo por um contraditório sentimento puritano ou por simples hipocrisia sacralizamos qualquer contato sexual, e, no mais das vezes, ainda amarrados a alguns ranços seculares associamos qualquer forma de prazer à necessidade de penitência, própria ou alheia. Essa inconfissão do desejo e do sexo faz lembrar a contradição relatada por João Cabral de Melo Neto em *Agrestes*: "não haverá nesse pudor/de falar-me uma confissão/uma indireta confissão/pelo avesso, e sempre impudor?". Talvez haja. E a eventual dificuldade em dar tratamento mais consentâneo ao tema tem forte apelo simbólico: o sexo continua tabu, símbolo de luxúria e devassidão. O pecado original assim permanece, o fruto continua proibido. Por isso a insistência, normalmente cega, de demonização do acusado, independentemente de sua idade e do cenário, signo de um sentimento ambivalente, que exige incondicionalmente prazer e suplício juntos. Se não somos capazes de admitir a nós mesmos nossas limitações, que tenhamos apenas alguma sensibilidade com a alma humana, e tomemos como paradigma o exemplo hoje adotado nos Estados Unidos - país notoriamente reconhecido pela repreensão a crimes sexuais cometidos por jovens (notadamente os homossexuais), mas que tem admitido a atipicidade da conduta quando a relação sexual ocorre entre adolescentes. É o que se convencionou chamar *Romeo and Juliet Law*. O dispositivo, de inspiração shakespeariana, tem se firmado como forma de impedir o apenamento de jovens que mantenham relações sexuais, cuja diferença de idade não ultrapasse cinco anos. (TJSC, 2012).

Ainda, André Estefam, expressa: “[...] Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há

violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua ‘dignidade sexual’).” (ESTEFAM, 2011, p. 166)

Por fim:

Poderia o Direito brasileiro ter adotado orientação semelhante (“Romeo and Juliet Laws”) para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes, ou seja, para as hipóteses em que o ato sexual consentido resultou de relação de afeto. (BIFFE JUNIOR; LEITÃO JUNIOR, 2017, p. 6-7).

Todavia, os Tribunais Superiores não vêm admitindo tal exceção após o entendimento sedimentado da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que será objeto de capítulo próprio mais adiante, porém, a aplicabilidade da exceção de Romeu e Julieta pode ser novamente discutida em recursos a graus superiores da justiça, tendo em vista não ser uma Súmula Vinculante, conforme veremos.

4 NORTEAMENTO ATRAVÉS DA CONSCIÊNCIA DO MAGISTRADO NO MOMENTO DE JULGAR: APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE MODO RAZOÁVEL E EQUITATIVO EM CADA CASO CONCRETO

Não se pode, simplesmente, fechar os olhos, repudiando-se os fatos e aceitar o critério etário previsto na norma penal de forma única e absoluta, sem mais nem menos. O juiz, portanto, deve seguir sua consciência e discernimento, analisando se realmente a pessoa ofendida está caracterizada como vulnerável, para, assim, somente assim, aplicar a sanção de maneira razoável e equitativa.

Voltamos a dizer: presumir uma idade em que o adolescente está apto a realizar atividades sexuais, é, sem óbice, um preconceito moral.

Então, casos concretos em que hajam adolescentes e práticas sexuais devem ser observados com cautela pelo julgador.

Neste sentido, discorre Guilherme de Souza Nucci que:

A vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual. (NUCCI, 2010, p. 411).

Na mesma linha. Paulo Queiroz se expressa:

A proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio de lesividade.

Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário ao estado de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato. (QUEIROZ, 2011).

Já, nos Tribunais, temos precedente no mesmo sentido, vejamos:

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. INTERPRETAÇÃO DOS FATOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (ULTIMA RATIO) E FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL.FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE MANTIDA. É bem verdade que

a nova legislação que introduziu o artigo 217-A em nosso Código Penal, aliás, na esteira de legislações alienígenas, veio a agravar a conduta de quem, em termos gerais, pratica ato sexual com menores de 14 anos. O legislador buscou afastar a brecha legislativa que oferecia interpretação "dúbia" (?) que se instalava com a expressão presunção a que se referia o antigo 224 do CP brasileiro, ou, mais precisamente, se a presunção seria absoluta ou relativa, optando, com a reforma, pela fórmula mais rígida de que o consentimento do menor não é válido tamquam non esset, isto é, a presunção é absoluta. Nada obstante, o direito penal não tem caráter absoluto e deve sempre ser visto em sua conformidade constitucional, portanto sob os auspícios dos princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima (*ultima ratio*). Assim, se por um lado houve agravamento pelo legislador de condutas como a que ora está sob análise, de outro positivou-se o entendimento, já de longo presente na doutrina e jurisprudência, de que a tutela sobre os crimes sexuais não se insere na órbita de uma mutável, relativa e abstrata moralidade pública, sob a fórmula "crimes contra os costumes", mas, diversamente, na da autodeterminação sexual, que está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação sexual, em sentido penal, deve, contrariamente, ser entendido como um direito de defesa do indivíduo. Contém, na verdade, a liberdade contra a "determinação" que venha de fora (externa) sobre o âmbito (pessoal) sexual. Assim, apesar de a vítima ter menos de 14 anos de idade na data do fato, revela a prova a sua evidente maturidade sexual e liberdade escolha, o que, como já referido, impõe a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do apelado. Acórdão mantido na íntegra. (TJRS, 2017).

