

A (IN)VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS: UM DEBATE SOBRE O LIMITE ETÁRIO

PISSAIA, RAMIRO DO VALLE¹
ROSA, LUCAS AUGUSTO²

RESUMO:

Com o advento da Lei 12.015 do ano de 2009, foi introduzido ao Código Penal o crime de estupro de vulnerável, previsto pelo artigo 217-A; o qual prevê que qualquer ato libidinoso, assim como conjunção carnal com menor de 14 anos, configura o delito deste artigo, que está presente no Título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Entretanto, com a introdução deste artigo, geraram-se diversas discussões sobre a sua abrangência, partindo de dois principais posicionamentos; o primeiro considera que o limite etário de 14 anos deve permanecer como principal nivelador entre considerar o adolescente com idade entre 12 e 14 anos como absolutamente vulnerável ou invulnerável. Já o segundo posicionamento acredita que há outras formas e medidas, que devem ser analisadas para uma tomada de decisão judicial, e não tão somente a faixa etária supracitada, como, por exemplo, a conduta do autor no momento da consumação do “delito”, ou, até mesmo, a conduta da vítima, devendo levar-se em consideração a declaração de consentimento. Além disso, é abordado o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual permite a aplicação de um ato infracional aos adolescentes que, dessa maneira, cria uma insegurança jurídica sobre a capacidade imposta pelo Estado a esses indivíduos com faixa etária entre 12 e 14 anos.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerável, conduta, capacidade.

THE (IN)VULNERABILITY OF UNDER 14 YEARS OF AGE: A DEBATE ABOUT THE AGE LIMIT

ABSTRACT:

With the advent of the Law 12.015 of 2009, the crime of rape of a vulnerable person was introduced to the Penal Code, provided by article 217-A, which provides that any libidinous act, as well as having carnal conjunction with a child under 14, configures the offense of this article, which is present in the Title “Of Crimes Against Sexual Dignity”. However, with the introduction of this article, several discussions about its scope were generated, starting from two main positions; the first one considers that the limit age of 14 years should remain as the main leveler in considering the adolescent aged between 12 and 14 years as absolutely vulnerable or invulnerable. The second position, on the other hand, believes that there are other ways and measures, which should be analyzed for a judicial decision, and not just the aforementioned age group, such as the perpetrator's conduct at the time of the consummation of the "offense", or even the victim's conduct, taking consent into account. In addition, the Statute of Children and Adolescents is addressed, which allows for the application of an offense to adolescents, thereby creating legal uncertainty about the capacity imposed by the State on these individuals aged between 12 and 14 years.

KEYWORDS: Vulnerable, conduct, capacity.

1 INTRODUÇÃO

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: rvpissaia@minha.fag.edu.br

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: lucasaugustodarosa@fag.edu.br

A presente pesquisa bibliográfica discute sobre o limite etário de 14 anos ser o principal nivelador entre a (in)vulnerabilidade dos adolescentes, em se tratando de seu discernimento sobre a liberdade sexual, assim como da dignidade sexual, imposto pelo Código Penal Brasileiro. Em seu artigo 217-A, considera-se como absolutamente vulnerável o indivíduo que possui faixa etária inferior à de 14 anos, inclusive os adolescentes com idades entre 12 e 14 anos, considerados como capazes de discernir sobre uma conduta compreendida como ato infracional.

Sendo assim, devido à insegurança do Estado sobre a capacidade jurídica imposta sobre os adolescentes, indaga-se: considerando a sociedade atual, é correto continuar a compreender o limite etário de 14 anos como o principal nivelador entre os adolescentes considerados absolutamente vulneráveis e os invulneráveis no âmbito penal? Não obstante, a conduta do(a) autor(a), tratando-se da prática de relações sexuais com o(a) menor, não precisa ser analisada para uma tomada de decisão judicial?

Para discorrer sobre o assunto, um dos objetivos da pesquisa é a conceituação do Direito Penal e sua finalidade, assim como o conceito de crime. Além disso, realizar uma análise técnica acerca dos principais dispositivos legais relacionados ao objeto da pesquisa, mencionando fundamentos e princípios apresentados pelos operadores de direito, e também pelos tribunais estaduais e superiores do Brasil, sempre buscando a segurança jurídica sobre o assunto.

Com a introdução deste Código Penal ao ordenamento jurídico brasileiro, no ano de 1940, o delito de estupro começou a versar em seu artigo 213, sob o Título VI, Dos Crimes Contra os Costumes, no qual somente a mulher possuía a possibilidade de ser a vítima do delito. Ainda, deveria ocorrer a conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, para que assim se configurasse como crime.

Posteriormente, com a introdução da Lei nº 12.015, no ano de 2009, quando ocorreu a última modificação, a qual perdura até os dias atuais, o estupro passou a estar presente no Título VI, intitulado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Diferentemente do que era abrangido pelo seu *caput* anteriormente, atualmente ambos os sexos podem ser vítimas do crime, e não é mais obrigatória a conjunção carnal, pois, para configurar o estupro, basta “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Vale ressaltar que, com a introdução da lei supracitada, adveio o artigo 217-A, o qual configura o crime de estupro de vulnerável. Ele substituiu o artigo 224 do Código Penal, que presumia a violência quando a vítima era menor de 14 anos. Apesar da nova redação do artigo substituto, isso não foi eficaz para cessar as discussões sobre o caráter absoluto ou relativo desse indivíduo, já abordado na presunção de violência, e tão somente teve seu foco direcionado à questão da vulnerabilidade. Dessa forma, a (in)vulnerabilidade dos menores de 14 anos tem despertado diversas discussões no âmbito jurídico, partindo-se de duas posições.

