

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÚLIO CÉSAR BELÉM DE OLIVEIRA

**A PROPORCIONALIDADE DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL
DIANTE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA: Uma análise científica do tipo penal**

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2023

JÚLIO CÉSAR BELÉM DE OLIVEIRA

**A PROPORCIONALIDADE DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL
DIANTE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA: Uma análise científica do tipo penal**

Trabalho de Conclusão de Curso — *Artigo Científico*,
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio,
em cumprimento às exigências para a obtenção do grau
de Bacharel.

Orientador: Prof.º. Luís José Tenório Britto.

JUAZEIRO DO NORTE-CEARÁ
2023

JÚLIO CÉSAR BELÉM DE OLIVEIRA

**A PROPORCIONALIDADE DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL
DIANTE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA: Uma análise científica do tipo penal**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do
Trabalho de Conclusão de Curso de JÚLIO CÉSAR
BELÉM DE OLIVEIRA.

Data da Apresentação 11/ 12 / 2023

BANCA EXAMINADORA

Orientador: PROF. ME. LUÍS JOSÉ TENÓRIO BRITTO / UNILEÃO

Membro: PROF. MA. DANIELLY PEREIRA CLEMENTE / UNILEÃO

Membro: PROF. DRA. AMÉLIA COELHO RODRIGUES MACIEL / UNILEÃO

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2023

A PROPORCIONALIDADE DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DIANTE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA: Uma análise científica do tipo penal

Júlio César Belém de Oliveira¹
Luís José Tenório Britto²

RESUMO

O estudo em questão analisou, à luz do princípio da proporcionalidade, a pena prevista no artigo 217-A do Código Penal, denominada estupro de vulnerável, em casos específicos, considerando a idade e o consentimento da vítima. Para atingir seu objetivo geral, esta pesquisa procurou identificar a política criminal adotada pelo legislador, analisou o critério de vulnerabilidade e avaliou a proporcionalidade atribuída ao crime. O método utilizado neste estudo foi a pesquisa básica pura, exploratória, qualitativa e bibliográfica. Como resultados, este estudo enfatizou a realização de uma análise teórica e ética do tema, realizou uma comparação com os demais direitos fundamentais e buscou recomendações para possíveis reformas legais.

Palavras-Chave: Proporcionalidade. Estupro de Vulnerável. Consentimento.

ABSTRACT

The present study analyzed, in light of the principle of proportionality, the penalty of the typical figure of article 217-A, of the penal code, of nomen iures rape of a vulnerable person, when it comes to specific cases, to the detriment of age, with the consent of the victim. To achieve its general objective, this research sought to point out the criminal policy adopted by the legislator, as well as analyzing the vulnerability criterion, and evaluating the proportionality given to the crime. The method used in this study was pure basic, exploratory, qualitative and bibliographical research. As results achieved, this study emphasized carrying out a theoretical and ethical analysis of the topic, as well as carrying out a comparison with other fundamental rights and sought recommendations for possible legal reforms.

Keywords: Proportionality. Rape of Vulnerable. Consent.

¹ Discente do Curso de Direito da UNILEÃO. E-mail: juliobelem7@gmail.com

² Professor Orientador da UNILEÃO, especialista em Criminologia e Direito Penal, pós-graduação em direito institucional / FAP, delegado de polícia civil do estado do Ceará. E-mail: luistenorio@leaosampaio.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A violência sexual é uma das violações mais severas aos direitos humanos de um indivíduo. Tais infrações requerem um tratamento especial no ordenamento jurídico, possuindo uma maior reprovação social ao serem tipificadas como crimes hediondos, no ordenamento brasileiro (SHECAIRA, 2017). Existem casos em que a conduta não tem como elemento o uso de violência ou grave ameaça à vítima, podendo existir inclusive o consentimento desta, sendo assim classificado o crime de estupro de vulnerável, merecendo uma análise caso a caso, a fim de que não se proceda à aplicação de uma pena injusta e desproporcional.

O marco inicial do início da vida sexual de um indivíduo varia de acordo com o gênero, classe social, valores e a geração na qual estão inseridos. No Brasil, atualmente, o início da vida sexual ocorre em geral durante a adolescência (BRASIL, 2009).

Com o avanço do acesso à informação através da tecnologia no século XXI, sendo esta consideravelmente superior ao século passado, o comportamento como um todo dos jovens difere muito da época antecessora, pois estão submersos em um novo contexto social (EISENSTEIN, 2008).

Dentre estes comportamentos inclui-se o início da vida sexual entre adolescentes que, no Brasil, conforme dados do Ministério da Saúde em 2008, a primeira relação sexual entre os jovens acontece por volta dos 14,9 anos (BARBOSA, 2008). Contudo, em pesquisa realizada em 2020, pelo Observatório Nacional da Família, vinculado à Secretaria da Família do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, destacou que a média de idade para o início da atividade sexual no Brasil era de 12,7 anos para os homens e 13,8 anos para as mulheres (JORNAL R7, 2020), sendo considerada por muitos como precoce, quando comparada ao final do século XX.

O Direito, como forma de adaptação social, requer uma via de mão dupla onde, de um lado, este se modifica às condições do meio da sociedade em que se rege; enquanto a sociedade deve adaptar o seu comportamento ao ordenamento jurídico. Para tanto, a fim de tornar saudável a relação entre direito e sociedade, sendo viável a convivência do todo, pois os bens jurídicos protegidos não podem ser inventos do legislador, mas sim frutos da representação dos valores daquela sociedade (NADER, 2019).

Atualmente, a figura típica do art. 217-A, do Código Penal brasileiro, de *nomen iuris*: estupro de vulnerável, em se tratando de casos específicos, onde há o consentimento da vítima, sem o uso de violência, constrangimento ou grave ameaça, possui uma pena superior ao crime de homicídio, indo de 8 a 15 anos, na modalidade simples, sendo considerado pelo ordenamento

jurídico crime hediondo, estando em pé de igualdade com as infrações de maior reprovação social existentes no Brasil, ainda que esta vulnerabilidade seja analisada com base apenas em detrimento da idade da vítima.

O presente trabalho tem por problemática a análise da pena do crime previsto no art. 217-A, do CP (estupro de vulnerável), em casos específicos em detrimento da idade da vítima, havendo o consentimento desta, verificando se esta possui uma medida proporcional.

O estudo analisará a possibilidade de a idade da vítima ser um fator determinante na conduta do crime, verificando se essa vulnerabilidade diminui com o simples transcurso do tempo. Da mesma forma, será analisado o critério utilizado na escolha da idade de 14 anos para a tipicidade do crime, e se a mesma está amparada em alguma característica biopsicossocial, que assegure que nesta faixa etária os jovens são mais vulneráveis por não possuírem discernimento para a prática de atos sexuais.

Com o objetivo de alcançar o objetivo geral adotado, busca-se: (I) identificar a política criminal adotada pelo legislador para combater o estupro de vulnerável, (II) investigar qual o argumento utilizado na escolha da idade da vítima, (III) analisar o conceito de vulnerabilidade pela psicologia (IV) interpretar a legislação do art. 217-A, CP, com base no princípio da proporcionalidade.

A presente pesquisa poderá, mediante a análise comparativa do direito e sob os aspectos éticos acerca do tema, valorizar a sua importância trazendo uma visão acerca da proporcionalidade da norma penal, sendo esta uma importante contribuição teórica.

Como importância prática, o presente estudo, que se dedicará à análise da política criminal adotada no crime de estupro de vulnerável, poderá instigar o debate para o aprimoramento das políticas públicas criminais do Estado, a fim de proporcionar uma proteção mais precisa dos bens jurídicos protegidos pela norma, sendo neste caso, a liberdade e a dignidade sexual.