Outrossim, no direito processual brasileiro, o juiz deve buscar a conhecer dos fatos cautelarmente, para assim, dizer a questão posta em causa.

Salienta-se, pois, o art. 5º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (BRASIL, 1942).

Ainda, trago à baila o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi adotada pelas Nações Unidas em 1948:

Artigo 10º: Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida. (DECLARAÇÃO... , 1948).

Logo, como visto, o Poder Judiciário não pode meramente adotar o critério da vulnerabilidade absoluta e ignorar a evolução social, realizando-se atos não-zoáveis e desproporcionais.

No mais, não se deve admitir fundamentações do juiz apenas na letra seca da lei, tendo o juiz o dever de trazer em suas decisões razões claras, analisadas de acordo com cada caso, aplicando a legislação de modo razoável e equitativo, invocando-se princípios e valores, sempre observando a evolução social e cultural

4.1 Sistemas de Valoração da Prova no Brasil

A prova é um dos quesitos mais importantes do presente estudo. Prova é tudo que contribui e auxilia o juiz em seu convencimento, está intimamente ligada ao Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2014, p. 338).

É através da prova que o juiz estabelece sua convicção acerca do caso e de fatos certos e determinados. O juiz deve analisar cada prova para formar seu convencimento.

“O sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo.” (RANGEL, 2015, p. 515).

A forma como o magistrado irá apreciar as provas restringe-se a determinados critérios compreendidos dentro do sistema de valoração da prova adotado pelo ordenamento jurídico.

São três os principais sistemas de valoração da prova, sendo: 1) o sistema legal de provas (prova tarifada): nele, a lei atribui previamente um valor à prova. É exceção em nosso Direito, contida no art. 158, do CPP, que dispõe que a confissão não poderá suprir a falta de exame pericial nas infrações que deixam vestígio; 2) o sistema da íntima convicção: confere liberdade total ao julgador, na apreciação da prova. Também é exceção e vigora no Brasil nos julgamentos pelo Tribunal do Júri; 3) o sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional): o juiz é livre para apreciar a prova, mas deve sempre fundamentar sua decisão. É a regra em nosso ordenamento jurídico. Tal regra está contida no art. 157, CPP, juntamente com o art. 93, IX, da CF.

O sistema da prova legal ou tarifada, segundo as lições de Paulo Rangel: “Significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade de decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal.” (RANGEL, 2006, p. 424).

Ou seja, neste sistema já é estabelecido previamente um determinado valor para cada prova produzida no processo. Isso limita o magistrado no momento de julgar, restringindo-se apenas a letra fria da lei.

O juiz, nas provas legais, era um matemático, pois apenas verificava qual o peso deste ou daquele meio de prova, ou como a Lei mandava provar este ou aquele fato. Seguia, friamente, o que a Lei nº mandava para aferir os fatos, objetos de prova. (RANGEL, 2015, p. 519).

Conforme as palavras de Gomes Filho: “Cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando em uma certa quantidade de prova, poderia autorizar a condenação criminal.” (GOMES FILHO, 1997, p. 22).

Pelos fatos expostos, o sistema legal ou tarifada não é adotado no Brasil e não é importante para o evoluir do estudo aqui tratado.

Já o sistema da íntima convicção do julgador e o sistema do livre convencimento motivado mostram-se de suma relevância para a tese defendida da vulnerabilidade relativa do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, vejamos em tópico próprio a seguir.

4.1.1 Sistema da Livre Convicção do Julgador e Sistema do Livre Convencimento Motivado

A norma penal brasileira adotou, como sistema de valoração da prova, o livre convencimento motivado do juiz.

Assim observamos no art. 93, IX, da Constituição Federal (CF) e no art. 155, do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1988).

Porém, comecemos primeiramente pelo sistema da íntima convicção do julgador. Este sistema é o oposto do sistema da prova legal ou tarifada já analisado, pois neste o julgador decide forma livre, não necessitando fundamentar sua decisão e não está restringido a provas com valores pré-estabelecidos, isto é, o juiz decide com total liberdade.

Aqui, o legislador repassa ao juiz a responsabilidade pela valorização das provas, dando ao mesmo a liberdade para decidir de acordo com sua convicção.

“O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. O juiz decide de acordo com sua convicção íntima.”. (RANGEL, 2015, p. 516).

Entretanto, este sistema foi adotado pelo Brasil apenas para os casos submetidos ao Tribunal do Júri.