O primeiro posicionamento é aquele encontrado na letra da lei, a qual impõe o estado de vulnerabilidade como absoluto do menor entre 14 e 12 anos, ou seja, não são admitidas relativizações; o consentimento da vítima é irrelevante em uma tomada de decisão, assim como a sua experiência sexual anterior, até mesmo nos casos em que há relacionamento amoroso entre autor e vítima, com ou sem consentimento dos genitores, presumindo-se a violência.

Tratando do segundo posicionamento, consiste na ideia de que se pode relativizar a vulnerabilidade, desde que as circunstâncias ocorridas não violem o bem jurídico tutelado; a dignidade sexual, precisando levar-se em consideração também a conduta do(a) autor(a), bem como a atitude do sujeito passivo no momento da consumação do “delito”.

Diante do exposto acima, nota-se que é de suma importância a discussão sobre o tema abordado neste artigo, devido à divergência na capacidade jurídica imposta pelo Estado aos adolescentes sobre seu discernimento para atos e relações, levando em consideração a evolução do Direito com a realidade. Por essa razão, para a sustentação desta pesquisa, serão empregados os fundamentos em bibliografia dos doutrinadores jurídicos, julgados de tribunais do Estado, assim como pesquisas digitais jurisprudenciais.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1.1 Direito Penal e suas funcionalidades

Primeiramente, deve definir-se o Direito Penal, sendo um conjunto de normas que qualificam alguns dos comportamentos humanos como mais graves e perniciosos à sociedade, porque colocam em risco os valores fundamentais para uma convivência social saudável. Pode-se descrever esse tipo de comportamento como infração penal, devendo-se impor sanções a esses atos, estabelecendo regras gerais e complementares para aplicação justa e igualitária, com adequação dos dispositivos legais aos princípios constitucionais, com intuito de garantir a dignidade humana (CAPEZ, 2019).

Além de serem normas consideradas para reger o comportamento do indivíduo, o Direito Penal fixa limites ao poder punitivo do Estado, com a instituição de infrações penais e as sanções correspondentes, assim como regras inerentes à sua aplicabilidade. É válido dizer que o ordenamento jurídico-penal é exarado por princípios constitucionais, em especial o da legalidade que, em seu sentido amplo, amparado pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, assegura que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei. Já em seu sentido estrito, não existe crime sem que seja definido anteriormente pela lei, assim como a pena em que a comitê, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXIX, também da Constituição. Ainda que o Direito Penal possua foco nos limites punitivos, é importante lembrar que prevê as sanções mais graves e

viáveis ao indivíduo, como em casos de privação da liberdade; assim, constituindo o ramo mais rígido do Direito (NUCCI, 2020).

Defende-se por doutrinadores que o Direito Penal possui dois segmentos de função: o funcionalismo teológico e o sistêmico, classificado também como moderado. A função do Direito Penal é assegurar os bens jurídicos, aqueles que são considerados de valor indispensável à convivência harmônica no âmbito social, sendo válidas medidas de política criminal. Com relação ao funcionalismo radical, sistêmico, que visa a resguardar o sistema, ou seja, à asseguuração da autoridade da norma, com sentido de que o Direito não pode ser violado, se caracteriza como função do Direito Penal. Quando esse é necessário, deduz-se que o bem jurídico já foi violado. Assim, a função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, e sim a garantia de validade do sistema (CUNHA, 2021).

O instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para manter o controle social é o Direito Penal; sua intervenção já é reconhecida como uma forma de violência. A imposição de uma pena consiste em uma maneira de agressão, independentemente de quais objetivos estão sendo projetados – como prevenção e retribuição –, o que leva a intervenção penal a ser um mal. Entretanto, é aceita socialmente por se tratar de uma violência institucionalizada, organizada e formalizada, o que se deriva do fato de que o Direito Penal é um mecanismo de controle da sociedade, e, por essa razão, deve-se observar suas manifestações com maior cuidado e reserva. Os limites resultam necessários (BUSATO, 2020).

Pode aferir-se a natureza do Direito Penal no momento da conduta, sendo que toda ação humana é sujeita a dois aspectos valorativos distintos; o primeiro em face da lesividade que o resultado provocou, e o segundo conforme a reprovabilidade da ação em si própria, tendo em vista que acarreta resultado indesejado toda lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, pois ofende um interesse no âmbito social relevante. Entretanto, vale ressaltar que a reprovação não depende somente do desvalor do ocorrido, mas principalmente se o comportamento é consciente ou negligente de quem o praticou (CAPEZ, 2019).

Proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade é a finalidade do Direito Penal. A pena possui finalidade de instrumento de coerção desse direito para a proteção dos bens, valores e principais interesses da sociedade. O Direito Penal tem objetivo de tutelar os bens jurídicos que não podem ser protegidos suficientemente pelos outros ramos do Direito, por serem extremamente valiosos, não no âmbito econômico, mas sim, político; ou seja, com a evolução da sociedade. Isso porque bens tidos antigamente como fundamentais, sendo protegidos pelo Direito Penal por essa razão, atualmente podem não gozar desse status, como a infração sedução (GRECO, 2017).

2.1.2 Conceituação de Crime

Adiante, é de suma importância a definição do “crime”, como uma transgressão imputável da lei penal por dolo ou culpa, por ação ou omissão e por delito; e, em seu conceito analítico, é uma ação típica e antijurídica, culpável e punível (GRECO, 2017).

O crime, em seu conceito material, coloca em destaque o conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana como infração penal e, conseqüentemente, sujeita a uma sanção. Sendo assim, é importante o estabelecimento de um critério que leve o legislador a definir os fatos como criminosos ou não, ou seja; é necessário dar um norte ao legislador, pois, sem descrição legal, nenhum fato será considerado crime, cabendo à sua própria vontade a criação de leis penais incriminadoras, o que, por ventura, poderia ferir o *jus libertis* dos cidadãos (DAMÁSIO, 2020).

Já em seu conceito formal, crime é a concepção do direito acerca do delito, definindo-se pela conduta proibida por lei, sob consequência de aplicação de pena, visão legal do fenômeno. Ou seja, é levada a demanda ao legislativo, por meios de pressão, quando o âmbito social entende a necessidade de constituir uma conduta criminosa. Desse modo, respeita-se o princípio da legalidade, no qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine (NUCCI, 2020).

Tendo em vista os conceitos de crime formal e material, em que o primeiro crime é toda ação ou omissão definida como proibida por lei, sob consequência de uma pena, e o segundo é a ação ou omissão contrária aos valores ou interesses do corpo social, exigindo-se sua proibição com a intimidação da pena, ainda não são suficientes para permitir à dogmática penal realizar uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime, sendo necessária a adoção de um conceito analítico do mesmo (BITENCOURT, 2020).

No conceito analítico, o crime é definido como fato típico, antijurídico e culpável, não importando sua corrente, se causalista, finalista ou funcionalista. O delito possui três elementos indispensáveis à sua configuração; sem qualquer um deles, o juiz é obrigado a absolvê-lo (NUCCI, 2020).

Ainda sobre o conceito analítico de crime, pode tratar-se de uma ação ou omissão regulada a um modelo legal de conduta desaprovada; típica, em contrariedade ao direito; antijurídica, compelida a um juízo de negação social, que incide sobre o fato e seu autor; e culpável, presente o requisito de imputabilidade, que é a consciência de poder agir conforme o direito. Nesse último conceito, encontram-se as maiores divergências doutrinárias (NUCCI, 2020).

2.1.3 Posicionamentos dos Tribunais Superiores do Estado

Com relação ao artigo 217-A do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça tem como posicionamento que é irrelevante o eventual consentimento da vítima, sua experiência sexual ou a existência de relação amorosa com o sujeito ativo que pratica o ato libidinoso ou a conjunção carnal com menor de 14 anos, caracterizando o crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 2017).

O Supremo Tribunal Federal também entende que é irrelevante o consentimento do(a) ofendido(a) menor de 14 anos, sendo a imaturidade psicológica o bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável, e, por essa razão, a presunção de violência não pode ser omissa pelo aspecto físico da vítima nem pela experiência sexual (STF – HC: 109206 RS, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 18/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 16/11/2011)

Em contrapartida, em entendimento do STJ, de acordo com o artigo 2º do Estatuto Menorista, Lei 8.069/90, o menor com faixa etária de 12 a 18 anos de idade, considerado adolescente, passível até mesmo de sofrer medidas socioeducativas, pode ser considerado, pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional. Ressalta-se que, nos dias atuais, com os meios de comunicação em massa adentrando o âmbito dos lares com matérias referentes a sexualidade, esse menor de 14 anos (e maior de 12 anos), pode ter a capacidade de discernir validamente um ato sexual. Com isso, ao presumir a violência, mesmo com a vontade válida do menor de 14 anos, se está equiparando-o a um indivíduo portador de alienação mental, não sendo razoável nos dias de hoje. Desse modo, no ordenamento jurídico, não se deve admitir a contradição de que se possa punir, com ato infracional, o adolescente de 12 anos e, simultaneamente, considerá-lo incapaz quanto à prática do ato libidinoso ou de conjunção carnal (STJ – HC: 88.664 GO, Relator: Min. OG Fernandes, Data de Julgamento: 23/06/2009, Sexta Turma, Data de Publicação: 09/09/2009).

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a experiência sexual anterior, ou até mesmo o consentimento da vítima menor de 14 anos, possuem irrelevância para configuração do crime de estupro, devendo a presunção de violência anteriormente disciplinada no artigo 224, A, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta (STJ – HC: 200.916 MG, Relator: Min. Jorge Mussi, Data de Julgamento: 08/11/2011, Quinta Turma, Data de Publicação: 01/12/2011).