Diante da temática abordada, esta pesquisa baseia-se em seu método quanto ao tipo como sendo de natureza básica pura, propondo realizar uma pesquisa com o objetivo de obter um conhecimento relativamente novo acerca de um tema existente (LAKATOS, 2017). Quanto aos objetivos, o método utilizado será o de pesquisa exploratória, com o objetivo de se obter maior familiaridade a respeito do problema (GIL, 2002).

Quanto à abordagem, o método adotado é o de pesquisa qualitativa, haja vista que esta pesquisa se dedica a buscar o entendimento no contexto social, experiências humanas, mediante análises documentais, buscando identificar temas, padrões e categorias; sendo, portanto, caracterizada como pesquisa qualitativa (BOGDAN, 1994).

Quanto às fontes, trata-se de uma pesquisa bibliográfica (LAKATOS, 2017). Quanto aos procedimentos, trata-se de um estudo de análise documental (ALMEIDA FILHO, 2016). Sendo uma pesquisa bibliográfica, esta terá como local de pesquisa as seguintes bases de dados: *scielo*, livros doutrinários, bem como documentos públicos e semelhantes.

2 POLÍTICA CRIMINAL

O autor André Estefam defende que a cientificidade do direito penal nasce da busca por sua legitimidade, uma vez que esta é determinada pela configuração da sociedade em que o direito é aplicado. Em outras palavras, é preciso a construção de um plexo normativo de direito penal daquela determinada sociedade, no seu tempo e espaço, com seus respectivos valores (ESTEFAM, 2022).

Como visão antagônica, o autor traz a análise do promotor de justiça alemão, Kirchmann (1847), no século XIX, que realizou críticas às teses que defendiam o caráter científico do direito. Segundo sua visão, toda obra doutrinária, sentença ou trabalho jurídico tornava-se descartável diante de três palavras de um legislador que modificasse a legislação (GÜNTHER, p. 22-23).

Contudo, o autor discorda, pois, em sua visão, Kirchmann confunde o Direito (conjunto de normas e princípios) com a Ciência do Direito (a busca pela legitimidade do sistema jurídico em uma sociedade específica). Nesta perspectiva, o autor entende que um trabalho que analisa a ciência do direito, na busca do fundamento de sua legitimação, não se torna obsoleto com as mudanças legislativas. Ao contrário disto, se o legislador elaborar leis que estejam contra o fundamento do direito, essas leis serão descartáveis e não terão efetividade (ESTEFAM, 2022).

O autor sustenta que, quando se fala na ciência do direito penal, seu caráter científico se divide em: (I) dogmática penal, (II) política criminal e (III) criminologia. A dogmática refere-se ao estudo dos dogmas, ao conjunto de teorias, opiniões e doutrinas, que validam a interpretação do direito (DIMOULIS, p. 52). A política criminal, por sua vez, define-se como a postura pública adotada pelo Estado no enfrentamento do crime (RAMÍREZ e HERNÁN, p. 40). A criminologia é definida como uma ciência empírica que, baseando-se em demonstrações fáticas e dados, busca a explicação causal do delito que, de acordo com o que ela investigue, poderá ser tida como uma Antropologia Criminal (ESTEFAM, 2022).

Para analisar de forma científica a política criminal escolhida, é importante entender a forma de atuação dos chamados “movimentos penais”, e seus objetivos, classificando-os da seguinte forma: Abolicionismo penal - este movimento trata da despenalização de algumas

figuras típicas, deixando de considerá-las como crimes. Trata-se de uma corrente de pensamento de natureza filosófica que advoga não apenas pela total eliminação do Direito Penal, mas também por uma ruptura com a mentalidade punitiva arraigada na sociedade e uma transformação radical na abordagem do sistema de justiça criminal (ESTEFAM e GONÇALVES, 2023). Dentro deste movimento, destacam-se como expoentes a descarcerização e a descriminalização.

Bem como o Garantismo penal - esse é o movimento de afirmação do dever de compromisso com os princípios fundamentais, como a legalidade e a proporcionalidade da norma. O conceito de garantismo penal culmina em um modelo de Direito Penal mínimo, no qual a Constituição é estabelecida como um limite intransponível para a atuação repressiva do Estado (ESTEFAM; GONÇALVES, 2023);

Lei e ordem - este movimento aduz a uma postura do Estado de tolerância zero ao cometimento de determinadas infrações penais. O movimento tem suas raízes na política criminal que foi implementada nos Estados Unidos, particularmente em Nova Iorque, no final do século passado e início deste. Essa abordagem, conhecida como "Direito Penal Máximo", preconiza que o poder punitivo do Estado deve ser exercido desde os primeiros delitos, mesmo que sejam considerados infrações leves. Essa perspectiva parte do pressuposto de que crimes mais graves são frequentemente cometidos por indivíduos que previamente estiveram envolvidos em delitos menores. Portanto, a intervenção estatal desde o início é vista como uma forma de impedir a progressão do infrator no caminho do crime (ESTEFAM; GONÇALVES 2023).

Com base nesses movimentos penais, para garantir o combate ao crime e ao criminoso, o Estado adota a postura que entende adequada para enfrentar aquela infração. A isso damos o nome de política criminal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2023). Ela busca estabelecer objetivos e prioridades para o sistema de justiça criminal, incluindo a prevenção do crime, a punição dos infratores e a proteção dos direitos individuais dos cidadãos.

Fundamentada em estatísticas apontadas pela criminologia sobre aquele fato, o Estado adota o caminho a ser seguido, seja através da lei ou de diretrizes de segurança pública. Diante disso, a opção do Estado para a política criminal evidenciará a adoção do movimento penal escolhido, na legislação e na pena, respectivamente. Em outras palavras, ao escolher a política criminal no combate ao crime e ao criminoso, o Estado irá impor sua postura pública diante daquele fato, e esta do ponto de vista científico, pode se dar através da criação da lei e da escolha da pena.

3 MUDANÇA PARADIGMÁTICA COM O ADVENTO DA LEI 12.015/2009: DA MORAL PARA A LIBERDADE SEXUAL

O conceito de classificação do crime de estupro foi construído de forma prolongada ao longo do tempo. Em suas primeiras definições, partindo da origem da palavra "stuprum", em latim, remetia a algo que trazia vergonha ou desonra. No entanto, era algo ainda não devidamente esclarecido com riqueza, sob a óptica de uma definição jurídica asseguradora (ESTEFAM, 2022).

Ao longo da história do Brasil, a compreensão legal do estupro evoluiu de considerá-lo um ataque à honra da vítima para reconhecê-lo como uma grave violação dos direitos humanos e da integridade pessoal, refletindo as mudanças nas percepções sociais e valores da sociedade ao longo do tempo (ESTEFAM, 2022).

Durante o período colonial, as leis brasileiras eram influenciadas pelo Direito Português, e o estupro era tipificado principalmente como um ataque à honra da mulher ou à moral da sociedade. Era considerado um crime que afetava a "honestidade" ou "honra" da vítima e de sua família, mais do que uma violência contra a integridade física e psicológica da vítima (ESTEFAM, 2022).

Em seu primeiro código criminal (1830), o documento mencionado continha a abordagem do crime de estupro em uma seção chamada "Crimes contra a honra e a segurança". Esse crime passou a ser definido de maneira semelhante ao que é hoje. Ele se referia a forçar alguém a ter relações sexuais, mas naquela época só era considerado estupro quando a vítima era uma mulher. Isso incluía somente o ato sexual tradicional, ou seja, quando o homem introduzia o pênis na vagina da mulher (ESTEFAM, 2022).

Foi somente no século XX que houve uma mudança mais substancial na abordagem legal ao crime de estupro. Com o passar do tempo, as legislações começaram a reconhecer o estupro como uma grave violação dos direitos individuais e da integridade pessoal, em vez de uma ofensa à honra da vítima. Essa transformação refletiu a mudança na compreensão social do estupro como um ato violento e de poder, ao invés de uma simples afronta à "honra" da vítima (ESTEFAM, 2022).