Por isso, no Tribunal do Júri, os jurados julgam com total liberdade, de acordo com a sua íntima convicção, não precisando fundamentar a decisão.

Por fim, temos como sistema adotado no Brasil, o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, que é aplicado a todos os ritos processuais, com exceção do Tribunal do Júri, como citado.

Neste sistema, previsto no art. 155 do CPP, mencionado acima, podemos dizer ser um sistema sensato e proporcional.

Aqui, as provas não possuem um valor prévio estabelecido, como ocorre no sistema da prova legal ou tarifada, e, ainda, o juiz não julga com ampla liberdade, como ocorre no sistema da íntima convicção do julgador.

Todavia, existe uma ressalva, o juiz deve fundamentar a sua decisão de acordo com as provas colhidas durante o processo.

Rangel, também, expressa:

Apesar do sistema da persuasão racional não estabelecer valor entre as provas, ou seja, apesar de não haver hierarquia entre as provas, o juiz deve fundamentar as suas decisões com base nas provas produzidas sobre o crivo do contraditório e do devido processo legal, não se aceitando a condenação de um indivíduo com base, única e exclusivamente, em elementos colhidos na fase de investigação, pois nessa fase (pré-processual) o contraditório é mitigado. (RANGEL, 2015).

No mesmo sentido Lopes Jr. fala:

O livre convencimento motivado, na verdade não é um sistema tão livre como se pensa, pois a liberdade não é plena, uma vez que a decisão judicial deve estar consubstanciada na prova produzida, vedando-se o decisionismo, ou seja, não admite-se em um processo penal democrático, como é o nosso, que o juiz julgue “conforme a sua consciência”, dizendo “qualquer coisa sobre qualquer coisa”. (LOPES JR., 2016).

Contudo, expressamente, o Brasil adota o sistema do livre convencimento motivado, assim como o sistema da íntima convicção do julgador para os casos submetidos ao Tribunal do Júri.

Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ. ART. 385 DO CPP. SENTENÇA CONDENATÓRIA VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. INOCORRÊNCIA. INCONFORMISMO MINISTERIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE AFASTAMENTO DA TIPICIDADE MATERIAL. PARTICULARIDADES DO CASO. ABSOLVIÇÃO. 1) O pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, em sede de alegações finais, não vincula o juiz, por força do princípio do livre convencimento motivado e, também, pela aplicação do disposto no art. 385 do CPC. Preliminar de nulidade da sentença por violação ao sistema acusatório rejeitada. 2) A presunção de vulnerabilidade, nos crimes contra a liberdade sexual não deve ser tida como absoluta, exigindo do julgador a serena análise de todas as particularidades do caso. 3) Na hipótese está demonstrado que vítima e acusado mantém, desde o ano de 2012, um relacionamento afetivo público e amparado pela família da jovem, residem juntos e criam a filha gerada pelas relações sexuais livres e consentidas, tais peculiaridades, conforme destacado no apelo do MP, justificam o afastamento da tipicidade material do fato imputado ao acusado, para o fim de absolvê-lo da prática do crime de estupro de vulnerável. 4) Apelo provido. (TJAP, 2014).

Assim, como dito, o critério etário não é o suficiente para julgar a vulnerabilidade de uma pessoa, não em pleno século XXI. Assim sendo, todos os aspectos do caso devem ser observados.

Enfim, após esta ênfase nos sistemas de valoração da prova no Brasil e entendido que o Brasil adota o sistema do livre convencimento motivado, resta-nos concordar e concluir que o Julgador deve analisar cada aspecto do caso concreto, não limitando-se apenas à letra da lei.

5 SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A Terceira Seção do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a Súmula 593, que diz ser irrelevante a concordância da vítima menor de 14 anos para a prática do ato, ou se até mesmo se ela possuiu experiência sexual ou se existe relacionamento com o agente, senão vejamos:

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. (BRASIL, 2017).

No entanto, ainda não cessam as opiniões divergentes acerca do caráter da vulnerabilidade do menor de 14 anos.

Há argumentos, a respeito da vulnerabilidade relativa, de que existe a necessidade de proteger a dignidade, a vida e o crescimento saudável do jovem menor de 14 anos de idade em face de sua autodeterminação sexual.

Em relação ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado, Nucci afirma que: “Seria o Estado se imiscuindo em demasia na vida íntima das pessoas e das famílias, sem um propósito razoável, pois não está verdadeiramente em jogo a dignidade sexual em hipótese.” (NUCCI, 2014, p. 838).

Preceitua Nucci, ainda, que:

Pode-se atingir o exagero desproporcional e injusto de se punir um rapaz de 18 anos porque teve relacionamento sexual com sua namorada de 13 anos, dentro do mais absoluto consentimento, muitas vezes, com as bênçãos das suas famílias. (NUCCI, 2014, p. 838).

5.1 Força Vinculante

Registra-se que a Súmula 593 do STJ não possui força vinculante e efeito proibitivo para que não ocorra decisões em sentido contrário a ela. Assim, o exame de cada caso concreto deve ser trazido para apreciação do julgador.