Em recurso defensivo julgado procedente pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, em uma relação que houve consentimento entre ambas as partes, o acusado declarou não ter conhecimento da faixa etária da ofendida, e, além disso, conforme foi declarado por testemunhas, essa não aparentava possuir a idade inferior a 14 anos. Desse modo, nota-se que não houve lesão ao bem jurídico tutelado, assim como a violência presumida demonstrou não possuir do caráter absoluto, devendo cada caso ser analisado (TJ-SP – APL: 0001514-26.2012.8.26.0306 SP, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 20/08/2015, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 26/08/2015).

Há casos em que não se pode definir com clareza se o ato se configurou em crime. Assim, se o magistrado, analisando o conjunto probatório, ainda permanece inseguro sobre condenar ou absolver o réu, ele deverá decidir pela absolvição, pois entre as duas alternativas, admite-se como menos gravosa liberar um réu culpado, do que efetivar a condenação de um inocente. Ou seja, caso as provas acolhidas aos autos não se mostrem suficientes, deverá prevalecer o direito de liberdade do indivíduo ao direito de punir do Estado (TJ-PA - APR: 00017408220148140051 BELÉM, Relator: LEONAM GONDIM DA CRUZ JUNIOR, Data de Julgamento: 14/11/2019, 3ª TURMA DE DIREITO PENAL, Data de Publicação: 18/11/2019).

Em decisão do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, houve a improcedência sobre pedido de recurso de ação, o que absolveu o réu pelo delito de estupro de vulnerável. Este admitiu manter relações sexuais com vítima, nas quais sempre teve o consentimento, além de viverem como marido e mulher. Ainda que exista reprovabilidade moral da conduta do autor, a vítima não foi sujeita a nenhum constrangimento sob o aspecto de sua dignidade sexual, sendo a conduta reputada penalmente como atípica, ou seja, pode concluir-se que não é constatada posição de vulnerabilidade (TJ-RS - APR: 70082908633 RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Data de Julgamento: 29/01/2020. Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/02/2020).

Por fim, Tribunal de Justiça de Minas Gerais também decidiu pela absolvição do acusado, pois a prova dos autos demonstrava claramente relação amorosa prévia entre a vítima e o acusado, como também a prática livre e com consentimento das relações sexuais entre ambos. Levou-se em consideração a dúvida a respeito do conhecimento da verdadeira idade da vítima, além da inexistência da configuração de vulnerabilidade e ofensa ao bem jurídico tutelado da vítima, afastando o interesse do Direito Penal, sendo a medida a ser imposta a absolvição por atipicidade da conduta (TJ-MG - APR: 10444140002882001 MG, Relator: Márcia Milanez, Data de Julgamento: 07/05/2020, Data de Publicação: 11/05/2020).

2.1.4 Perquirição do Limite Etário de 14 anos como Principal Nivelador de (In)Vulnerabilidade

Após esta breve conceituação sobre a funcionalidade do Direito Penal, do crime e da arguição de algumas decisões dos Supremos Tribunais, é necessária uma análise dos principais dispositivos legais pertinentes ao tema. O primeiro artigo a ser abordado é o artigo 2º da Lei 8.069 de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em seu *caput*, está previsto que, para todos os efeitos dessa lei, considera-se o indivíduo de até 12 (doze) anos de idade incompletos como criança, e aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade como adolescente.

O artigo 2º apresenta a diferença técnica entre criança e adolescente, sendo que o primeiro é o menor entre 0 e 12 anos, e, o segundo, entre 12 e 18 anos. Esta distinção foi criada pelo ECA,

devido à necessidade da regulamentação de alguns institutos, como uma possível aplicação da medida socioeducativa, e a necessidade de autorização de viagem. Essa diferenciação adveio de política legislativa, levando em consideração a média de transição da infância para adolescência mais provável da época, ou seja, a transformação da criança para o adolescente (BRASIL, 1990).

Entretanto, ressalta-se que não existe uma precisão sobre essa faixa etária, pois existem, por exemplo, “crianças” com idade de 10 anos que apresentam características de adolescentes, como mudanças físicas e psicológicas, e que aos chamados comportamentos irreverentes e desafiantes da adolescência. Para a OMS, a faixa etária da adolescência pode ser compreendida pela idade entre 11 a 19 anos (ISHIDA, 2021).

Outro dispositivo legal dessa mesma lei que se vale ressaltar é o artigo 3º, o qual garante condições de liberdade e de dignidade, que crianças e adolescentes gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando, por meio de lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, com a finalidade de lhes facultar o desenvolvimento (BRASIL, 1990).

Ainda que o artigo 3º descreva aparentemente o óbvio, informa uma importante inovação referente à sistemática anterior à Lei 8.069/90, ECA, reconhecendo criança e adolescente como sujeitos de direitos, e não tão somente “objetos” da intervenção estatal à criança e ao adolescente. Ademais, essa disposição reflete o que contém o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual atribui a todos o direito de igualdade em direitos e deveres individuais e coletivos, estendendo-o para as crianças e adolescentes. Esse dispositivo, além de aplicar-se ao direito material, também influi no âmbito processual, assegurando que adolescentes acusados da prática de atos infracionais não tenham desrespeitadas as suas garantias processuais, que são asseguradas aos acusados, independentemente de sua faixa etária. Vale ressaltar que sempre que estiver em discussão a necessidade de salvaguarda aos direitos da criança e do adolescente, torna-se obrigatória a sua oitiva, seja por parte dos pais ou responsáveis, seja por parte do Estado, especialmente à aplicação das medidas de proteção correlacionadas ao artigo 101 do ECA, contanto que esse menor tenha condição de expressar sua vontade (M. DIGIÁCOMO e I. DIGIÁCOMO, 2020).