Em 2009, o Brasil promulgou a Lei nº 12.015, que reformulou o Código Penal e trouxe importantes modificações em relação aos crimes sexuais. A nova legislação aboliu o termo "atentado violento ao pudor" e redefiniu os crimes sexuais, incluindo uma nova modalidade de estupro.

Dentre as alterações, houve a criação do tipo penal do art. 217-A, de nomen iuris estupro

de vulnerável. Embora trate do crime de estupro contra vulneráveis, passou a ser uma nova norma incriminadora. De forma singular, a nova classificação consiste na prática de ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com ser humano menor de 14 anos, ainda que não haja o uso da violência, pois se presume a condição de vulnerabilidade da vítima. Para o Estado, é irrelevante se a vítima também possuía vontade de praticar o ato, ou se simplesmente o consentiu (NUCCI, 2021).

O núcleo da conduta baseia-se na busca do agente tanto em obter a conjunção carnal com a vítima (expressão que tem interpretação restritiva, no Brasil, envolvendo apenas a cópula entre pênis e vagina), como poderá ser caracterizado também como finalidade o objetivo a prática de outro ato libidinoso (ato passível de gerar prazer sexual, satisfazendo a lascívia) (GRECO, 2021).

Tal conduta recebeu forte tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que possui uma pena de reclusão de 8 a 15 anos, quando praticada na modalidade simples (caput do art. 217-A); ou pena privativa de liberdade de 10 a 20 anos se resultar lesão corporal leve; e pena privativa de liberdade de 12 a 30 anos, se resultar em morte.

Todas as modalidades estão classificadas no rol de crimes hediondos, elencadas pela lei 8.072/90. Isso significa que o crime está classificado com uma gravidade acentuada e acarreta várias restrições contidas na lei, em razão da sua maior reprovação social. Algumas dessas restrições incluem: o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado, a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória mediante pagamento de fiança; um prazo significativamente maior para a concessão de livramento condicional, assim como para a progressão de regime; e a impossibilidade de receber indulto, graça ou anistia, entre outros fatores (NUCCI, 2021).

4 VULNERABILIDADE ABSOLUTA: O ARGUMENTO UTILIZADO NA ESCOLHA DA IDADE DE 14 ANOS

A pesquisa em questão, que visa determinar com precisão a proporcionalidade da pena do art. 217-A, buscou identificar o critério utilizado pelos legisladores para a criação do tipo penal ao fixar a idade de até 14 anos, estabelecendo a presunção de violência e vulnerabilidade absolutas.

É importante ressaltar que o costume social e a cultura exercem forte influência na concretização das normas, sendo considerados fontes do direito (NADER, s.d.). Nesse contexto, destaca-se o que motivou originalmente a criação deste tipo penal do art. 217-A, bem como o

contexto social da época da propositura do PLS 253/2004, que deu origem à lei 12.015/2009.

Essa iniciativa ocorreu após a instauração da CPMI da exploração sexual, em 2003, e o referido projeto buscou alterar vários dispositivos do Código Penal relacionados aos crimes contra a liberdade e a dignidade sexual, que até então eram titulados como crimes contra o costume. Para os fins desta pesquisa, destaca-se o que é narrado na exposição de motivos do projeto de lei, como finalidade almejada para se ter a vulnerabilidade absoluta:

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra a adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática (BRASIL, 2004).

Acompanhando o que foi descrito, visto que alguns julgados anteriores à norma entendiam por não ser uma presunção absoluta de vulnerabilidade, destaca-se o objetivo de retirar do judiciário a possibilidade desta análise, em detrimento da idade da vítima. No mesmo sentido, em sessão plenária, à época da votação da lei na Câmara dos Deputados, destaca-se a fala da Sra. Deputada Maria do Rosário (PT-RS), que brevemente discorre sobre a finalidade da presunção dessa vulnerabilidade absoluta:

Volto a dizer que, em todos os casos, apena-se de forma especial quando houver a condição de vulnerável, não mais permitindo que em juízo a presunção de violência seja analisada pelos magistrados de acordo com a compleição física das meninas que estejam à sua frente. Pela prática, após analisar decisões judiciais e por ter ido a inúmeros Estados brasileiros, pude constatar que muitas decisões judiciais penalizam a vítima. Portanto, é importante configurarmos e constituirmos o tipo penal a partir de um conceito: o estupro de vulnerável. Portanto, Sras. e Srs. Deputados, as mudanças que fazemos, todas elas, têm esse sentido geral. (BRASIL, 2008)

Conforme expresso pela deputada, que foi favorável à criação da norma, nota-se que houve uma preocupação conjunta em retirar a análise acerca da vulnerabilidade da vítima do alcance do judiciário, estabelecendo o legislativo a idade de 14 anos como uma presunção absoluta da existência de violência no ato praticado. O principal argumento é que o ser humano até esta referida faixa-etária não possui discernimento psíquico para decidir se possui ou não vontade de ter relações sexuais ou ato libidinoso diverso, sendo irrelevante seu consentimento.

Para fundamentar a proteção desses bens jurídicos, o referido projeto de lei baseou-se

em estudos feitos pelo Grupo de Trabalho. Destaca-se na exposição de motivos a metodologia adotada pelo Grupo de Trabalho, que deu especial atenção aos estudos realizados por várias entidades, incluindo a Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e Juventude (ABMP), a Organização Internacional do Trabalho, o Centro de Defesa da Criança e do Adolescente - CDECA/EMAUS e a pesquisa sobre tráfico de mulheres e crianças conduzida pelo Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (CECRIA) sob o nome de PESTRAF.

A escolha desses estudos foi motivada pelo fato de eles serem fundamentados na realidade vivenciada pelas crianças e adolescentes explorados sexualmente, o que orientou as recomendações de ajustes legais para abordar violações específicas. A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) investigou situações de violência que não eram abordadas pelas leis penais existentes, levando à impunidade dos agressores e tornando o combate a essa problemática mais desafiador, o que, por sua vez, perpetua a situação (BRASIL, 2004).

Diante do que foi apontado pelo projeto de lei, em 2009, como fundamentos para a fixação de uma presunção absoluta de vulnerabilidade do menor de 14 anos, considerando apenas a idade da vítima, para fins desta pesquisa e de toda a exposição fática e jurídica expostas, considerando que o direito, como forma de adaptação social, deve acompanhar as condições do meio da sociedade em que se rege (NADER, 2019), é importante analisar a referida lei diante do contexto e o comportamento humano e social em tempos atuais.

Para se ter ideia, em um artigo de 2008 publicado na Revista de Saúde Pública, o Ministério da Saúde apontava que, em média, a idade de início dessa prática era de 14,9 anos, com as mulheres começando mais tarde do que os homens (BRASIL, 2008). Contudo, no ano de 2020, o Observatório Nacional da Família, vinculado à Secretaria da Família do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, destacou que a média de idade para o início da atividade sexual no Brasil foi reduzida a 12,7 anos para os homens e 13,8 anos para as mulheres (JORNAL R7, 2020).

Ambas as pesquisas expõem o que há algum tempo era mencionado por alguns autores, visto que ao longo dos anos são notáveis as mudanças significativas no comportamento, com uma tendência de início mais precoce da atividade sexual entre os jovens. Uma parcela considerável da população relata ter iniciado sua vida sexual antes de atingir os 15 anos, e em algumas regiões do país, essa precocidade é ainda mais pronunciada entre as jovens mulheres (PASCOS; SZWARCOWALD, 2010; PAIVA et al., 2008).

Embora se apresentem tais dados, no ano de 2009 o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 593, pacificando o entendimento da presunção absoluta de violência nos crimes de

estupro de vulnerável, sendo totalmente irrelevante o consentimento da vítima, ou a existência de relacionamento amoroso e experiência sexual anterior:

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 (STJ, 2009).

As presunções absolutas, conhecidas como *juris et de jure*, são aquelas que não podem ser contestadas com evidências contrárias. Essas presunções influenciam a liberdade de julgamento do juiz e, por conseguinte, o processo de busca pela verdade real. Elas não podem ser questionadas ou refutadas por provas.