Primeiramente, força vinculante nada mais é do que um conjunto de decisões de um Tribunal Superior.

As decisões partem de casos relativos a temas e direitos parecidos e que são julgados da mesma forma ou semelhante.

Uma súmula vinculante possui a força de uma lei, isto é, determina que a decisão seja tomada daquela forma estabelecida na súmula dita como vinculante.

No ínterim, é bom lembrar de que as súmulas vinculantes possuem efeito *erga omnes*, ou seja, a decisão deve alcançada em todos os casos semelhantes.

Feitas estas preliminares, salienta-se novamente que a Súmula 593 não é vinculante.

Observa Talon que:

A Súmula 593 do STJ não é vinculante, isto é, ela pode ser superada até mesmo por meio de uma decisão de um Juiz de primeiro grau. Logo, para quem defende a tese de que se trata de vulnerabilidade relativa, ainda é possível questionar o entendimento sumulado e sustentar a atipicidade da conduta, dependendo do caso concreto. (TALON, 2017).

Após o exposto, considerando a ausência de caráter vinculante da Súmula em questão, pode-se dizer que tal entendimento não deve ser usado, obrigatoriamente, em todos os tribunais brasileiros, dando margem, pois, ao livre convencimento motivado do julgador.

Mesmo a Súmula sendo uma das fontes do Direito no Brasil, o juiz não está vinculado ao enunciado, visto que tal Súmula possui, meramente, um caráter de orientação.

Por fim, a vulnerabilidade relativa do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável pode e deve ser relativizada, respeitando-se, pois, a liberdade para dispor do próprio corpo, sem qualquer tipo de constrangimento que possa ameaçar ou lesar direitos fundamentais.

6 INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 593 DO STJ

6.1 Violação ao Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Nossa Lei Maior nos garante uma gama de princípios que garantem o exercício da liberdade, igualdade, legalidade, ampla defesa, contraditório e muitos outros.

O contraditório e a ampla defesa são direitos de todos e estão elencados em nossa Constituição Federal no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Os princípios servem de sustentação para a aplicação da justiça e a proteção de direitos, e deveriam orientar o legislador na elaboração das leis.

Os princípios são garantidos a todos os cidadãos e encontram-se de maneira expressa ou implícita na Constituição Federal. Os princípios têm como objetivo “orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista. (BITENCOURT, 2007).

Mas, como na vulnerabilidade absoluta pode haver o cumprimento de tal princípio, sendo que se pressupõe que não pode haver a inversão do ônus da prova?

Seria demasiado desatino garantir a regular instauração formal de processo e não se assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou o seu bem cerceado; ademais, também não haveria qualquer indicio de razoabilidade e justiça numa decisão quando não se permitiu ao indivíduo às mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 700).

O princípio do contraditório é o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem ser obrigatoriamente produzidas, se pertinentes; acompanhar sua produção e manifestar-se sempre e em todos os atos e termos processuais. (GRECO FILHO, 1991, p. 65).

No mais, o egrégio Miguel Reale prolata:

Princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *praxis*. (REALE, 2002, p. 303).

A natureza *juris et de jure*, isto é, de direito e por direito (o que é estabelecido pela lei como expressão da verdade), da vulnerabilidade retira a possibilidade de elaboração de provas em sentido contrário ao alegado pela vítima, excluindo uma real chance de demonstrar que a vulnerabilidade da pessoa não é absoluta, que ela poderia possuir claro discernimento de qualquer prática sexual.

Por fim, com o legislador impondo que a vulnerabilidade é absoluta, retirou-se das pessoas garantias constitucionais expressas e, se não bastasse, retirou do julgador seu livre convencimento.

6.2 Violação ao Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um dos pilares que garantem a justiça em nossa legislação, sendo uma ferramenta que retira a rigidez, muitas vezes excessiva, do ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem a autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (GRECO, 2008, p. 77).

Assim, o princípio da proporcionalidade tem como escopo acabar com os excessos estabelecidos pela norma e garantir certo equilíbrio trazendo segurança jurídica ao estabelecido em lei.

As penas impostas pelo Estado, devem, antes de tudo, serem proporcionais à gravidade do crime, pois é um direito fundamental que garante a democracia no Brasil.

Neste sentido, Capez expressa que “Quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrária ao Estado Democrático de Direito”. (CAPEZ, 2009, p. 20).

Sendo a vulnerabilidade considerada absoluta, não garantindo o direito a ampla defesa do agente, a punição poderia ser aplicada de forma desproporcional. Ora, não seria razoável aplicar a pena consubstanciada no crime de estupro de vulnerável se a vítima tinha pleno discernimento do que estava fazendo e consentia para tal ato.