O último dispositivo legal a ser abordado, é o principal artigo do assunto tema do presente artigo científico, o art. 217-A, da Lei 12.015 de 2009 do Código Penal, o qual prevê o crime de estupro de vulnerável. Neste, está disposto que quem tiver conjunção carnal, ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, estará cometendo o delito citado, podendo receber pena de reclusão de 8 a 15 anos. Ainda, em seu §1º, estará incorrendo na mesma pena quem pratica os mesmos atos descritos no *caput* com indivíduo que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui o discernimento necessário para a prática do ato, ou não possa oferecer resistência por qualquer outra causa. Além do mais, caso a conduta resulte em lesão corporal de natureza grave ou em morte, a pena será agravada em 10 a 20 anos e 12 a 30 anos, respectivamente, conforme os §§ 3º

e 4º. Por último, incluído na Lei 13.718 de 2018, o §5º prevê que todos os atos já citados deste artigo independem do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 2009).

Com isso, observa-se que ocorreu a “perda” de uma oportunidade ímpar na equiparação dos conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente: uma vez que o indivíduo é considerado criança, se menor de 12 anos, e adolescente, se maior; a faixa etária de 14 anos citada no Código Penal deveria ser excluída desse cenário. Legitima-se, dessa forma, ser absoluta a tutela do Direito Penal no assunto dos crimes sexuais em que o foco seja a criança menor de 12 anos. Entretanto, ao tratar-se do maior dessa idade, deveria ser relativa, sendo a lógica do sistema legislativo analisada em conjunto (NUCCI, 2020).

Entretanto, há controvérsias na doutrina, pois, se o agente praticar conjunção carnal com menor de 14 anos acreditando que esse tem faixa etária superior, devido à sua aparência física, ocasionará o erro sobre elemento constitutivo do tipo, excluindo o dolo. Dessa forma, não há previsão de modalidade culposa no delito previsto pelo artigo 217-A; o fato é atípico (SALIM e AZEVEDO, 2017).

Devido às modificações ratificadas com a Lei nº 12.015/09, o Título VI começou a tratar dos delitos contra a dignidade sexual, que antes eram abordados pela expressão “Dos Crimes Contra os Costumes”. Assim, modificou-se o objeto da proteção jurídica a partir dessa alteração; o bem jurídico a ser tutelado pelo direito é a dignidade do indivíduo, precisamente sob o ponto de vista sexual, e não mais da moral média da sociedade, no resguardo dos costumes ou até mesmo no interesse de terceiros (CAPEZ, 2019).

Sendo por razões da idade, do estado ou da condição do indivíduo, importa a sua capacidade de resistir a intervenções de outros com relação à sua sexualidade. É compreendido que o legislador deve ter intenção de proteger aquelas pessoas que não possuem discernimento para compreensão ou mesmo possibilidade de oferecer de resistência sobre ato que infringe sua dignidade ou liberdade sexual (PRADO, 2019).

Conforme a presunção de violência foi absorvida pela denominação de vulnerabilidade, é necessário considerar se esta é absoluta, ou seja, não admite prova em contrário; ou se é relativa, admitindo prova em contrário. O legislador não evoluiu no sentido de acompanhar as transições de comportamentos reais na sociedade brasileira, até mesmo na definição de criança ou adolescente, já que, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa menor de 12 anos, e adolescente é maior de 12 anos. Levando em conta a contradição, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. Deve ser absoluta a tutela do Direito Penal em crimes sexuais com relação ao menor de 12 anos, criança, mas relativa ao maior de 12 anos, adolescente, é viável debater a capacidade da pessoa, no contexto do artigo 217-A do Código Penal (NUCCI, 2020).

Em contrapartida, a determinação desse limite etário ocorreu através de uma eleição político-criminal realizada pelo legislado. Não impõe nenhuma presunção por esse tipo, somente proíbe que alguém pratique a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com o menor de 14 anos (GRECCO, 2017).

Analisando de maneira puramente literal, pode-se deduzir, de forma equivocada, que quem possui exatamente a idade de 14 anos não poderia ser abrangido pelo disposto no §1º do artigo 213 do Código Penal, o qual engloba indivíduo maior de 14 anos, entendendo que nessa idade não ocorre o estupro de vulnerável, pois o sujeito passivo deve possuir faixa etária inferior a 14 anos. Esse tipo de posicionamento é inaceitável, pelo seu absurdo, já que, caso ocorra uma situação como a citada anteriormente, deve caracterizar-se o crime de estupro de vulnerável. Caso contrário, é decidido pelo estupro simples. Cometido o crime no dia em completasse o seu 14º aniversário, por exemplo, a vítima teria seu agressor recebendo pena menos gravosa (ESTEVAM, 2021).