Os eventos e circunstâncias presumidos por meio das presunções absolutas são considerados como fatos inquestionáveis. Tanto as presunções quanto as evidências diretas são fontes de convicção no sistema judicial. No entanto, ao contrário das evidências diretas, as presunções absolutas privam o juiz de qualquer margem de avaliação, o que dificulta a busca pela verdade objetiva, que é o propósito central do processo penal.

No contexto histórico do ordenamento brasileiro, destaca-se que tal presunção não foi um invento da lei 12.015/2009, mas sim um preceito anterior já previsto no Código Penal, visando dar maior proteção às pessoas com idade inferior a esta.

No ano de 1889, a República foi proclamada e a escravatura foi abolida em 1888. Isso gerou a necessidade de reformular o Código Penal, resultando na criação do Código Penal Republicano em 1890. Foi no artigo 272 desse código que surgiu inicialmente a presunção de violência nos casos de crimes sexuais, aplicando-se a atos sexuais cometidos com indivíduos menores de 16 anos.

Cinquenta anos após, diante da mudança de mentalidade do século XX e os novos padrões de comportamentos sociais, acompanhadas pelo direito, a idade desta presunção foi reduzida de 16 para 14 anos, na criação do Código Penal de 1940, conforme expõe Nelson Hungria, referindo-se à fala do Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos do código:

O fundamento legal da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre, se se presta à lascívia de outrem. [...] (op. cit., p. 228) (FREITAS, 2016).

No entanto, destaca-se que mesmo após a edição da súmula 593 do STJ, ocorrida em

2009, considerando as significativas mudanças sociais ocasionadas no comportamento como um todo e sobre a sexualidade entre os brasileiros, algumas decisões já compreendem este fato social, no qual o direito positivado aparenta não estar acompanhando:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 2019664. A relação sexual com menor de 14 anos, quando praticada em contexto de relação amorosa, sobrevivendo a gravidez, pode ensejar, conforme particularidades do caso concreto, na exclusão da tipicidade material do crime de estupro de vulnerável. DJe, 19 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação Criminal nº 0001670-97.2013.822.0012. Não existe dolo na conduta do agente que mantém relação sexual com menor de 14 anos, dentro do contexto de relacionamento amoroso. As relações tiveram outro móvel não a mera satisfação da lascívia ou exploração sexual da inocência da vítima [...]. Julgado em 28 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 20120805531. LEI N. 12.015/2009 QUE ELIMINOU A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. TESE AFASTADA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE CONDUZEM À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A VÍTIMA E O APELADO. CONCORDÂNCIA DA FAMÍLIA DA MENOR. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA [...]. Julgado em 15 jul. 2013.

Com a nova realidade de comportamento, fatores complementares deveriam ser levados à apreciação do direito, principalmente no que diz respeito à real vulnerabilidade da vítima, e os fundamentos da psicologia e neurociência sobre a capacidade cognitiva dos jovens dessa faixa-etária, a fim de que se apure sua condição e capacidade, verificando se de fato existe violência e fundamento para fixar uma idade para todos os casos, como estabeleceu o legislador, determinando a ausência de capacidade até os 14 anos. Para isso, a presente pesquisa dedicou um capítulo específico (item 5, deste).

5 DA CAPACIDADE COGNITIVA DURANTE A ADOLESCÊNCIA

Uma vez demonstrada a preocupação do legislador ao fixar a idade de 14 anos, com o objetivo de proteger a liberdade e a dignidade sexual daqueles que, em sua visão, seriam absolutamente incapazes de decidir, por não possuírem o discernimento necessário, é importante analisar os fundamentos da psicologia no tocante aos indivíduos dessa faixa etária, a fim de entender suas limitações e capacidades.

Para isso, é importante conceituar o que seria o período de adolescência. No contexto brasileiro, a atual lei em vigor, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece o conceito de adolescência abrangendo o intervalo etário dos 12 aos 18 anos e

contempla a possibilidade de prolongar certas medidas relacionadas a essa faixa etária até os 21 anos de idade (BRASIL, 1990).

Durante este período é notável a ocorrência de mudanças hormonais e transformações físicas, que levam as crianças à maturidade sexual. Nessa fase, conhecida como puberdade, os jovens enfrentam desafios adaptativos, tais como as transformações em seus corpos em desenvolvimento. Como resultado dessas transformações, questões relacionadas à imagem corporal, autoestima, sexualidade e identidade se tornam proeminentes (NEUFELD, s.d.).

Uma notável característica dessa fase, que merece atenção especial durante a fase da adolescência, devido à sua relevância, é o desenvolvimento das percepções acerca da sua própria identidade e ao aprimoramento das competências sociais individuais. A forma como os jovens se enxerga e avalia sua autoconfiança tem o potencial de exercer um impacto significativo no curso de suas vidas (BANDURA, 2005).

Criar relações de amizade e cultivar laços estreitos com um grupo de amigos é frequentemente associado a uma sensação de aceitação, compreensão e autoconfiança entre os adolescentes. Contudo, é essencial reconhecer que os efeitos das amizades nem sempre são de natureza protetora. Comportamentos como o uso de substâncias, condutas antissociais e atitudes pró-anorexia, entre outros, podem ser influenciados pelas amizades. Os adolescentes muitas vezes tendem a imitar as ações de seus amigos em busca de aceitação e validação (DE SOUZA, 2014).

Gradativamente, os jovens estão enfrentando pressões para ingressar na vida adulta em idades cada vez mais precoces, motivadas por influências sociais e culturais. Isso se manifesta na forma como crianças e adolescentes se vestem, no consumo de conteúdo destinado a adultos na televisão e no cinema, o que, por sua vez, os leva a desejar imitar comportamentos associados à vida adulta, como apontado (CERQUEIRA; SANTOS, 2008).

Nesse cenário de explorações e experimentações ligadas à sexualidade, começam a surgir os relacionamentos afetivos. Nas relações amorosas entre adolescentes na contemporaneidade, é notável a presença de uma liberdade para experimentação. Antes mesmo de entrar em um namoro oficial, há uma fase conhecida como "ficar," que pode ser considerada como um estágio preliminar, um teste para a relação de namoro, sem compromissos de longo prazo.

Isso geralmente envolve práticas como beijos, abraços e carinhos (MINAYO, 2011). O namoro, por sua vez, permite ao adolescente explorar a intimidade e a construção de conexões significativas com outra pessoa. Além disso, pode ser uma fonte de reconhecimento social e oferecer companhia por meio de atividades compartilhadas (SANTROCK, 2014).

No que diz respeito ao desenvolvimento cerebral, é observado que os lobos frontais ainda não alcançaram sua maturidade plena durante a adolescência, persistindo em seu desenvolvimento até aproximadamente a metade da segunda década de vida, após os 20 anos de idade. Nesse período, é possível notar um aumento na produção de cortisol, o hormônio do estresse, que também é secretado pela glândula suprarrenal em resposta a eventos de vida desfavoráveis. Em outras palavras, na adolescência, a resposta ao estresse é mais acentuada em comparação com a infância (BELSKY, 2010).

As aptidões cognitivas podem ser influenciadas pela hereditariedade em todas as fases da vida, desde a infância até a idade adulta. No entanto, o impacto genético sobre essas habilidades tende a ser ampliado pela presença de recursos ambientais favoráveis. Consequentemente, os adolescentes que provêm de ambientes socioeconômicos mais privilegiados têm a possibilidade de selecionar experiências pessoais positivas que estejam alinhadas com seus interesses individuais (TUCKER-DROB; BRILEY ; HARDEN, 2013).