O legislador peca ao generalizar o enquadramento penal (estabelecendo descrição típica objetiva e que desconsidera as peculiaridades do caso, como, por exemplo, a experiência sexual da vítima) e erra mais gravemente ao cominar sanção tão elevada a essa conduta. Não se pode desprezar que, na atual realidade social, não são raros os casos em que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e praticam, com normalidade, atos sexuais de forma consentida. Nessas situações, ainda que reprovável a conduta daquele que adere à vontade da menor e com ela pratica ato sexual, não se mostra proporcional a aplicação de sanção tão gravosa. (BERTASSO, 2009).

Portanto, a inobservância do princípio da proporcionalidade ao estabelecer a Súmula 593 do STJ acarreta em sanções desproporcionais e até ilegais para alguns.

6.3 Violação ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado

O princípio da intervenção mínima do Estado consiste em interferir na vida privada da pessoa de forma mínima, pois trata-se do direito fundamental, garantido em nossa Constituição, que é o direito à liberdade.

Assim, a legislação penal deve ser aplicada somente em última *ratio*, isto é, como último recurso, quando a lei penal for a última solução do caso, até porque o Código Penal brasileiro não pune a pessoa e, sim, a conduta praticada por ela.

Assim também reconhece Paulo Queiroz:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio', limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os

demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito. (QUEIROZ, 1999).

Contudo, parece-nos que o legislador vem empregando a intervenção máxima do Estado e do Código Penal na vida das pessoas, ignorando, pois, preceitos constitucionais que garantem a proporcionalidade da aplicação da norma.

Conclui-se que a observância do princípio da intervenção mínima do Estado é primordial para evitar uma sanção desproporcional. Assim, reitera-se que a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável é essencial para um Estado Democrático de Direito.

7 *OVERRULING* (SUPERAÇÃO) E *DISTINGUISHING* (DISTINÇÃO)

Não obstante, na análise de qualquer Súmula deve ser utilizado a interpretação, mesmo tal Súmula sendo clara e objetiva,

“A súmula é texto que consubstancia a norma geral do caso concreto (*ratio decidendi* do precedente), e, nessa condição, por mais objetiva e clara que seja, demanda interpretação.” (MARIONI, 2010, p. 52)

Assim, os institutos do *Overruling* e *Distinguishing* se mostram essenciais para a análise do tema abordado neste trabalho.

Primeiramente, tratemos do *Distinguishing*. Para isso, necessário entendermos o que é precedente. Em linhas gerais, é o entendimento consolidado por um tribunal, é a decisão que está apta a ser utilizada em outras decisões, por outros julgadores.

No entanto, o que vincula mesmo um precedente é a *ratio decidendi*,

“A *ratio decidendi* é expressão latina que aponta a razão para decidir, ou seja, a argumentação jurídica que é o fundamento da decisão sobre os fatos da causa.” (ROSITO, 2012, p. 106).

Antes de verificar se o precedente, isto é, a Súmula, se aplica ao caso em julgamento, deve-se verificar se não há distinção entre o caso e tal precedente. Este instituto é o denominado *Distinguishing*.

A distinção, porém, pode ser feita, somente, em relação aos fatos realmente relevantes para o julgamento do caso concreto.

Acentua-se, que se verificada a distinção entre o caso e o precedente, concluindo-se que as particularidades do caso em julgamento não admitem a aplicação da Súmula em questão, o juiz deve interpretar de forma restrita, estando liberto para utilizar seu livre convencimento, desde que com fundamentação. É o chamado *restrictive distinguishing*.

“São técnicas como o *distinguishing* que permitem que tais sistemas se adaptem às novas realidades, promovendo o aprimoramento e atualização do Direito.” (TUCCI, 2004, p. 172).

Assim, em casos em que a Súmula não condiz com o relato dos fatos, o julgador deve analisar cada item peculiar, sem utilizar o precedente, que, como já dito, serve apenas como referência.

Agora, falemos do instituto do *Overruling*. É a superação do precedente diante dos atuais valores compartilhados pela sociedade.

Ora, com este breve conceito, vemos este instituto pode e deve ser utilizado em casos em que se aborde a vulnerabilidade do menor de 14 anos em crime de estupro.

Diferentemente do *Distinguishing*, o *Overruling* não ocorre quando o precedente é divergente ao caso concreto, mas sim quando o precedente se mostra superado, isto é, mostra-se que não se encaixa mais com os valores culturais e sociais da sociedade.

É primordial, para a evolução do direito e da justiça, a superação de certos entendimento e precedentes, caso contrário, estaremos inertes diante da atual realidade do nosso século.

O instituto do *Overruling* se caracteriza, pois, pela possibilidade de superação do precedente que não se encontra mais compatível com o ordenamento jurídico, abrindo margem, novamente, para o livre convencimento do magistrado, contudo, sua fundamentação deve ser pormenorizada.

8 ANÁLISES DE CASOS NA MÍDIA

“Um homem de 27 anos foi condenado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), por estupro de vulnerável ocorrido em 2010, na cidade de Salvador. Na época, a vítima tinha 12 anos, enquanto o réu tinha 20.”. (G1-BA, 2017).

