

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
PEDRO HENRIQUE SILVA NASCIMENTO**

**A “idade do consentimento” e a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima no delito de Estupro de Vulnerável: uma análise à luz do princípio penal da Intervenção Mínima**

**Juiz de Fora  
2017**

**PEDRO HENRIQUE SILVA NASCIMENTO**

**A “idade do consentimento” e a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima no delito de Estupro de Vulnerável: uma análise à luz do princípio penal da Intervenção Mínima**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau em Bacharel, sob orientação do Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora  
2017**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**PEDRO HENRIQUE SILVA NASCIMENTO**

## **A “idade do consentimento” e a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima no delito de Estupro de Vulnerável: uma análise à luz do princípio penal da Intervenção Mínima**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau em Bacharel, submetido à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

**Juiz de Fora, de de 2017.**

## RESUMO

Este artigo tem o propósito de analisar a jurisprudência formada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada recentemente na Súmula nº 593 deste, segundo a qual “*O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.*”. Para tanto, inicialmente, far-se-á um esboço histórico, sociológico-jurídico, acerca da “idade do consentimento” até o hodierno. Após, propor-se-á investigar a *ratio*, pautando-se no recurso da interpretação histórica, que deu origem à Lei nº 12.015 de 2009, cuja motivação declarada foi a de infirmar a jurisprudência minoritária de então que defendia a presunção *juris tantum* de violência para o revogado art. 224 do Código Penal. Posteriormente, cotejar-se-á o entendimento jurisprudencial advindo da alteração legislativa mencionada com três julgados utilizados como paradigmas a fim de verificar, à luz do princípio penal da Intervenção Mínima, a necessidade de intervenção penal, a qual ocorreria a partir da aplicação mecânico-acrítica da tese sumulada em questão. Por fim, e conclusivamente, serão propostos alguns parâmetros de que o magistrado pode se valer para verificar se, de fato, o Direito Penal deve intervir em absolutamente todos os casos envolvendo a sensível temática.

Palavras-chave: história do Direito; estupro de vulnerável; idade do consentimento; presunção absoluta de vulnerabilidade; princípio penal da Intervenção Mínima.

## ***ABSTRACT***

This article aims to analyse the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice's jurisprudence, consubstantiated under jurisprudential thesis n° 593 by the latter, according to which: "*The crime of rape of vulnerable configures with the carnal conjunction or any libidinous act with a person under the age of 14 years old, being irrelevant the eventual consent of the victim to the practice of the act, previous sexual experience or existence of a loving relationship with the agent.*". In order to do that, firstly, it will be done a brief historical summary, legal and sociological, about the "age of consent" until nowadays. After, it will investigate the *ratio*, under the criteria of historical interpretation, that originated the Law n° 12.015/2009, which had an explicit purpose of undermine the minority jurisprudence of then, who supported the *juris tantum*'s nature of the revoked art. 224, of the Criminal Code. Subsequently, it will deal with the current ruling jurisprudence, derived from the mentioned legislative change, and compare it with three trials used as paradigms in order to verify, in the light of the Minimum Intervention criminal principle, the need for criminal intervention, which would occur from the mechanical-uncritical application of the jurisprudential thesis in question. Finally, and conclusively, it will propose some parameters that judges can use to verify if, in fact, Criminal Law should intervene in absolutely all cases involving the sensitive thematic.

Keywords: history of Law; rape of vulnerable; age of consent; vulnerability's absolute presumption; Minimum Intervention criminal principle.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1 A “IDADE DO CONSENTIMENTO” E UM ESCORÇO HISTÓRICO.....	8
2 COSTUMES E LEGISLAÇÃO: A “IDADE DO CONSENTIMENTO” NO DIREITO BRASILEIRO.....	12
2.1 A ALTERAÇÃO REALIZADA PELA LEI Nº 12.015/09 EM RELAÇÃO AO ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	18
3 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	21
4 CASOS PARADIGMÁTICOS À LUZ DO PRINCÍPIO PENAL DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL.....	23
5 CONCLUSÃO .....	28
REFERÊNCIAS .....	29

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de analisar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado recentemente por este na edição da Súmula nº 593, em relação à presumida incapacidade absoluta de que supostamente ostentam os indivíduos menores de 14 anos para consentir em relações sexuais.

Para tanto, será preciso, inicialmente, realizar um recorte histórico, notadamente ocidental, acerca da temática a fim de obter informações que poderão ser úteis para a posterior análise crítico-jurisprudencial: desde quando se fala em “idade do consentimento<sup>1</sup>”? Onde ela surgiu? Por quais razões? Qual era/é o corpo de costumes sociais e morais que a justificou/justifica?

Posteriormente, e não prescindindo de uma breve análise sociológica de fundo que informa, direta ou indiretamente, todo tipo de legislação, será feita uma retrospectiva histórica dos corpos normativos que disciplinaram a matéria no Brasil até chegar às atuais legislação e posicionamento jurisprudencial dominante dos Tribunais mencionados, quando então intentar-se-á fornecer satisfatoriamente uma resposta para o seguinte questionamento: será mesmo necessária a intervenção do Direito Penal em toda e qualquer relação sexual envolvendo um menor de 14 anos?

A resposta se dará mediante a análise de três casos reais sobre a matéria, utilizados paradigmaticamente neste trabalho, sendo que, ao fim, serão estabelecidos alguns parâmetros a fim de auxiliar os magistrados a lidarem com casos envolvendo a intrincada matéria, de inquestionável sensibilidade.