Deste modo, nota-se a tamanha influência que o ambiente exerce na formação cognitiva, e na tomada de decisões durante a adolescência. As vivências da adolescência variam consideravelmente de um indivíduo para outro. Em um país tão diversos quanto o Brasil, a fase da adolescência traz consigo uma gama de expectativas e obstáculos distintos, que estão intrinsecamente ligados às particularidades regionais, étnicas, culturais e socioeconômicas (SANTOS; MELO; KOLLER, 2014).

Em resumo, ao considerarmos tudo isto, nota-se que a vulnerabilidade, embora não seja absoluta, de fato existe. Contudo, não há qualquer indicativo de uma idade fixa que fundamente o que foi disposto em lei, uma vez que os aspectos ambientais, culturais e socioeconômicos determinam diretamente a formação da capacidade cognitiva, e em um país tão diverso, esta capacidade varia de indivíduo para indivíduo.

Além disto, o amadurecimento completo dos lobos frontais ocorre somente na idade adulta, após os 20 anos de idade. Deste modo, a mesma lei que veda completamente a prática de ato sexual com menor de 14 anos, ao criar um rol taxativo com esta idade, deixa de considerar crime se o fato ocorre com um adolescente de 14, 15 ou 16 anos que ainda está em formação cognitiva, fechando os olhos para esta variável viva chamada ser humano.

5.1 O ERRO DE TIPO COMO CONSEQUÊNCIA DA NOVA SOCIEDADE

A influência e exposição dos adolescentes a comportamentos adultos fazem muitas vezes com que o menor de 14 anos esteja inserido em ambientes e práticas de hábitos

inapropriados para a idade, como festas para maiores de 18 anos, consumo de bebidas alcoólicas, início da atividade sexual precoce e similares. Algumas dessas atitudes, diante da presunção absoluta de violência estabelecida no art. 217-A, podem ensejar a alta incidência do chamado erro de tipo, seja pelo próprio comportamento, pela compleição física ou mesmo pela omissão da idade, feita pelo sujeito passivo.

Para a configuração do crime de estupro de vulnerável, impõe-se que o autor possua o conhecimento pleno acerca da menoridade da vítima. Em sentido oposto, entende-se como erro de tipo uma situação na qual ocorre uma confusão ou equívoco em relação aos elementos essenciais da norma, circunstâncias ou qualquer informação que esteja associada a esta.

De acordo com Wessels (2022), um erro de tipo se verifica quando uma pessoa, ao cometer um ato, não possui conhecimento acerca de uma circunstância que é parte integrante do enquadramento legal desse ato. O erro de tipo representa o oposto do dolo do tipo, pois a pessoa que age dessa forma "não compreende o que está fazendo" e lhe falta a representação necessária para o dolo do tipo (GRECO, 2023).

Como consequência legal, nas palavras de Greco, destaca-se a existência de duas categorias de erro de tipo: o erro de tipo invencível (também chamado de escusável, justificável ou inevitável) e o erro de tipo vencível (também chamado de inescusável, injustificável ou evitável). O erro de tipo invencível ocorre quando o agente, dadas as circunstâncias em que se encontrava, não tinha meios de evitá-lo, mesmo que tenha tomado todas as precauções necessárias. É um tipo de erro que qualquer pessoa incorreria se estivesse nas mesmas circunstâncias que o agente. Quando o erro é invencível, ele exclui a existência de dolo e culpa, resultando no fato deixando de ser considerado típico.

Caso o erro seja evitável, embora o agente não seja responsabilizado pelo resultado como um ato intencional (dolo), uma vez que a vontade e a consciência são sempre ausentes, ele poderá ser responsabilizado sob o aspecto da negligência, se a lei previr essa forma de comportamento (GRECO, 2023).

Sendo o objeto da presente pesquisa a análise do estupro de vulnerável, em detrimento da idade inferior a 14 anos, a menção do presente instituto do erro de tipo é de singular importância para a compreensão da proporcionalidade da pena, diante do fenômeno da sexualidade precoce, descrita nos capítulos antecessores.

Estas mudanças refletidas no padrão de comportamento, foram sendo percebidas ao longo do tempo pela sociedade, constatando a transição de épocas potencializada muitas vezes pelo acesso à informação e pelo fenômeno das redes sociais. No entanto, para o direito, esta sexualização precoce dos adolescentes não afasta a incidência do estupro de vulnerável, exceto

nos referidos casos do erro de tipo, onde o agente incide na tipificação da norma sem possuir o verdadeiro conhecimento da idade da vítima.

Nesse sentido, destacam-se a seguir algumas decisões que reconhecem este fato jurídico:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1746712/MG. Hipótese em que o réu foi denunciado pela prática de estupro de vulnerável por manter conjunção carnal com vítima menor de 14 anos, quando mantinham relacionamento afetivo. Caso em que o réu foi absolvido da prática do delito de estupro de vulnerável diante do desconhecimento da idade da vítima. O desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP). [...] Relator: Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14 de agosto de 2018, DJe 22 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 21683320078260453 SP 002168-33.2007.8.26.0453. Apelação. Estupro de vulnerável. Recurso defensivo. Absolvição pretendida. Procedência. Réu que negou ter conhecimento da idade da menor. Relação sexual consentida entre a vítima e o acusado. Testemunhas dando conta de que a ofendida aparentava ter mais idade do que realmente tinha. Inexistência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Violência presumida que não tem caráter absoluto, devendo ser analisada com acuidade caso a caso. Precedentes. C. STJ. Absolvição de rigor. Sentença reformada. Recurso provido. [...] Relator: Salles Abreu, Data de Julgamento: 07 de agosto de 2012, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL nº 0001514-26.2012.8.26.0306. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO CONFIGURADO COM RELAÇÃO À PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE QUE CEDE ESPAÇO ANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PROVIMENTO DO RECURSO DA DEFESA. 1. [...] Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 20 de agosto de 2015, 1ª Câmara Criminal Extraordinária.

Este fato social demonstra o contraste existente entre o comportamento atual dos adolescentes e a presunção absoluta de vulnerabilidade. A chamada "violência presumida" em decorrência simplesmente da idade da vítima, ao estabelecer uma taxaço específica para apreciação ou não do judiciário, por vezes impede que se apure de fato os casos onde houve lesão à pessoa vulnerável.

Por diversas vezes, um adolescente acima dos 14 anos, devido ao seu ambiente e contexto socioeconômico, pode se encontrar em tamanho estado de vulnerabilidade, do que um menor de 14 que conhece e deseja veementemente comportar-se como adulto, iniciando sua vida sexual, frequentando lugares para maiores, mentindo ou omitindo a sua verdadeira idade ou até mesmo valendo-se de uma compleição física totalmente incondizente com a idade que verdadeiramente possui.

6 O LIMITE DOS LIMITES

As decisões mais recentes do judiciário, conforme mencionado anteriormente (item 4 deste), têm assumido o papel de tentar, minimamente, adequar o direito à nova realidade social, nos casos específicos onde é necessária uma análise individualizada do artigo 217-A, sendo tal dever um papel do legislador, em adequar o direito à nova realidade.

Diante da presunção absoluta fixada, destacam-se duas importantes teorias discutidas neste crime, como é o caso da teoria do estupro bilateral, onde o mesmo se configura quando dois adolescentes, que são menores de quatorze anos, se envolvem em atividades sexuais, de acordo com a interpretação rigorosa do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, no exemplo mencionado, dois indivíduos menores de quatorze anos estão em um relacionamento e participam de atos sexuais de forma voluntária e consciente, sem o uso de ameaças ou violência, estaríamos diante de um caso de estupro bilateral (SALVADOR, 2009). Diante do fato, ambos responderiam à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, alertando Saraiva:

em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217-A, CP exagera em face da realidade do país e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta da sexualidade (SARAIVA, 2009. p. 12)

Como forma de exceção à conduta do art. 217-A, destaca-se a Teoria de Romeu e Julieta, originária do direito norte-americano, que argumenta que, embora o Código Penal seja claro em suas palavras, não é apropriado classificar como estupro de vulnerável a situação em que ocorre atividade sexual consensual entre indivíduos com até cinco anos de diferença de idade, uma vez que ambos estão em estágios semelhantes de maturidade e descoberta sexual.