Neste caso, o Juízo da Vara da Criança e do Adolescente e a 1ª Turma da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA) absolveram o réu, alegando-se que a suposta vítima consentiu com a conjunção carnal, isto é, quis praticar o ato sexual.

No entanto, o Ministério Público do Estado da Bahia fundamentou que o Código Penal impede que haja relações sexuais com menores de 14 anos, sendo o réu condenado.

A procuradora-geral de Justiça Adjunta, Sara Mandra Rusciolelli, e o promotor de Justiça, Carlos Augusto de Faria, responsáveis pelo caso, alegaram que não importa o com consentimento da vítima ou seu passado sexual, ignorando-se o fato que réu e vítima namoravam e tinha boa relação entre si.

Observa-se, então, que o consentimento da vítima, ainda que fique evidenciado que possui plena capacidade mental e física de entender o que é um ato assexual, é simplesmente ignorado.

Com a edição da Súmula 593 do STJ já citada ficou ainda mais difícil de não pré-julgar alguém, acarretando na violação de vários princípios constitucionais já mencionados no presente trabalho.

É óbvio que, dependendo do discernimento da vítima e seu desenvolvimento sexual, a vulnerabilidade pode ser relativa e isso não pode ser ignorado.

Outro caso interessante: “homem de 27 anos, que havia sido absolvido em sentença de 1º grau, foi condenado a oito anos de prisão por estupro de uma adolescente de 13 anos. Recurso foi julgado hoje pelos desembargadores da 1ª Câmara Criminal de Campo Grande.”. (VACCARI, 2017).

Neste caso, o réu afirmou que na época dos fatos, com 24 anos, o ato sexual teria acontecido com o consentimento da vítima, sem violência ou ameaça. Ainda alegou que namoravam há mais de um ano. Esses fatos foram comprovados pela vítima na fase do inquérito policial.

Assim, o Juízo de primeiro grau absolveu o réu entendendo que seria possível a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, fundamentando-se no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal, ou seja, reconheceu-se que o fato não constituiu infração penal.

Ocorreu que, em instância superior, o Relator do caso, Desembargador Manoel Mendes Carli, entendeu que mesmo com o consentimento da vítima de 13 anos, não é razoável atribuir capacidade de discernimento a pessoa de tão pouca idade, a ponto de considerá-la desenvolvida para consentir com ato sexual.

Pois é, por mais que parece absurdo, o noticiado acima é verídico.

Agora pergunta-se: e o ônus da prova? Sabe-se que no Direito Penal o ônus da prova cabe a quem quer condenar, sendo, nestes casos trazidos à baila, o Ministério Público. Então se a própria vítima alega ter consentido para o ato sexual, não há tipicidade.

9 CONCLUSÃO

O escopo do presente trabalho foi demonstrar o conceito de estupro de vulnerável em nossa legislação e a capacidade da pessoa, com menos de 14 anos, ter o discernimento para a prática de ato sexual. O tema abordado teve como base o art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

Em síntese, abordou-se no presente feito a possível relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade no crime de estupro de vulnerável.

De saída, atenta-se ao fato de que após a promulgação da Lei nº 12.015/2009, que trouxe ao ordenamento jurídico a presunção absoluta de vulnerabilidade ao menor de 14 anos para o crime em questão, o legislador não de atentou a evolução dos aspectos morais de costumeiros da grande maioria da população, pouco importando se a suposta vítima possui discernimento para a vida sexual e pode consentir para tais atos sexuais.

No ínterim, frisa-se que não se ignora que, com alteração legislativa citada, o bem jurídico tutelado pelo ordenamento legal passou a ser a dignidade sexual da pessoa humana, atentando-se ao fato de que a criança tem o direito de possuir um desenvolvimento sexual saudável, protegendo-a de qualquer tipo de explorações. Entretanto, trago em discussão as consequências geradas para o outro lado da moeda, isto é, para o suposto estuprador.

Não de defende aqui o estupro ou estuprador, mas sim seus direitos garantidos pela Lei e pela nossa Constituição Federal. Ora, se a vítima consentiu para o ato sexual, se ambos tinham relação amorosa de namoro, por que condenar o réu? Não há, aqui, a tipicidade.

Do mesmo modo, sabemos da existência da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça que diz ser irrelevante se vítima consentiu ou não para ter relações sexuais ou se a mesma já possui experiências sexuais anteriores. Todavia, tal Súmula não possui força vinculante e isso significa que não há efeito proibitivo que obste decisões nos tribunais de justiça em sentido contrário.

Isso tudo nos mostra que cabe ao julgador analisar o caso concreto e julgar de acordo com o sistema de valoração da prova adotado pelo Brasil. Após estudo deste tema, concluiu-se que o Brasil adota o sistema do livre convencimento motivado, ou seja, o julgador deve analisar cada aspecto do caso concreto, não devendo se limitar à letra seca da Lei.