### 1 A “IDADE DO CONSENTIMENTO” E UM ESCORÇO HISTÓRICO

Tradicionalmente, no decurso histórico, a idade com que indivíduos poderiam engajar-se em atividade sexual dependia do consentimento familiar ou de outros costumes, sendo rara a previsão legal para tanto (BULLOUGH, 2004).

---

<sup>1</sup> Compreendida, para os fins deste trabalho, como a idade com que indivíduos podem consentir validamente em relações sexuais.

Aponta-se que, na maior parte desses casos, tais coincidiam com o início da puberdade, a partir da menstruação, para o sexo feminino, e do crescimento dos pelos pubianos, para o sexo masculino (v.g., na Grécia e Roma antigas<sup>2</sup>).

Na tradição islâmica, e ainda hoje em alguns países dessa tradição, o casamento poderia ocorrer em fase anterior à da puberdade, mas, em regra, a prática sexual só deveria ocorrer após<sup>3</sup>.

Na Europa medieval do século XII, Gratião, considerado o pai do Direito Canônico, reconheceu como sendo 12-14 anos a faixa etária tradicional para o casamento<sup>4</sup> (considerada como a média para o início da puberdade), ponderando, entretanto, que o consentimento da criança deveria ser levado em consideração já a partir dos 7 anos, o que poderia resultar em casamentos ocorridos a partir dessa idade.

O casamento, nesse formato, só poderia ser anulado até a fase da puberdade (12-14 anos), salvo se já tivesse havido a consumação sexual – mesmo que forçada, *i.e.*, em casos de estupro<sup>5</sup> -, hipótese em que referida anulação era descabida (BULLOUGH, 2004).

<sup>2</sup> Reporta-se que na Grécia Antiga era comum a prática homossexual entre rapazes de aproximadamente 12 e 20 anos, que perdurava até aquele chegar à idade adulta, quando então o mais velho se casava com uma menina de 12-14 anos, e o mais novo repetia a prática com um outro rapaz mais novo, de aproximadamente 12 anos, sucessivamente. Também que, em Roma, na sua fase imperial, sexo com crianças era comum, e a idade média para se casar com meninas era de 14 anos (WORTLEY & SMALLBONE, 2012, p. 9).

<sup>3</sup> A propósito, e a revelar a inquestionável confusão hermenêutica sobre o tema, conforme o relatório da ONG *Human Rights Development*, no Iêmen, a “idade do consentimento” estipulada pela lei local é de quinze anos, e qualquer tipo de atividade sexual realizada fora do âmbito conjugal é considerada crime. No entanto, tal limite etário é objeto de disputa, além de que constantemente desrespeitado, eis que os *ulemás* – estudiosos e intérpretes da *sharia*, conjunto de leis islâmicas baseadas no Corão e seguidas pela maior parte da população – preveem que o início da puberdade, tido como requisito permissivo para o ato sexual no casamento, é de nove anos. Em razão disso, não são incomuns as notícias de crianças dessa idade que, após se casarem, são obrigadas a engajar-se em atividade sexual com seus maridos, a despeito da falta de sinais biológicos da puberdade, algumas inclusive indo a óbito. Disponível em <<http://pantheon.hrw.org/legacy/wr2k1/mideast/yemen.html>>, <<http://articles.latimes.com/2008/jun/11/world/fg-childbride11>> e <<http://www.nydailynews.com/news/world/child-bride-dies-wedding-night-yemen-article-1.1450874>>. Acesso em 26/09/2017.

<sup>4</sup> Tradicional, pois casamentos poderiam ocorrer antes, especialmente em virtude de alianças entre famílias nobres. Relevante ressaltar, também, que tal faixa etária influenciou as leis da tradição romano-germânica que sucederiam (BULLOUGH, 2004).

<sup>5</sup> A concepção de que o sexo forçado, no âmbito conjugal, não revestia as vestes do delito de estupro, até há pouco tempo, era sustentada por parcela da doutrina brasileira, havendo inclusive jurisprudência nesse sentido. Veja-se, por todos, a doutrina de Nelson Hungria, Romão Lacerda e Heleno Fragoso, para quem “o marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma, pois é lícita a violência necessária para o exercício regular do direito ao sexo matrimonial”. (HUNGRIA, LACERDA & FRAGOSO, 1981, p. 115). Na jurisprudência, veja-se comentários de STRECK, Lênio. *Mulher pode recusar sexo; mas a negativa não pode ser mesquinha (sic)*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-02/senso-incomum-mulher-recusar-sexo-negativa-nao-mesquinhasic>>. Acesso em 26/09/2017.



O diploma legal mais antigo de que se tem conhecimento responsável por dar margem à interpretação sobre a “idade do consentimento” é o *Statute of Westminster, The First* (em tradução livre, Estatuto de Westminster, Primeiro), do ano de 1275, da Inglaterra, o qual previa como crime “*violar uma donzela com idade precoce, com ou sem o seu consentimento*” (tradução livre<sup>6</sup>). O termo “idade precoce” foi interpretado, à época, como aquele referente aos doze anos incompletos, eis que aos doze anos os indivíduos já eram, em regra, legalmente capazes para o casamento (ROBERSON, 2007).

No ano de 1576, ainda na Inglaterra, a lei reduziu a faixa etária para os 10 anos, algo que ensejou divergência entre os juristas da época sobre a manutenção do período etário previamente estipulado pelo Estatuto, alguns sustentando afirmativamente, mas com punições mais brandas para a faixa etária compreendida então entre os 10-12 anos de idade.