Portanto, não se justificaria rotular como estupro uma relação consensual entre namorados, como no caso de A, de 13 anos, e seu namorado, com 18 anos, por exemplo (BIFFE, 2017). Ambas as teorias de exceções apresentadas serão temas de um aprofundamento em pesquisa futura, mas registra-se neste estudo sua existência e relevância para o tema.

Diante disso, destaca-se a importância do direito acompanhar as mudanças sociais, enfatizando o princípio da adequação social, conforme preleciona Greco, este princípio desempenha um papel de dupla natureza. Primeiramente, ele diminui o alcance do que é considerado crime, limitando a interpretação da lei e excluindo condutas que são socialmente aceitas e apropriadas. A segunda função do princípio da adequação social se direciona ao legislador em duas perspectivas distintas.

A primeira delas orienta o legislador na escolha das condutas a serem criminalizadas ou

regulamentadas, com o propósito de proteger os interesses mais sensíveis e fundamentais da sociedade. Se a conduta em questão for amplamente aceita socialmente, o legislador não deve recorrer ao Direito Penal para reprimi-la. Portanto, esse princípio serve como um norte. A segunda perspectiva visa encorajar o legislador a rever as leis penais e retirar do sistema jurídico a proteção conferida a bens cujas condutas já se adequaram plenamente à evolução da sociedade.

Assim como o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, em sua segunda função, se concentra principalmente no legislador, fornecendo orientações na seleção das condutas a serem proibidas ou regulamentadas, bem como na revogação de dispositivos legais obsoletos (GREGO, 2023). Nesse sentido, com relação ao estupro de vulnerável, torna-se perigoso o excesso da norma e a ausência de acompanhamento e adequação devida, conforme alerta Filó:

Verifica-se que o legislador, ao criar o crime de “estupro de vulnerável”, impedindo que alguém que realize ato sexual com menor seja absolvido, independentemente do fato concreto, busca, na verdade, não defender a dignidade sexual do menor, mas, sim, algo moral, uma idade fictícia que entendeu ser razoável para que alguém pratique ato libidinoso. Fica claro que a aplicação do art. 217-A de forma rígida não protege os vulneráveis, mas busca podar os menores de catorze anos de sua vida sexual até completarem tal idade. Tal entendimento fere o direito do menor de catorze anos ao seu normal desenvolvimento sexual, transformando o início de sua vida sexual em um dogma legislativo obtido ao acaso [...] o art. 217-A torna o menor de catorze anos um mero objeto da vontade do legislador, e sua aplicação de forma irrestrita pode até mesmo violar a dignidade sexual do menor ao não lhe permitir um desenvolvimento sexual normal (FILÓ, 2012).

6.1 PROPORCIONALIDADE DA PENA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O poder que está nas mãos do legislador, também é um dever. Diante da sua legítima discricionariedade, o legislador combina a ideia de liberdade com a de limite. Ele reconhece que possui a capacidade de moldar as leis dentro das fronteiras delineadas pela Constituição, encontrando nelas o limite (MENDES, 2023). O poder de legislar também traz consigo a obrigação de legislar na proteção adequada dos direitos fundamentais, evitando excessos (MENDES, 2023).

A ideia da proporcionalidade nasce na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Ela não se resume a uma vaga sugestão de que os atos estatais devem ser razoáveis, tampouco a uma mera análise da relação entre meios e fins. Segundo a jurisprudência constitucional alemã e do doutrinador Robert Alexy, a proporcionalidade possui uma estrutura bem definida, com componentes independentes - a análise da adequação, da necessidade e da

proporcionalidade estrita - que são aplicados em uma ordem predeterminada. Isso confere à regra da proporcionalidade sua própria singularidade, claramente distinta da simples exigência de razoabilidade (STEINMETZ, 2001).

O mencionado tribunal alemão, em decisão proferida em 1971, explicitou posteriormente que os meios escolhidos pelo legislador devem ser aqueles necessários e imprescindíveis para alcançar os objetivos estabelecidos. Um meio adequado é aquele que pode, de fato, levar ao resultado desejado, quando não se possui outra alternativa igualmente eficaz e menos invasiva em relação aos direitos fundamentais (MENDES, 2023). Em outras palavras, não será necessário utilizar um meio quando o fim desejado puder ser alcançado por outra medida menos gravosa e igualmente eficaz.

Para alcançar a proporcionalidade, Robert Alexy enfatiza a devida importância aos seus três elementos ou subprincípios essenciais: Adequação: conceito que sugere que o meio escolhido deve ser capaz de efetivamente alcançar o objetivo pretendido. Necessidade: aduz que a adoção de uma medida que limite direitos só é justificável se for indispensável no caso específico e não houver alternativas igualmente eficazes e menos prejudiciais. Proporcionalidade em sentido estrito: quando a medida é considerada necessária e adequada, é preciso avaliar se a ação tomada, em termos de atingir o objetivo desejado, justifica a restrição de outros valores constitucionais. Isso implica a busca pela máxima efetividade com a mínima restrição (LENZA, 2022).

A presente pesquisa, considerando todo o aparato teórico analisado anteriormente, se propôs a analisar a proporcionalidade da pena, nos casos onde não há violência nem grave ameaça à vítima e existe o consentimento, passando por cada um destes elementos mencionados individualmente. Adequação: no direito estipula-se que os meios de intervenção devem ser eficazes para alcançar os resultados desejados. Em outras palavras, os meios utilizados têm de ser adequados para se alcançar a finalidade desejada (MENDES, 2023). Diante disso, importa para a presente pesquisa compreender o que buscou proteger o legislador na criação da norma e fixação da pena.

Conforme preleciona Nucci, buscou o legislador a proteção dos bens jurídicos da liberdade e da dignidade sexual da vítima (NUCCI, 2023), que em tese estaria ameaçada pela ausência de discernimento para escolher. Diante do objetivo posto pelo legislador, o meio escolhido mostrou-se capaz de atingir a finalidade almejada. Desta forma, sendo a medida adequada, passaremos agora à análise de sua necessidade. Necessidade: à luz deste princípio, implica dizer que uma medida será necessária quando não existe uma alternativa menos prejudicial para o indivíduo que seja igualmente eficaz na realização dos objetivos desejados

(MENDES, 2023).

Frente a isso, é preciso destacar que ao observar novamente o objetivo do legislador, na exposição de motivos mencionada, buscou a lei dar a máxima proteção aos bens jurídicos da liberdade e da dignidade sexual, diante de ocorrências recorrentes de casos de exploração sexual de menores à época de sua propositura, e da ausência de proteção da legislação da época, sob o ponto de vista de eficácia ao combate à impunidade do crime e ao criminoso, demonstrou-se a referida medida adotada pelo legislador como a de melhor eficácia, para alcançar o fim almejado.

Desta forma, sendo a medida considerada adequada e necessária, resta analisar a sua proporcionalidade estrita. Proporcionalidade estrita: ainda que uma lei que restrinja um direito fundamental seja adequada e necessária para proteger outro direito fundamental, isso não implica, por si só, que ela deva ser considerada como equilibrada.

É necessário realizar uma terceira análise, que envolve a ponderação entre a severidade da restrição ao direito fundamental afetado e a relevância da realização do direito fundamental que entra em conflito e que justifica a implementação da medida restritiva. Isso envolve a busca pela máxima eficácia com a menor limitação possível (LENZA, 2022).

Nesse sentido, sustenta, Virgílio Afonso da Silva:

Um exemplo extremo pode demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade. Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º) (SILVA, 2002).