Salienta-se, entretanto, que o sistema do livre convencimento não possui liberdade plena, isto é, não quer dizer que o juiz pode julgar de acordo com sua consciência ou

experiências pessoais. A decisão do juiz deve se basear na prova produzida ou na falta dela, pois se não há provas concretas, não há crime. O que percebe-se em casos citados neste estudo.

Ainda temos a possibilidade de ocorrer o denominado erro de tipo. É comum, em razão da postura, da estatura, aparência, porte físico, comportamento etc. de uma pessoa, que possamos nos equivocar em relação a idade da mesma. Agora, colocando isso em um exemplo de suposto crime de estupro, imagina se vítima, de alguma forma, parecia ser maior de idade, seja pela postura ou pelo comportamento empregado e não se tinha como saber a verdadeira idade da mesma. Neste caso, há grande possibilidade de ocorrer em erro de tipo e, assim comprovado, o juiz poderá absolver o réu, visto estarmos diante de uma causa de excludente de culpabilidade do agente (art. 397, II, CPP). No mais, ainda poderá ocorrer a absolvição do réu se existirem circunstâncias que excluam a existência do crime ou, ainda, se houver dúvidas sobre a existência do crime (art. 386, VI, CPP).

Outrossim, em um estudo do direito comparado, observou-se que há entendimento menos rigoroso quando se trata do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, usando-se a exceção de Romeu e Julieta. Exceção esta utilizada em países norte-americanos, onde se, uma pessoa com menos de 14 anos de idade consuma relações íntimas (e com seu consentimento) com outra pessoa que possui idade pouco superior à sua, não configura-se crime de estupro.

Tal exceção não é utilizada nos tribunais brasileiros, porém, sua aplicabilidade pode ser discutida em recursos às instâncias superiores, tendo em vista que o teor da Súmula 593 do STJ não é vinculante e não obriga os tribunais a julgarem conforme ela, conforme já mencionado.

Destarte, durante a pesquisa, foi tomado conhecimento dos institutos do *Distinguishing* e *Overruling*. Uma Súmula, em dizeres simples, é o entendimento consolidado por tribunal que pode ser utilizada em outras decisões por outros julgadores. A questão é que muitas vezes uma Súmula possui distinção com o caso concreto, ou seja, não se aplica a tal caso. Assim, o julgador possui liberdade para utilizar seu livre convencimento. Este é o *Distinguishing*.

Contudo, o que se mostrou mais importante para o evoluir deste trabalho foi o instituto do *Overruling*, pois se caracteriza pela possibilidade de superação da Súmula, que

pode mostrar-se não compatível com os atuais valores e costumes da sociedade, abrindo-se margem, novamente, para o livre convencimento do juiz.

Diante do exposto acima, observa-se que temos mais uma fundamentação a favor da relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro, atentando-se, pois, ao fato de que as fundamentações nestes casos devem ser pormenorizadas.

Não obstante, indaga-se a inconstitucionalidade da Súmula 593 do STJ ao restringir ao réu seu direito do contraditório e ampla defesa. Com a vulnerabilidade absoluta da vítima menor de 14 anos, pressupõe que não pode haver a inversão do ônus da prova, ou seja, retira a possibilidade de elaboração de provas em sentido contrário, excluindo-se a possibilidade da vulnerabilidade da pessoa não ser absoluta.

De igual modo, com a vulnerabilidade absoluta, fere-se o princípio da proporcionalidade. As penas impostas pelo Estado devem ser proporcionais à gravidade do crime. Agora se a própria vítima alega ter consentido para a prática de ato sexual, seria desproporcional condenar o réu.

Não diferente, quando o Estado impõe que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos no crime de estupro seja absoluta, estaria intervindo diretamente na vida das mesmas, ferindo-se o princípio da intervenção mínima do Estado. A lei penal deve ser aplicada somente como último recurso, ou seja, quando for a única solução do caso, mas, parece-nos, que o Estado vem empregando a intervenção máxima do Estado na vida das pessoas.

Assim, com o legislador impondo que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável seja absoluta, retirou-se das pessoas, réu e vítima, garantias constitucionais expressas e, se não bastasse, retirou do julgador seu livre convencimento.

Por fim, a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável é essencial para um Estado Democrático de Direito, visto que, mesmo que o bem tutelado pelo art. 217-A do CP e pela Súmula 593 do STJ seja a dignidade sexual da criança, deve ser considerado a capacidade de discernimento da mesma. Somente assim os direitos das partes de cada caso concreto serão garantidos, seja do sujeito passivo ou ativo.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Tribunal de Justiça de Amapá. **Apelação APL: 00023347120138030008 AP**. Relator: Desembargadora Stella Simonne Ramos, Data de Julgamento: 29/05/2014. Disponível em: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/641908263/apelacao-apl-23347120138030008-ap?ref=serp>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BERTASSO, Marcelo. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. 2009. Disponível em: <<https://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BIFFE JUNIOR, João; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. **Concursos públicos terminologias e teorias inusitadas**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. I. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial ReEsp nº 1703032 RS 2017/0259112-1. Relator: Ministro Felix Fischer. Data da Publicação: 16/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521126959/recurso-especial-resp-1703032-rs-2017-0259112-1>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

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

Julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em: 02 set. 2018.