Sem dúvidas, quando foi previsto pelo legislador o estupro de vulnerável – nesse caso, somente a prática sexual com menor de 14 anos, sem tipificar o constrangimento carnal – considerou-se o sujeito passivo absolutamente incapaz. Essa conduta tipificada, conjunção carnal ou ato libidinoso, possui relação direta com “violência sexual”, contra vítima indiscutivelmente vulnerável, que, porém, na prática, pode não ocorrer com tal gravidade. Mesmo intolerável, merece proteção penal. É possível a existência de uma “vulnerabilidade relativa”, em que o indivíduo, por certas circunstâncias ou peculiaridades particulares, não é absolutamente vulnerável, devendo haver pena correlativa à intensidade praticada (BITENCOURT, 2020).

O Código Penal, pelo artigo 217-A, não requisita que a conduta do agente cometa-se mediante violência ou grave ameaça, ou seja, ao contrário do verbo *constranger*, é suficiente que tenha praticado conjunção carnal ou ato libidinoso, ainda que consentido pela vítima, o qual é desconsiderado pela lei. Sendo assim, o agente que possui consciência da idade da vítima deverá responder ao crime de estupro de vulnerável. (GRECCO, 2017)

No caso em que o agente pratique a conjunção carnal com sua companheira, acreditando que esta possua idade superior a 14 anos em razão de um documento falso, por exemplo, esse indivíduo não deverá responder pelo crime de estupro de vulnerável, tendo em vista o desconhecimento da elementar idade da vítima. É possível fundamentar esta situação com o dispositivo legal previsto no Código Penal, artigo 20, o qual descreve que o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo; entretanto, permite a aplicação da modalidade culposa, se prevista em lei. Além disso, em seu §1º, é exposto que há isenção de pena quando a incidência se dá por erro justificado devido às circunstâncias; é suposta situação de fato que, existindo, tornaria legítima a ação. Caso ocorra o erro derivado de culpa, o fato é punível como crime culposos, não havendo a isenção (DAMASIO, 2020).

Desse modo, pode-se dizer que o dolo é o elemento subjetivo necessário para reconhecer o delito de estupro de vulnerável, sendo necessário abranger os requisitos exigidos pelo artigo 217-A do Código Penal. Deve existir a ciência do agente sobre a vítima ter idade inferior a 14 anos, ou sobre possuir enfermidade ou deficiência mental, não possuindo, assim, o discernimento necessário para realização do ato, ou não podendo oferecer resistência por algum outro motivo (GRECCO, 2017).

A inclusão do §5º ao artigo 217-A – o qual prevê que as penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º desse artigo se aplicam independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime – possui o objetivo claro de seguir o caminho escolhido pelo parlamentar, que busca por um fim à divergência nas doutrinas e nas jurisprudências sobre a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos, elegendo esta como absoluta, deixando nítida a punibilidade da conjunção carnal ou do ato libidinoso com o menor da idade citada anteriormente. Por essa razão, compreende-se que a prática dessa relação está impedida em qualquer circunstância, consentida ou não e, no caso de descumprimento do injusto penal, o(a) parceiro(a) sofrerá punição. Sendo o acusado maior de 18 anos, aplica-se o crime de estupro de vulnerável, caso seja menor de 18 anos, aplica-se o ato infracional semelhante ao estupro de vulnerável (NUCCI, 2020).

2.1.5 Sustentação Através de Princípios Norteadores do Direito Penal

O conceito de princípio indica uma ordenação que se envolve nos sistemas de norma, servindo como base para interpretar e integrar o conhecimento e aplicação do direito positivo. Além disso, o princípio tem diversas categorias, como as de origem, causa primária, elementos predominantes na constituição do fato, preceitos, regras, fontes ou causas de uma ação, e, até mesmo, leis. Alguns desses são expressamente previstos em lei; entretanto, outros estão implícitos em sistemas normativos – vale ressaltar os princípios constitucionais, arrolados na Constituição Federal – e servem para orientar a produção de leis ordinárias, atuando como garantias diretas e imediatas à população, com funcionalidade de critérios de interpretações e integrações ao texto constitucional (NUCCI, 2020).

Ressalta-se o princípio da bagatela, o qual vem sendo aplicado pelos tribunais do Estado de maneira oscilante. Assim, o STF estabeleceu quatro critérios para sua aplicação: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; um reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim; a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Geralmente, esse princípio é reconhecido em crimes sem violência (MENDES, 2018).

O Princípio da Bagatela Imprópria, conhecido também como irrelevância do fato, permite que, mesmo diante de um fato típico, o julgador deixe de aplicar a pena em razão de ela ter se tornado desnecessária, verificando os requisitos determinados. O princípio supracitado, desde que

presentes o desvalor da conduta e do resultado, com evidência de conduta típica, antijurídica e culpável, torna desnecessária a aplicação da pena, considerando os fatos do caso concreto, principalmente o histórico do autor. Parte-se do princípio de que a pena não pode ser meramente retributiva, e sim preventiva, mesmo que o crime esteja plenamente configurado, podendo-se considerar como fundamento legal desse princípio o artigo 59 do Código Penal (CUNHA, 2021).