Nesta fase, portanto, há de se pesar as vantagens do meio adotado, em relação às desvantagens do fim, através de um juízo valorativo de pesos e contrapesos. Deste modo, para fins de análise, destaca-se o bem jurídico fundamental a ser protegido e a menção de sua importância. A definição deste é a proteção da liberdade e da dignidade sexual do indivíduo. Em outras palavras, o direito à proteção contra o estupro de vulnerável visa salvaguardar o princípio da liberdade individual relacionada às decisões sexuais, assegurando que atos sexuais não sejam impostos a indivíduos que, presumivelmente, não possam consentir, além de proteger

a dignidade e o desenvolvimento sexual dessas pessoas vulneráveis (GRECO, 2023).

No entanto, na justa intenção do legislador em proteger os vulneráveis, visando proteção também do direito fundamental da dignidade da vida sexual de crianças e adolescentes, o meio utilizado a fim de alcançar a maior eficácia possível, trouxe consigo diversas medidas gravosas a outros direitos fundamentais, com a finalidade de proteger a liberdade mencionada. Dentre tais medidas, o art. 217-A, do código penal traz:

(I) A pena é superior à de um homicídio, variando de 8 a 15 anos, quando cometido na modalidade simples. (II) Há uma presunção absoluta de violência, não admitindo prova em contrário. (III) O crime possui caráter hediondo, possuindo uma maior reprovação social e jurídica, com impossibilidade de concessão de graça, anistia ou indulto ao réu. (IV) A ausência de violência ou grave ameaça à vítima é irrelevante. (V) O consentimento ou experiência sexual anterior da vítima é irrelevante. (VI) A existência de relacionamento amoroso da vítima com o réu é irrelevante. (VII) O sujeito(a) ativo é estigmatizado socialmente, à luz da lei, como estuprador(a) (BRASIL).

Para fins de análise, destaca-se novamente que o objeto desta pesquisa se dedica à análise isolada dos casos específicos onde não existe violência ou grave ameaça, e há o consentimento, diante todas as consequências jurídicas e sociais apresentadas, e do comportamento individual e coletivo dos jovens desta faixa-etária nos tempos atuais, assevera o professor Virgílio Afonso da Silva, sobre a proporcionalidade estrita:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional (SILVA, 2002).

Amparando-se nos capítulos anteriores, vendo o fim almejado pelo legislador, considerando a política criminal de tolerância zero adotada, o argumento utilizado na fixação de uma idade, os aspectos comportamentais do início da vida sexual cada vez mais precoce, o conceito de diversidade na formação da capacidade cognitiva do indivíduo, a incidência de casos de erro de tipo, a mudança social e o avanço do acesso à informação nos dias atuais, nota-se que, em casos específicos, o bem jurídico da liberdade sexual, por vezes não violado de fato, não justifica tamanha proporção dos fins causados pelo meio eficaz escolhido pelo legislador.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar os objetivos pretendidos, a presente pesquisa identificou que, no tocante à política criminal adotada no crime de estupro de vulneráveis, o Estado buscou legitimar o fim pretendido criando uma medida específica para a conduta tornando-a um fato típico, sendo este um movimento penal garantista, uma vez que a referida medida garante a prevalência do princípio da legalidade.

Contudo, no tocante à lei criada, esta possui a característica de um movimento penal de lei e ordem, uma vez que a legislação adota uma postura rígida de tolerância zero a esta prática, com uma presunção absoluta de vulnerabilidade e violência, ainda que somente por razões etárias, aplicando a lei mesmo que a conduta tenha sido praticada com o consentimento da vítima, sem violência ou grave ameaça.

De modo semelhante, o presente estudo investigou quais os argumentos utilizados na escolha da idade de 14 anos pelo legislador, para fixação da vulnerabilidade, identificando que, diante da exposição de motivos apresentada pelo legislador no referido projeto de lei PLS 253/2004 que deu origem à norma do art. 217-A, destaca-se o objetivo de combate à exploração sexual de crianças e adolescentes, e a preocupação do legislador de retirar do judiciário a análise acerca da vulnerabilidade da vítima por razões etárias.

Para tal medida, foi investigado pelo estudo que o legislador usou critérios psíquicos e sociais que atendiam ao comportamento da época, destacando-se principalmente a proteção já pré-estabelecida pelo código penal brasileiro aos menores de 14 anos, na chamada presunção absoluta de violência e a vulnerabilidade psíquicas entre crianças e adolescentes como seres em desenvolvimento, embora não exista idade fixa.

Destaca-se que ao analisar o conceito de vulnerabilidade a luz da psicologia, identificou a presente pesquisa que o argumento da completa ausência de capacidade cognitiva por razões etárias, até os 14 anos de idade, não encontra amparo nos preceitos da psicologia moderna, uma vez que é pacífico o entendimento que a formação cognitiva varia de indivíduo para indivíduo, podendo durar até a metade da segunda década de vida, sendo constantemente influenciada por fatores como ambiente, época, e condição socioeconômica.

Desta forma, diante do contexto social de sexualização precoce e da afetação de comportamento sofridas pela era da tecnologia e informação, ao realizar a taxação de uma idade fixa, a legislação pode cometer excessos, tanto com relação aos que incidem na norma como vítimas, que muitas vezes possuem total conhecimento e desejo de realizar a prática do ato, como para os maiores de 14 anos que a depender do seu contexto de vida, podem encontrar-se em vulnerabilidade superior que os seus pares, menores de 14 anos.

Além disso, diante das modificações sociais evidenciadas pelo estudo, a presente pesquisa identificou a existência de um conflito entre o comportamento social dos dias atuais e a positivação da norma na presunção de violência, por razões etárias, refletidas no âmbito judiciário, onde destaca-se a existência do estupro bilateral e da exceção Romeu e Julieta.

Por fim, considerando todos os aspectos suscitados acerca da norma e os motivos de sua criação, a fim de analisar a proporcionalidade da pena, no crime de estupro de vulnerável, frente ao consentimento da vítima, com ausência de violência e grave ameaça, através da análise dos elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita, o presente estudo identificou que a presente medida escolhida pelo legislador, à luz do subprincípio da adequação, mostrou-se adequada uma vez que o meio possui a devida capacidade de alcançar o fim desejado.

Em seguida, sob a análise do subprincípio da necessidade, a presente medida mostrou-se necessária uma vez que, do ponto de vista da eficácia, nenhuma medida menos gravosa apresentou-se igualmente eficaz para alcançar o fim desejado. No entanto, como última análise, à luz do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a presente medida não encontrou proporção entre as tenazes da pena estabelecida e suas consequências, com a proteção do bem jurídico visado, frente aos direitos fundamentais atingidos pela própria norma, sendo a medida, portanto, um meio desproporcional.

Vistas as dificuldades de acesso à informação no site dos órgãos do governo federal, o presente estudo encontrou algumas limitações no acesso de dados mais recentes acerca do comportamento sexual dos brasileiros. Contudo, as lacunas foram preenchidas com as informações coletadas através de matéria jornalística.

Como principal sugestão, o presente estudo enfatiza a importância do respeito aos limites constitucionais na aplicação da norma penal, e sugere a possibilidade de uma análise individualizada do tipo penal, nos casos onde não existe violência ou grave ameaça, considerando o consentimento da vítima e sua relação com o sujeito passivo, bem como o direito a uma análise de sua condição psíquica, a fim de alcançar a proporção entre meios e fins no art. 217-A, visando proteger efetivamente a dignidade sexual dos vulneráveis e não um aspecto moral estabelecido em lei pelo legislador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, Regina Maria; KOYAMA, Marcos Atsushi H. **Comportamento e práticas sexuais de homens e mulheres, Brasil 1998 e 2005**. Revista de Saúde Pública, v. 42, Suplemento, p. 21-33, 2008.

BANDURA, A. *Adolescent development from an agentic perspective*. In: *F. Pajares, & T. Urdan (Eds.), Self-efficacy beliefs of adolescents*. Greenwich: Information Age, 2005. p. 1-43.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016. p. 144.

BASTOS RAMÍREZ, Juan; MALARÉE, Hernán. Lecciones de derecho penal, p. 40.