CÂMARA dos Deputados. **Legislação Informatizada - Lei Nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009 - Exposição de Motivos**. Brasília, 14 de setembro de 2004. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da Proporcionalidade: A Ponderação dos Direitos Fundamentais**. 2004. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/97046149/Principio-da-proporcionalidade-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 12 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. I, parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida: Uma Análise em Face do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e da Capacidade de Autodeterminação Sexual do Menor**. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventude e Sexualidade**. Brasília: UNESCO, 2004.

COELHO, Pedro. **Estupro de Vulnerável e a Exceção de Romeu e Julieta**. 2017. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/estupro-de-vulneravel-e-a-excecao-de-romeu-e-julieta/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador-BA: JusPodivm, 2009.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2018.

ESTEFAM, André. **Direito Penal - Parte Especial**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

G1-BA. Após ser absolvido pelo TJ-BA, homem acusado de estupro de vulnerável é condenado pelo STJ. **G1 Globo**, Bahia, 01 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bahia/noticia/apos-ser-absolvido-pelo-tj-ba-homem-acusado-de-estupro-de-vulneravel-e-condenado-pelo-stj.ghtml>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. **Apelação Criminal APR 487247320178090176**. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. J. Paganucci Jr., Data de Julgamento: 24/04/2018. Data de Publicação: DJ 2504 de 14/05/2018. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578062223/apelacao-criminal-apr-487247320178090176?ref=serp>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. **Apelação Criminal APR: 03471174020138090095**. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Leandro Crispim. Data de Julgamento: 02/05/2017. Data de Publicação: DJ 2316 de 27/07/2017. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485225885/apelacao-criminal-apr-3471174020138090095>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. **Apelação Criminal APR04768839720118090134**. 1ª Câmara Criminal; Relator: Dr. Eudécio Machado Fagundes. Data de Julgamento: 01/08/2017. Data de Publicação no DJ: 18/08/2017. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490365695/apelacao-criminal-apr-4768839720118090134>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IBGE. **Pesquisa nacional de saúde do escolar: 2015/IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentários a Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

_____. **Manual de processo e execução penal**. 11. ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PORTAL do Governo. **Pesquisa da USP revela que o jovem inicia cedo a vida sexual.** 12 de julho 2007. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/pesquisa-da-usp-revela-que-o-jovem-inicia-cedo-a-vida-sexual/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte geral. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Do Estupro.** 19 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/do-estupro/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. **Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico.** Boletim do IBCCRIM, n. 74, jan. 1999. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/1064-Sobre-afuncao-do-juiz-criminal-na-vigencia-de-um-direito-penal-simbolico>. Acesso em: 07 abr. 2019.

RAMOS, Jéssica Talita Alves. **A vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos (art. 217-a, CP) à luz da política criminal brasileira e do princípio da proporcionalidade.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48322/a-vulnerabilidade-absoluta-do-menor-de-14-anos-art-217-a-cp-a-luz-da-politica-criminal-brasileira-e-do-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 12 out. 2018;

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

_____. **Direito Processual Penal.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015;

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70058784554.** 6ª Câmara Criminal. Relator: Icaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 29/01/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058784554&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70043929652.** Oitava Câmara Criminal. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 11/12/2013. Data de publicação no DJ: 20/01/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113604178/apelacao-crime-acr-70043929652-rs>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70050178045.** 6ª Câmara Criminal. Relator: Icaro Carvalho do Bom Osório, Julgado em 11/04/2013.

Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112764638/apelacao-crime-acr-70050178045-rs?ref=serp>>. Acesso em: 07 abr. 2019;

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação APL: 20110983973 SC 2011.098397-3**. 2ª Câmara Criminal. Relator: Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 17/09/2012. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23815083/apelacao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apl-20110983973-sc-2011098397-3-acordao-tjsc/inteiro-teor-23815084>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

SANTROCK, John. W. **Adolescência**. 14. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação APL 00026815220088260360 SP 0002681-52.2008.8.26.0360**. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Willian Campos. Data de publicação no Dj: 16/05/2016). Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340838672/apelacao-apl-26815220088260360-sp-0002681-5220088260360?ref=serp>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

SOARES, José da Costa. O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental. Análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5185, 11 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60387>>. Acesso em: 11 out. 2018.

TALON, Evinis. **Qual é a vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável?** 2018. Disponível em: <<http://evinistalon.com/qual-e-vulnerabilidade-no-crime-de-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e.. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VACCARI, Glauceia. Absolvido em 1º grau, acusado de estupro de vulnerável é condenado a 8 anos. **Correio do Estado**, Campo Grande, 21 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.correiodoestado.com.br/cidades/campo-grande/absolvido-em-1o-grau-acusado-de-estupro-de-vulneravel-e-condenado-a/300426/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.