Ressalte-se que, nesse período, era de suma importância que a jovem se casasse ainda virgem. A perda da virgindade por uma mulher antes do casamento era vista como crime contra a propriedade do pai e do futuro marido, cuja pena era uma compensação a ser paga àquele (COCCA, 2010, p. 54; BOXAL, TOMISON & HULME, 2014, p. 3).

Essa noção romantizada da virgindade guarda íntimas relações com o ideário cristão, que recrudescer ao fim do Império Romano, a partir do governo do imperador Constantino – responsável por adotar o catolicismo como religião oficial do Império (312, d. C.) -, e predominou durante toda a Idade Média até os dias de hoje, na maior parte dos países europeus e suas respectivas ex-colônias. Como observa Michel Foucault (1984, p. 17):

[...]  
poder-se-ia acrescentar o alto valor moral e espiritual que o cristianismo, diferentemente da moral pagã, teria atribuído à abstinência rigorosa, à castidade permanente e à virgindade. Em suma, sobre todos esses pontos que foram considerados, durante tanto tempo, como tão importantes — natureza do ato sexual, fidelidade monogâmica, relações homossexuais, castidade —, parece que os Antigos teriam sido um tanto indiferentes, e que nada disso teria atraído muito sua atenção, nem constituído para eles problemas muito agudos<sup>7</sup>.

Paralelamente ao estágio inglês, também no século XVI, um grupo de pequenos-Estados na região atual da Itália e Alemanha utilizou o parâmetro etário de 12

---

<sup>6</sup> No original: *to ravish a maiden within age, whether with or without her consent* (ROBERSON, 2007).

anos, havendo o que chamar-se-ia hoje de presunção absoluta de vulnerabilidade se a prática ocorresse com crianças do sexo feminino menores de 12 anos (ROBERSON, 2007), à exceção das hipóteses de sexo no âmbito conjugal, já que a criança/mulher se passava a tornar propriedade de seu marido<sup>8</sup> (COCCA, 2010).

Apesar da existência de tais normas, é necessário destacar que leis baseadas em critérios etários, àquela época, não eram tão eficazes e mesmo muito comuns, seja porque as pessoas, com frequência, não sabiam indicar precisamente sua data de nascimento, seja porque, quando sabiam, não detinham prova documental do alegado (ROBERSON, 2007).

Talvez essa seja uma das razões por que não se tem notícia, nos demais países, de leis que previssem critérios etários a partir dos quais indivíduos seriam capazes de presumidamente consentir para a prática sexual, o que ocorre somente no fim do século XVIII, quando também a noção de desenvolvimento infantil e de proteção à criança, enquanto sujeito vulnerável, começa a surgir com mais vigor na Europa<sup>9</sup>.

A partir daí, no século XIX, França, Portugal, Espanha, Dinamarca, Cantões Suíços, dentre outros, começaram a estipular idades a partir das quais o consentimento do adolescente seria válido, transitando na faixa etária entre 10-12 anos, e, posteriormente, na metade do século em diante, na faixa etária entre 13-16 anos (BULLOUGH, 2004; ROBERSON, 2007).

Os principais motivos que levaram a esse aumento em tão curto período de tempo estão relacionados à prostituição infantil, fenômeno denunciado vigorosamente por movimentos sociais da época.

Desde então, à medida em que a noção de necessidade de proteção de crianças e adolescentes foi crescendo, também o foi a idade em que se presume ser o adolescente capaz para a prática do ato sexual, sendo a idade média atual dos países 16 anos<sup>10</sup>. Particularmente em relação à região da América Latina, a faixa média atual transita no período etário entre 14-16 anos<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Salienta-se que tal concepção perdurou no mundo jurídico por milênios. Veja-se, a título de exemplo, doutrina do ano de 1936 do penalista italiano Mário Manfredini, para quem, mesmo quando a vítima [mulher, no delito de estupro] não era casada, mas vivia com o agente, *more uxorio*, a constância das mútuas relações sexuais acarretaria “*como que um jus possessionis do marido sobre a mulher*” (MANFREDINI, 1936, *apud* HUNGRIA, LACERDA & FRAGOSO, 1981, p. 115).

<sup>9</sup> A própria Psicologia, enquanto ciência autônoma e responsável por realizar importantes descobertas acerca do desenvolvimento psicológico infantil, só surgiu no ano de 1879.

<sup>10</sup> Segundo informações do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Disponível em <[https://www.unicef.org/rightsite/433\\_457.htm](https://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm)>. Acesso em 27/09/2017.

<sup>11</sup> (SEDLITZKI & PERRAULT, 2016).

No entanto, em vários desses países existem institutos descriminalizadores que têm o propósito de limitar a intervenção penal somente aos casos em que agressor e vítima possuem significativa diferença de idade ou de maturidade psicológica e mental, a serem oportunamente abordados neste trabalho.

## **2 COSTUMES E LEGISLAÇÃO: A “IDADE DO CONSENTIMENTO” NO DIREITO BRASILEIRO**

Como se sabe, durante a fase colonial do Brasil, vigoraram, sucessivamente, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, diplomas legislativos expedidos por Portugal com o fim de reger as relações jurídicas em seu território original, bem como em suas colônias da época (GRECO, 2015, p. 5).