BELSKY, J. **Desenvolvimento humano: Experienciando o ciclo da vida**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

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

BOGDAN, Robert; BIKLEN, Sari. **Investigação Qualitativa em Educação**. Pórtio Editora, 1994. p. 41.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher - PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. **Legislação Informatizada. LEI Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Exposição de Motivos. Diário do Senado Federal, Brasília, 14 de setembro de 2004. Página 29238 (Exposição de Motivos). Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. **Câmara Legislativa. Sessões Ordinária e Extraordinária, realizadas no dia 14/05/2008**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/plenario/notas/ordinari/2008/5/V140508.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2023.

CERQUEIRA SANTOS, E. **Comportamento sexual e religiosidade: Um estudo com jovens brasileiros**. Porto Alegre, RS. Tese de doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

CERQUEIRA-SANTOS, E.; MELO NETO, O. C.; KOLLER, S. H. **Adolescentes e adolescências**. In: L. F. Habigzang, E. Diniz, & S. H. Koller (Orgs.), *Trabalhando com adolescentes: Teoria e intervenção psicológica*. Porto Alegre: Artmed, 2014.

DESOUZA, D. A.; RODRÍGUEZ, S. N.; DE ANTONI, C. **Relacionamentos de amizade, grupos de pares e tribos urbanas na adolescência**. In: L. F. Habigzang, E. Diniz, & S. H. Koller (Orgs.), *Trabalhando com adolescentes: Teoria e intervenção psicológica*. Porto Alegre: Artmed, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. p. 52.

EISENSTEIN, Eliane; ESTEFENON, Simone B. (org.). *Geração digital: riscos e benefícios das novas tecnologias para as crianças e os adolescentes*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2008.

ESTEFAM, A., *Direito Penal parte geral*, 11º ed, Saraiva, 2022.

ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. Ano de publicação, p. 246.

Exposição de Motivos. Diário do Senado Federal, Brasília, 14 de setembro de 2004. Página 29238 (Exposição de Motivos). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 01 out. 2023.

FILÓ, M. da C. S. *O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de vulnerável”*. Mestrado: UPAC, 2012, p. 87.

FREITAS, Jayme Walmer de. *Estupro de vulnerável: o ideal, o real e o pragmatismo jurídico*. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 17, n. 43, p. 53-67, abr.-jun. 2016. Página 56.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. Pág. 41. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, Antônio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. Pág. 103. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Volume 3. 17ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2021.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. Pág 364. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 213 a 361 do código penal. v.3. Pág 87. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774319.

JAKOBS, Günther. El derecho como disciplina científica, p. 22-23.

JORNAL R7 Planalto. Iniciação sexual tardia é diferente de abstinência, diz secretária. Jornalista: Mariana Londres. Brasília, 19 jan. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/iniciacao-sexual-tardia-e-diferente-de-abstinencia-diz-secretaria-19012020>

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade, Fundamentos da Metodologia Científica, Pág. 38. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2017

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 82.

LENZA, Pedro. **Esquemático - Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 165. E-book. ISBN 9786553621596.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. (Série IDP). São Paulo: Editora Saraiva, 2023. p. 98-105.

MESTIERI, João. Do delito de estupro, p. 3. No entanto, a mulher livre romana estava moralmente obrigada a não ter contato sexual com ninguém antes do matrimônio, e não fazê-lo durante este, a não ser com seu marido. Pelo contrário, o homem somente se submetia a esta prescrição moral até certo ponto, a saber: enquanto não devia causar ofensa à honestidade das donzelas nem das esposas de outros homens (MOMMSEN, Theodor. Derecho penal romano, p. 160; tradução livre).

MINAYO, M. C. S. **A condição juvenil no século XXI**. In: M. C. S. Minayo, S. G. Assis, & K. Njaine (Orgs.), Amor e violência: Um paradoxo das relações de namoro e do “ficar” entre

jovens brasileiros. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Pesquisa de Conhecimentos, Atitudes e Práticas na População Brasileira**. 2011.

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 44. ed. Forense. p. 18.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 44ª edição. Editora Forense, s.d. p. 141.

NEUFELD, Carmen Beatriz. **Terapia cognitivo comportamental para adolescentes: uma perspectiva transdiagnóstica e desenvolvimental**. s.d, p. 45.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal Parte Especial: Volume 3**. 7ª edição. Editora Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. v.3. Grupo GEN, 2023. p. 65. E-book. ISBN 9786559647231.

PASCOM; SZWARCOWALD, 2010; PAIVA et al., 2008.

SALVADOR NETTO, A. V. **Estupro bilateral: um exemplo limite**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 202, set. 2009.

SANTROCK, J. W. **Adolescência**. Porto Alegre: AMGH, 2014.

SARAIVA, João. **O 'depoimento sem dano' e a 'Romeo and Juliet Law'**. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In: Boletim IBCCRIM. Ano 2009.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Crimes hediondos e equiparados**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 40, 41.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 183-192.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 80.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. Pág. 113. São Paulo: Atlas, 2011.

TUCKER-DROB, E. M.; BRILEY, D. A.; HARDEN, K. P. *Genetic and environmental influences on cognition across development and context*. *Current Directions in Psychological Science*, 22(5), 349- 355, 2013.

ANEXOS

**TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA ENTREGA DA VERSÃO
FINAL DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC II) DO
CURSO DE DIREITO**

Eu, Luis José Tenório Brito, professor(a) titular do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio - UNILEÃO, orientador(a) do Trabalho do aluno(a) Júlia César Belém de Oliveira, do Curso de Direito, AUTORIZO a ENTREGA da versão final do Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) do aluno supracitado, para análise da Banca Avaliadora, uma vez que o mesmo foi por mim acompanhado e orientado, sob o título A Proporcionalidade da Pena do Crime de Estupro de Vulnerável Diante do Consentimento da Vítima: Uma Análise Científica do Tipo Penal.

Informo ainda que o mesmo não possui plágio, uma vez que eu mesmo passei em um antiplágio.

Juazeiro do Norte, / /


Assinatura do professor

PARECER DE REVISÃO ORTOGRÁFICA E GRAMATICAL

Eu, Aline Rodrigues Ferreira, graduada em Biblioteconomia pela Universidade Federal do Cariri, atesto que realizei a revisão ortográfica e gramatical do trabalho intitulado “**A PROPORCIONALIDADE DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DIANTE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA: Uma análise científica do tipo penal**”, de autoria de Júlio César Belém de Oliveira, sob orientação do (a) Prof.(a) Luís José Tenório Britto. Declaro que este TCC está em conformidade com as normas da ABNT e apto para ser submetido à avaliação da banca examinadora de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão.

Juazeiro do Norte, 15/11/2023

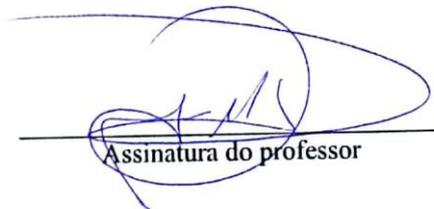
Documento assinado digitalmente
 **ALINE RODRIGUES FERREIRA**
Data: 19/11/2023 15:46:25-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

ALINE RODRIGUES FERREIRA

**PARECER DE TRADUÇÃO DO RESUMO PARA LINGUA
INGLESA**

Eu, Francisco Mauro de Sousa, professor(a) com formação Pedagógica em Letras: Língua Inglesa-Licenciatura, pela Universidade Regional do Cariri - URCA de Ensino Superior, realizei a tradução do resumo do trabalho intitulado **A PROPORCIONALIDADE DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO DE VUNERÁVEL DIANTE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA: Uma análise científica do tipo penal**, do (a) aluno (a) Júlio César Belém de Oliveira e orientador (a) Luis José Tenório Brito. Declaro que o ABSTRACT inserido neste TCC está apto à entrega e análise da banca avaliadora de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão.

Juazeiro do Norte, 14/11/ 2023


Assinatura do professor