O Princípio da Irrelevância Penal do Fato, ou Princípio da Bagatela Imprópria, não objetiva a impunidade, mas, sim, vislumbra a realização do contrapeso diante da necessidade de punição do agente infrator da norma penal e da proporcionalidade da pena. No exercício do *ius puniendi*, o Estado não é impedido de aplicar uma pena sem que seja razoável ou proporcional; e a aplicação de uma reprimenda penal acarreta severas consequências na vida de uma pessoa. Por esse motivo, a pena deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime; caso contrário, não se justifica sua aplicação (RIBEIRO, 2011).

A irrelevância penal de fatos delituosos deve ser reconhecida pela desnecessidade da pena, conforme avaliada pelo juiz em caso concreto. O seu reconhecimento não implica na atipicidade material do ato, mas no afastamento da culpabilidade. Então, a exclusão desta se baseia na teoria funcionalista da culpabilidade, devendo a pena satisfazer a prevenção de que ocorram novos fatos. Um exemplo disso seria a relação sexual do(a) maior de 18 anos com o(a) menor de 14 anos, em que possuem relacionamento estável: ainda que se aplique a pena, ela seria desnecessária, pois, mesmo que o réu se revele culpado, cabe a absolvição, devido à “irrelevância penal do fato”. A finalidade preventiva em questão, ainda que passível de debates doutrinários, é reconhecida, de maneira implícita, no artigo 59 do Código Penal (ESTEFAM, 2021).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o presente trabalho levantou discussões sobre o limite etário de 14 anos ser o principal nivelador da (in)vulnerabilidade dos adolescentes em relação ao discernimento da liberdade sexual e da dignidade sexual. Essa idade é imposta pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 217-A, o qual considera como absolutamente vulnerável o indivíduo que possua faixa etária inferior à de 14 anos, enquadrando os adolescentes com idades entre 12 e 14 anos.

Considera-se que adolescentes possuem o discernimento sobre o cometimento de ato infracional, como está previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo-se o estupro de vulnerável. Neste caso, são ambos considerados como agente e vítima.

Ademais, cotejaram-se os conceitos do Direito Penal e suas finalidades, tal como o de crime; ainda, realizou-se uma análise técnica acerca dos principais dispositivos legais relacionados aos objetos do trabalho, mencionando-se fundamentações e princípios apresentados pelos operadores de

direito. Além disso, foram exibidos posicionamentos dos principais tribunais estaduais e superiores do Brasil. Dessa maneira, buscou-se a todo o momento a segurança jurídica sobre o tema abordado.

Ainda, ponderou-se, conforme a insegurança do Estado sobre a capacidade jurídica imposta sobre os adolescentes, se estes devem continuar sendo distinguidos entre absolutamente vulneráveis ou se podem ser considerados invulneráveis, levando-se em consideração a realidade da sociedade atual, no âmbito sexual penal. Além disso, ao tratar da prática de relações com o menor, a conduta do autor precisaria ser analisada no momento de uma tomada de decisão judicial.

Não obstante, explanou-se sobre a introdução da Lei 12.015 em 2009, a qual introduziu o artigo 217-A ao Código Penal, sob o Título VI “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Este artigo excluiu a presunção de violência no crime, quando se trata de vítima com idade inferior de 14 anos e maior de 12 anos. Embora tenha sido criada a nova redação do artigo referido, o qual substituiu o artigo 224, isso não foi o bastante para encerrar as discussões sobre o caráter absoluto ou relativo do delito, direcionando o foco à questão da vulnerabilidade. Por essa razão, a (in)vulnerabilidade dos menores de 14 anos continua a despertar inúmeras discussões no âmbito jurídico.

Por fim, verificaram-se as duas posições adotadas sobre o assunto; na primeira, é imposta pelo Estado como absoluta a vulnerabilidade do adolescente entre 12 e 14 anos, ou seja, não se admitem relativizações, independentemente de consentimento, de experiência sexual anterior ou de ter havido uma relação amorosa. Com relação ao segundo posicionamento, consistiu na concepção da relativização da vulnerabilidade, desde que não ocorra a violação do bem jurídico tutelado durante o fato, levando-se em consideração a conduta do(a) autor(a), bem como a atitude do sujeito passivo na hora da consumação do “delito”.

Nota-se que, em certas hipóteses, levando em consideração os aspectos fáticos da demanda, a relativização da norma é possível, destacando-se quando o ato ocorre sem o conhecimento do sujeito ativo sobre a verdadeira idade do sujeito passivo.

Nesta pesquisa, levou-se em consideração principalmente a evolução do Direito com a realidade. Desse modo, para seu embasamento, empregaram-se os fundamentos em bibliografia dos doutrinadores jurídicos, julgados de tribunais do Estado, assim como pesquisas digitais jurisprudenciais, reforçando o posicionamento de uma relativização da norma jurídica. Notou-se a suma importância e necessidade de discutir-se sobre o assunto abordado nesta pesquisa, pela divergência sobre a capacidade jurídica que o Estado impõe aos adolescentes sobre ter ou não o discernimento para atos e relações sexuais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Júlia Silva. Relativização da culpabilidade no artigo 217-A do Código Penal. **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n.4321, 01 maio 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2020.