No tocante aos crimes sexuais, as Ordenações Afonsinas, que vigoraram em Portugal de 1211 a 1512, e no Brasil, desde a sua descoberta pelos portugueses em 1500 até o ano de 1512, previam, de maneira indistinta, a prática do crime de “violação forçada” (algo que se assemelha ao delito de estupro atual, mas com diferenças claras, v.g., no tocante ao sujeito passivo – só mulheres –), em seu Livro V, Título VI, denominado *Da molher forçada, e como fe deve a provar a força* (GUSMÃO, 2001, *apud* FERREIRA, 2014, p. 12)<sup>12</sup>.

Outrossim, as Ordenações Manuelinas (1513-1605) em seu Livro V, Título XIV (*Do que dorme por força com qualquer molher, ou traua della, ou a leua por sua vontade*<sup>13</sup>), bem assim as Ordenações Filipinas (1603-1830), em seu Livro V, Título XVIII (*Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade*<sup>14</sup>), previam delitos semelhantes, sem fazer quaisquer distinções à eventual idade da vítima.

A propósito, destaque-se que somente as Ordenações Filipinas foram efetivamente aplicadas em solo brasileiro, após a instalação do “Tribunal de Relação do Brasil na Bahia”, na data de 07/03/1609, quando então principiou-se a organização judiciária no país (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2006).

---

<sup>12</sup> Observa-se que o texto original das Ordenações Afonsinas pode ser acessado no *site* da Universidade de Coimbra, disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/15pg29.htm>>. Acesso em 27/09/2017.

<sup>13</sup> Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/15p52.htm>>. Acesso em 27/09/2017.

<sup>14</sup> Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/15p1168.htm>>. Acesso em 27/09/2017.

De qualquer forma, e posteriormente, com a independência do Brasil no ano de 1822, urgiu a necessidade de criação de um Código Criminal próprio e autônomo, o que ocorreu no ano de 1830.

Tal diploma legislativo previu, em seu Capítulo II, denominado *Dos crimes contra a segurança da honra*, a seção I, intitulada genericamente de *Estupro*<sup>15</sup>, com quatro delitos, assemelhando-se ao delito de estupro atual o quanto previsto no art. 222:

*Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.*

*Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.*

*Se a violentada fôr prostituta.*

*Penas - de prisão por um mez a dous annos.*

Veja-se que, à época, havia explícita proteção diferenciada em favor das “mulheres honestas<sup>16</sup>”, que, segundo interpretação posterior<sup>17</sup> de Néelson Hungria,

[...]

como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecúnia accepta*). Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amásia, a concubina, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor.

Além disso, não houve previsão específica de eventual “idade do consentimento” em tal artigo. No entanto, há o que se assemelharia a tal no art. 219 do diploma, denominado “crime de defloramento” (TINOCO, 2003), assim previsto:

*Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.*

<sup>15</sup> Segundo a doutrina de Néelson Hungria, Romão Lacerda e Heleno Fragoso (1981, p. 105), o Código Criminal de 1830 empregou o termo *Estupro* em um sentido romanístico, que incluía, sob tal rubrica, vários crimes sexuais.

<sup>16</sup> A propósito, o adjetivo em questão remanesceu nos códigos penais brasileiros (de 1890 e 1940) como elemento normativo de certos tipos penais até a promulgação da Lei nº 11.006/2005, que então o suprimiu definitivamente ao retirá-lo do tipo de *posse sexual mediante fraude*, delito também conhecido como *estelionato sexual*, tipificado no antigo art. 215 do Código Penal, *in verbis*: *Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: Pena - reclusão, de um a três annos.*

<sup>17</sup> Realizada originalmente para o delito de *posse sexual mediante fraude*, previsto no art. 215, do então vindouro Código Penal de 1940 (HUNGRIA, LACERDA & FRAGOSO, 1981, p. 139).

*Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.  
Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.*

Com efeito, depreende-se da leitura do artigo que, à exceção do sexo no âmbito conjugal ou quando ocorresse o casamento após a prática, era proibido *deflorar*, *i.e.*, tirar a virgindade de uma mulher que tivesse menos de dezessete anos.

Portanto, mesmo que a vítima, menor de dezessete anos, consentisse para a prática do ato sexual, se não fosse casada ou se não se seguisse o casamento com aquele que tirara sua virgindade, presumir-se-ia, ao menos, sua “vulnerabilidade” e, portanto, incapacidade para consentir.

Decerto que a “vulnerabilidade” em questão não tinha como escopo único e principal proteger a dignidade sexual da mulher (talvez, a bem da verdade, nem o tivesse), bem como sua higidez física e/ou psicológica. Ela estava mais vinculada à honra, à norma social de que mulheres não poderiam perder sua virgindade senão no âmbito conjugal, pelo seu marido. Como já mencionado no capítulo 1, as mulheres eram vistas como propriedades de seus pais, e posteriormente maridos, sendo a virgindade quase um requisito necessário para o casamento. Percebe-se que tal fenômeno não era diferente na sociedade brasileira de então:

A virgem é um símbolo de inocência e pureza representado no hímen, que marca a dominação masculina, a autoridade do pai e a honra da família. Para a sociedade brasileira o homem assume importância fundamental, porquanto é ele que transforma a virgem em esposa e mãe (dentro do casamento)<sup>18</sup>.

Da leitura do trecho, conjugada com o nome do capítulo - *Dos crimes contra a segurança da honra* -, vê-se que a honra familiar era um valor primordial a ser preservado, de sorte que não era qualquer mulher abaixo dos dezessete anos que estava proibida de se engajar no ato sexual, senão a que não fosse casada ou a que não se casasse em seguida com aquele que tirara sua virgindade. Se a higidez física e/ou psicológica da mulher fosse o valor *per se* a ser resguardado, certamente a idade deveria ser inferior, despidendo tratar-se de mulher casada ou não. Esse definitivamente não era o caso, eis que:

---

<sup>18</sup> (LOPES, 2003).

[...]

a inserção das meninas, filhas do Senhor de engenho, no mundo adulto era precoce: aos doze, treze, quatorze anos, eram identificadas como “Anjos Louros”, “Santas imaculadas”. Desde o dia da primeira comunhão deixavam de ser crianças e tornavam-se sinhá-moças, disponíveis para o matrimônio<sup>19</sup>.

Infere-se, pois, que adolescentes com tais idades já podiam casar, e, conseqüentemente, praticar relações sexuais com seus maridos. Nesse sentido:

Foi geral, no Brasil, o costume das mulheres casarem cedo. Aos doze, treze, quatorze anos. Com filha solteira de quinze anos dentro de casa já começavam os pais a se inquietar e a fazer a promessa a Santo Antônio ou São João. [...] Com relação ao preconceito da virgindade perder logo o gosto, [...] desde o século XVI dominou no Brasil semelhante prejuízo. Quem tivesse sua filha, que a casasse menina. Porque depois de certa idade as mulheres pareciam não oferecer o mesmo sabor de virgens ou donzelas que aos doze ou treze anos. Já não conservavam o provocante verdor de meninas-moças apreciado pelos maridos de trinta, quarenta anos. Às vezes de cinquenta, sessenta, e até setenta. Burton escreve que no meado do século XIX ainda eram comuns os casamentos de velhos de setenta com mocinhas de quinze anos. Do Padre Anchieta, [...] que foi um grande casamenteiro, aproximou-se um dia certo Álvaro Neto com o retrato que nos traça de meninas de treze ou quatorze anos. Aos dezoito anos, já matronas, atingiam a completa maturidade. Depois dos vinte, decadência. Ficavam gordas, moles. Criavam papada. Tornavam-se pálidas. Ou então murchavam<sup>20</sup>.

A corroborar a ideia de que a higidez física e mental da mulher não era o valor precípuo a ser resguardado, tem-se que não era incomum a morte de meninas em virtude do ingresso precoce na vida sexual com seus maridos:

Um fato triste é que muitas noivas de quinze anos morriam logo depois de casadas. Meninas. Quase como no dia da primeira comunhão. Sem se arredondarem em matronas obesas; sem criarem buço; sem murcharem em velhinhas de trinta ou quarenta anos. Morriam de parto<sup>21</sup>.

Conclui-se, portanto, que não só não havia qualquer proteção às – o que chamaríamos hoje – adolescentes, como era prática amplamente naturalizada o fato de se casarem e perderem sua virgindade em idade precoce com homens adultos.

Foi com o Código Criminal que se sucedeu, do ano de 1890, que esse estado de coisas começou a ser alterado (ao menos no plano jurídico). Evidente que o valor honra

---

<sup>19</sup> (BARCELOS & ROCHA, 2010).

<sup>20</sup> (FREYRE, 2003, p. 429 e ss.)

<sup>21</sup> (FREYRE, 2003, p. 432)

familiar não deixou de existir, o que se vê claramente com o nome do título VIII, referente aos delitos sexuais, intitulado *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*, porém, observou-se a necessidade de uma proteção especial – ou ao menos diferenciada - aos jovens abaixo dos 16 anos<sup>22</sup>, inaugurando-se no ordenamento jurídico pátrio, então, a chamada “idade do consentimento”.

Conforme o mencionado no capítulo 1 deste artigo, no século XIX houve uma notável mudança na postura dos países europeus em relação à proteção da sexualidade infantil e juvenil, e isso certamente influenciou o Brasil de então a, igualmente, ir ao encontro das legislações alienígenas da época.

Com efeito, dispôs o art. 272, do Código Criminal de 1890:

*Art. 272. Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste, e no capitulo precedente [da violência carnal” e “rpto”], sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.*

A partir de então, os indivíduos menores de 16 anos passaram a receber proteção diferenciada quando praticassem relações sexuais, presumindo-se a violência – denominada violência ficta ou presumida - do ato em razão de sua *innocentia consilii*, ou seja, da sua presumida incapacidade para consentir validamente.

Posteriormente, com o sucessor Código Penal de 1940, muito embora mantida a presunção de violência, houve a redução do limite etário - de 16 para os 14 anos -, bem como a ampliação da presunção de violência para outras hipóteses. O responsável pela elaboração do estatuto repressor em questão, o então Ministro da Justiça Francisco Campos, em sua Exposição de Motivos (nº 70), consignou o seguinte:

[...]

Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende a evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento 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

---

<sup>22</sup> Não necessariamente do sexo feminino, pois a presunção de violência para menores de 16 anos era genérica no tocante aos crimes sexuais, dentre os quais, o de *atentado violento ao pudor* (art. 266), que poderia ter como seu sujeito passivo tanto indivíduos do sexo masculino quanto do feminino.

que uma pessoa de 14 anos completos já tenha uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.

Vê-se, assim, que o Código Penal, ressoando o *ethos* de então, reduziu o limite etário justamente porque seria hipócrita não fazê-lo, em virtude do reconhecido ingresso de jovens menores de 16 anos na vida sexual.

O delito de estupro, situado no Título VI (Dos crimes contra os costumes), Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual), e previsto no art. 213, tinha a seguinte redação<sup>23</sup>:

Art. 213: Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.  
Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

A lei penal permaneceu, portanto, visando a resguardar mais os costumes do que propriamente a dignidade sexual, não muito diferente da legislação de outrora.