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

BRASIL. Decreto-Lei 8.069, de 13 de junho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **Ação Penal**. Estupro Mediante Violência Presumida. Vítima com 13 Anos e 11 Meses de Idade. Interpretação Abrangente de Todo o Arcabouço Jurídico, Incluindo o ECA. Menor a Partir dos 12 Anos Pode Sofrer Medidas Socioeducativas. Habeas Corpus Como Instrumento Idôneo Para Desconstituir Sentença Condenatória. Descaracterização da Violência e, Pois, do Estupro. Ordem Concedida. R. E. nº 88.664-GO, Goiás. Gentil Meireles Neto *versus* Tribunal de Justiça de Goiás. Relator: Min. OG Fernandes. Acórdão de 22/02/2018. jurisprudencia.stf.jus.br/pages/HC_0187687-90.2007.3.00.0000_GO_2007/0187687-4. Brasília. jun./set. 2009. p. 34.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **Ação Penal**. Estupro. Vítima Menor de 14 Anos. Presunção Absoluta de Violência. Consentimento da Vítima e Prévia Experiência Sexual. Irrelevância. Absolvição. Necessidade de Revolvimento Aprofundado de Matéria Fático-Probatória. Impossibilidade na Via do Writ. R.E nº 200.916, Minas Gerais. Miguel Aparecido Rodrigues *versus* Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Jorge Mussi. Acórdão 18/10/2012. jurisprudencia.stf.jus.br/pages/HC_0060209-60.2011.3.00.0000_MG_2011/0060209-0. Brasília. nov./dez. 2011. p. 15-16.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **Ação Penal**. Estupro de Menor de 14 Anos. Presunção de Violência. Erro de Tipo. Tema Insuscetível de Exame em Habeas Corpus, Por Demandar Aprofundada Análise de Fatos e Provas. Embargos de Declaração Opostos da Decisão que Indeferiu Liminar. Ausência dos Vícios Alegados. R.E. nº 109.206, Rio Grande do Sul. Anselmo Antonio Tieze *versus* Evandro Muliterno de Quadros. Relator: Min. Luiz Fux. Acórdão de 16 de novembro de 2011. jurisprudencia.stf.jus.br/pages/HC_109206_RS. Brasília. out./nov. 2011. p. 1-12.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Repetitivo. **Súmula 593**. Estupro de Vulnerável. Vítima Menor de 14 Anos. Fato Posterior a Vigência da Lei 12.015/2009. Consentimento da Vítima. Irrelevância. Adequação Social. Rejeição. Proteção Legal e Constitucional da Criança e do Adolescente. Terceira Seção. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, out./nov. 2017. p. 1-1.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal** – Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal** - Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**. Bahia: Jus Podivm, 2021.

DIREITO LEGAL. **Resumo de conceito e características do direito penal**. 2021. Disponível em: <https://direito.legal/direito-publico/direito-penal/resumo-de-conceito-e-caracteriticas-do-direito>. Acesso em: 28 maio 2021.

ESTEVAM, André. **Direito Penal** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2021.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Dámasio de. **Direito Penal** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **Direito Penal Geral**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais 8ª Câmara Criminal. **Ação Penal**. Apelação Criminal nº 1.0444.14.000288-2/001 Natércia/MG. Apelante: Paulo Aparecido dos Santos Mendes Rocha; Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Acórdão de 07 de maio de 2020. Disponível em <https://portal.tjpa.jus.br/jurisprudencial/APR 10444140002882001>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Florense, 2020.

PARÁ, Tribunal de Justiça do Estado de Belém 3ª Turma de Direito Penal. **Ação Penal Pública**. Apelação Criminal nº 0001740-82.2014.8.14.0051 Belém/PA. Apelante: M.S.S.; Apelado: Justiça Pública. Relator: Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior, Acórdão de 14/11/2019. Disponível em: <https://portal.tjpa.jus.br/jurisprudencial/APR 0001740-82.2014.8.14.0051>.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Florense, 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul 6ª Câmara Criminal. **Ação Penal**. Apelação Criminal nº 70082908633 Porto Alegre/RS. Apelante: Ministério Público; Apelado: L.G.O, Acórdão de 27/01/2020. Disponível em: <https://portal.tjpa.jus.br/jurisprudencial/APR 70082908633>.

SALIM, A.; AZEVEDO, M. A. **Direito Penal: Parte Especial**- Dos Crimes Contra a Pessoa aos Crimes Contra a Família, Salvador: Editora JusPodvim, 2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1ª Câmara Criminal Extraordinária. **Ação Penal Pública**. Apelação criminal nº 0001514-26.2012.8.26.0306, São Paulo/SP. Apelante: Anderson Aparecido Espindola; Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Juíza: Milena Repizo Rodrigues Kojo. Acórdão de 20/08/2015. Disponível em: <https://portal.tjsp.jus.br/jurisprudencial/APL 0001514-26.2012.8.26.0306 SP 0001514-26.2012.8.26.0306>.

VENTURA, Denis Caramigo. **O estupro (consensual) de vulnerável entre adolescentes menores de 14 e maiores de 12 anos - Fato típico ou não?** 2016. Disponível em: <https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/374354382/o-estupro-consensual-de-vulneravel-entre-adolescentes-menores-de-14-e-maiores-de-12-anos-fato-tipico-ou-nao>. Acesso em: 28 maio 2021.