Por essa razão, também, que homens e mulheres recebiam tratamento legislativo diferenciado, pois, o entendimento à época era o de que

O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para tratamento penal, a equiparação dos dois casos<sup>24</sup>.

Note-se, além disso, que o então novo Código Penal não fez qualquer diferenciação, para a devida caracterização do delito de estupro, à eventual virgindade ou honestidade da mulher, certamente um avanço para a época<sup>25</sup>.

O artigo referente à presunção de violência estava previsto no art. 224, que, conjugado com o supramencionado art. 222, tipificava indiretamente o crime de estupro de com presunção de violência<sup>26</sup>:

Presunção de violência

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não e maior de 14 (quatorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

<sup>23</sup> Antes da promulgação da Lei nº 12.015/2009, responsável por fazer alterações no capítulo do delito em questão, como se verá.

<sup>24</sup> (HUNGRIA, 1956, *apud* NUCCI, 2014).

<sup>25</sup> Não obstante, conforme a doutrina de Nélson Hungria, Romão Lacerda e Heleno Fragoso (1981, p. 114), em se tratando de *mulher de multidão*, a pena a ser aplicada deveria ser reduzida.

<sup>26</sup> Também antes da alteração trazida pela Lei nº 12.015/2009.



Segundo Nélson Hungria, baseando-se na doutrina de Magalhães Noronha,

a presunção estabelecida na letra *a* do art. 224 não é absoluta, mas relativa. É decisivo em tal sentido o elemento histórico. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da cláusula “não se admitindo prova em contrário”, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código Italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige, em caso algum com a responsabilidade objetiva. *Nulla poena sine culpa*.<sup>27</sup>

Dentre os doutrinadores contemporâneos que endossam o entendimento de que a presunção em questão era de natureza relativa, *juris tantum*, – admitindo, portanto, prova em contrário para a sua descaracterização –, figuram César Roberto Bitencourt, André Estefam, Fábio Agne Fayet, Alessandra Orcesi Pedro Greco, João Daniel Rassi, Guilherme Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes, dentre outros<sup>28</sup>.

Compartilhando do entendimento de que a presunção em questão era de natureza absoluta, *jure et de jure*, – não admitindo qualquer prova em contrário para a sua descaracterização –, figuram Paulo José da Costa Júnior, João Mestieri, Rogério Greco, Bento de Faria, dentre outros<sup>29</sup>.

A jurisprudência, mormente a do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, é majoritária no sentido de a presunção em comento possuir natureza *jure et de jure*, a qual será analisada posteriormente, após a exposição do contexto e da alteração realizada pela Lei nº 12.015 de 2009.

## 2.1 A ALTERAÇÃO REALIZADA PELA LEI Nº 12.015/09 EM RELAÇÃO AO ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

<sup>27</sup> (HUNGRIA, LACERDA & FRAGOSO, 1981, p. 230 e ss.)

<sup>28</sup> (BITENCOURT, 2011; ESTEFAM, 2009; FAYET, 2011; GRECO & RASSI, 2010; NUCCI, 2011, *apud* KEMMERICH, 2016, p. 19).

<sup>29</sup> (COSTA JÚNIOR, 2008; MESTIERI, 1982; GRECO, 2012; FARIA, 1959, *apud* KEMMERICH, 2016, p. 7).

No ano de 2003, o Congresso Nacional instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito mista com a finalidade de investigar o fenômeno das redes de exploração sexual<sup>30</sup> de crianças e adolescentes no país.

Resultou da Comissão uma série de indiciamentos, recomendações para aprimorar as políticas públicas na área da infância, alterações legislativas visando ao resguardo das crianças e adolescentes, bem assim ao devido e eficaz enquadramento dos culpados de atos de tal natureza pela lei penal. Mister ressaltar, outrossim, a sugestão específica de

[...]  
mudança, no Código Penal, do conceito de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual”. É que o Código ainda trata essa questão a partir do aspecto moral e a intenção dos parlamentares foi trazer uma visão mais moderna: a do direito a um desenvolvimento sexual saudável para todas as pessoas<sup>31</sup>.

Depois da lenta evolução legislativa e doutrinária, percebeu-se, finalmente, pela necessidade de não mais tratar o tema como matéria de honra social ou costumes, senão de dignidade sexual, de desenvolvimento sexual.

A partir das conclusões da Comissão, foi elaborado o Projeto de Lei nº 253/2004, que, com as posteriores discussões empreendidas pelas Casas Legislativas, foi efetivamente transformado na Lei nº 12.015/09, cuja exposição de motivos é clara ao consignar que

[...]  
O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra 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 possui 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

---

<sup>30</sup> “O conceito de exploração sexual comercial inclui as diversas formas de prostituição, o tráfico e a venda de pessoas, todo tipo de intermediação e lucro com base na oferta e na demanda de serviços sexuais das pessoas, o turismo sexual e a pornografia infantil” (FIGUEIREDO, 2013).

<sup>31</sup> (FIGUEIREDO, 2013).

praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática<sup>32</sup>.

A referida lei foi responsável por uma série de alterações quanto aos delitos sexuais: a titulação do Título VI passou a ser denominada de *Dos Crimes contra a dignidade sexual*, o art. 213, referente ao delito de *Estupro*, agora contempla em seu tipo penal o extinto *Atentado Violento ao Pudor*, bem como não faz mais quaisquer distinções em relação ao sujeito passivo para a sua caracterização (podendo ser homem ou mulher), dentre outras.

Além disso, como mencionado na Exposição, foi criado o tipo penal autônomo do delito de Estupro de Vulnerável (art. 217-A do Código Penal), com a seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

De acordo com a clara dicção do Código Penal, é vulnerável o indivíduo menor de 14 anos, aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem discernimento para prática de atos sexuais, bem como aquele que não pode oferecer resistência.

Não obstante a vontade declarada do legislador tenha sido a de estipular uma presunção absoluta de vulnerabilidade para os menores de 14 anos, fato é que na doutrina a questão ainda permanece sendo objeto dos mesmos posicionamentos outrora presentes quanto à antiga presunção de violência, agora, quanto à presunção absoluta ou não de vulnerabilidade.

---

<sup>32</sup> Exposição de Motivos da Lei nº 12.015 de 2009. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 07/10/2017.

### **3 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Em sede jurisprudencial, especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o entendimento acerca da natureza absoluta de violência (antes da referida alteração legislativa) ou vulnerabilidade (após a referida alteração legislativa) se assentou ainda mais após a alteração realizada pela Lei nº 12.015/09<sup>3334</sup>.

A reforçar o entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Terceira Seção, em virtude dos inúmeros recursos especiais pendentes de julgamento acerca da matéria, decidiu reuni-los sob o rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C, do então vigente Código de Processo Civil de 1973<sup>35</sup>), e, tendo como relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, firmou o seguinte entendimento no ano de 2015:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). [...]. 5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes,

---

<sup>33</sup> O HC nº 73662-9 MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, foi o único dos últimos 20 anos que resultou no entendimento da presunção relativa, absolvendo o paciente acusado do delito de estupro de vulnerável (FERREIRA, 2015, p. 57).

<sup>34</sup> Julgamento do HC nº 119.09 SP, com diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido da presunção absoluta de violência/vulnerabilidade, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5059656>>. Acesso em 06/10/2017.

<sup>35</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infante-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. [...] 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do Superior Tribunal de Justiça.** (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção, julgado em 26/08/2015) (grifou-se).

O entendimento em questão foi consolidado, recentemente, com a edição da Súmula nº 593 daquele Tribunal, segundo a qual

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

A *ratio decidendi* evocada para o julgamento e que subjaz a fundamentação da súmula em questão, longe de ser irrelevante, revela, no entanto, a sua insuficiência e mesmo incompatibilidade com alguns específicos, analisados no capítulo seguinte, e que merecem a devida cautela jurisdicional para a sua apreciação, notadamente à luz do princípio penal da Intervenção Mínima.

## 4 CASOS PARADIGMÁTICOS À LUZ DO PRINCÍPIO PENAL DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

**1º caso:** conforme notícia extraída do *site*<sup>36</sup> do Tribunal de Justiça da Paraíba, “acusado” e “vítima” eram casados e tinham iniciado namoro quando ambos eram adolescentes, com 17 e 13 anos, respectivamente, e com o consentimento dos pais, sendo posteriormente ainda tiveram um filho. A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público, após tomar conhecimento do caso, por se tratar de Ação Penal Pública incondicionada (art. 225, § único, do Código Penal).

**2º caso**<sup>37</sup>: conforme a sentença exarada por magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo, disponível no portal Conjur<sup>38</sup>, “acusado” e “vítima”, de 18 e 13 anos, respectivamente, namoraram por período superior a um ano (quando ele, então, tinha 17 anos e ela 12 anos), pública e notoriamente, sendo que já havia tratativas para o noivado e casamento. Novamente, o Ministério Público oferece denúncia, despidendo o consentimento da “vítima”, que alegou nunca ter se sentido enganada ou iludida na relação.

**3º caso**<sup>39</sup>: semelhantemente aos casos acima narrados, um jovem de 18 anos que praticou relações sexuais consentidas com sua namorada de 13 anos teve seu Habeas Corpus denegado pelo Supremo Tribunal Federal.

Elencados os casos, passar-se-á, então, à análise do princípio penal da Intervenção Mínima. De fato, não há unanimidade na doutrina acerca da sua conceituação e alcance, mas certo é que todos convergem no sentido de que o Direito Penal deve ser

---

<sup>36</sup> Disponível em <<http://www.tjpb.jus.br/juiz-entende-que-nao-ha-estupro-de-vulneravel-em-caso-de-jovens-que-iniciaram-vida-sexual-consensual-na-adolescencia/>>. Acesso em 11/10/2017.

<sup>37</sup> Observa-se que, em razão da tramitação sigilosa do feito, não foi possível obter maiores informações a respeito do caso.

<sup>38</sup> <<https://www.conjur.com.br/dl/estupro-vulneravel-sexo-menor-14-anos.pdf>>. Acesso em 11/10/2017.

<sup>39</sup> Também em virtude do caráter sigiloso do feito, não foi possível obter maiores informações a respeito, não logrando êxito em acessar sequer a decisão do STF sobre o caso em seu *site*: <<http://www.stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=122945&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Notícia extraída do *site* <<https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/artigos/447762550/o-stf-e-como-fazer-um-jovem-de-18-anos-perder-a-sua-vida>>. Acesso em 11/10/2017.

utilizado tão somente quando necessário e para proteger os bens jurídicos mais importantes de uma dada sociedade.

Sustentando uma posição mais tradicional acerca de sua conceituação, doutrina Cézar Roberto Bitencourt (2011, p. 96) que

*O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.*

Com uma perspectiva mais detalhada, e que passará a ser utilizada para os fins do trabalho proposto, figura Paulo César Busato (2015), que estrutura o princípio mencionado em dois pontos-chave, a saber: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*. Conforme o autor

[...]  
Se partirmos da ideia de que não é necessário um Direito penal tão agressivo, se reconhece, desde logo, a necessidade de utilizá-lo com moderação. Sua intervenção, nos âmbitos da vida, não pode ser tão ampla nem tão grave<sup>40</sup>.

A partir daí, leva em consideração que

[...]  
As Ciências Sociais põem em evidência, em primeiro lugar, que a pena não intimida, que a relativa eficácia do Direito penal à prevenção do delito não constitui o recurso mais idôneo ou eficaz. Finalmente, as análises da *efetividade* e dos *custos* (sociais) fundamentam cientificamente a necessidade de restringir a intervenção do Direito penal a seu mínimo necessário<sup>41</sup>.

Conceituando os referidos pontos-chave, em relação à *fragmentariedade*:

[...]  
Muito Direito penal equivale a nenhum. Assim que modernamente a característica de fragmentariedade na intervenção do Direito penal é entendida positivamente. [...] Toda norma penal deve ter em sua estrutura de base um bem jurídico, mas esse bem jurídico deve ser essencial para o desenvolvimento humano em sociedade. [...] Os limites que se estabelecem à intervenção do Direito penal em relação ao princípio de fragmentariedade fazem com que pouco a pouco se vão retirando do meio

<sup>40</sup> (BUSATO, 2015, p. 55).

<sup>41</sup> (BUSATO, 2015, p. 56).

legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem jurídico não se respalda em um consenso social sobre sua imprescindibilidade.<sup>42</sup>

Quanto à *subsidiariedade*:

Essa característica condiciona a intervenção do Direito penal à comprovação da incapacidade dos demais mecanismos de controle social em resolver adequadamente o problema. [...] O Direito penal não é uma solução para todos os males, não é a única forma de controle social jurídico, nem tampouco é a única forma de intervenção à disposição do Estado. A intervenção penal deve ficar reservada para as hipóteses em que falharam outros mecanismos de defesa social. Ao Direito Penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social<sup>43</sup>.

Do cotejo dos casos apresentados com a análise do princípio penal da Intervenção Mínima, questiona-se: é necessária a intervenção penal em tais casos, sobretudo com a imputação de um delito hediondo<sup>44</sup> aos supostos “agressores” – namorados ou maridos – das “vítimas”?

Para tanto, valer-se-á dos requisitos formulados por Paulo César Busato (2015, p. 67 e ss.) a fim de verificar a incidência do princípio penal da Intervenção Mínima em tais casos. São eles:

a) o reconhecimento de que o caso reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade; b) que esse ataque foi grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social penal entre em ação. Essa gravidade, por sua vez, deve ser medida tendo em conta: (b1) a classe de violação realizada, em face de sua tolerabilidade social; (b2) a intensidade do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais; (b3) se o emprego do Direito penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via.

Considerando o primeiro requisito, tem-se que, muito embora a dignidade sexual seja um bem jurídico fundamental para qualquer indivíduo em sociedade, nas hipóteses de namoro em que os indivíduos não tenham uma diferença de idade significativa, ou mesmo quando há um grau de autonomia suficiente diante do ato sexual,

---

<sup>42</sup> (BUSATO, 2015, p. 57 e ss.).

<sup>43</sup> (BUSATO, 2015, p. 60 e ss.).

<sup>44</sup> Art. 1º, IV, da Lei nº 8.072/90.



o adolescente com idade inferior aos 14 anos não tem o bem em questão sequer atacado, o que *prima facie* já afasta a incidência do Direito Penal.

Em relação à diferença de idade significativa, tem-se como exemplo o próprio julgamento utilizado como paradigma pelo Superior Tribunal de Justiça para firmar o entendimento jurisprudencial supramencionado: um homem adulto com idade superior aos 25 anos que iniciou namoro com uma criança de 8 anos. Nessa hipótese, tem-se que, de fato, não se afigura crível, tampouco razoável, que se sustente que uma criança de 8 anos possa efetivamente ter uma vontade válida, plenamente livre, perante um homem adulto de 25 anos, de sorte a não ter seu bem jurídico atacado pelo adulto.

Como apontado no início deste trabalho, é o que se verifica no Iêmen, onde muitas crianças inclusive vão a óbito em virtude do precoce ingresso na vida sexual.

No entanto, nos casos paradigmáticos em questão, em que não há significativa diferença de idade entre “autor” e “vítima”, sendo que em dois deles o próprio namoro se iniciou quando aquele ainda não tinha atingido a maioridade, não se observa qualquer ataque à dignidade sexual da “vítima”, mormente a ensejar a drástica intervenção penal.

Critérios etários estanques, nessas hipóteses, são invariavelmente arbitrários, pois a diferença com que cada adolescente se desenvolve física e psicologicamente é distinguível caso a caso, de modo a não ser incomum adolescentes com 13 anos mais maduros – neste e naquele aspecto - que outros de 15 anos, por exemplo.

Por esse motivo, também, que o conceito de adolescência, muito embora fluido e em determinadas sociedades até inexistente<sup>45</sup>, é compreendido por alguns como o estágio compreendido na faixa etária entre os 10-19 anos, como por exemplo, a Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>46</sup>. Outros, na faixa etária entre 13-19 anos<sup>47</sup>.

A propósito,

É evidente que as fronteiras cronológicas constituem parâmetros instáveis e incertos de delimitação das classes de idade ao longo da história dessas sociedades, uma vez que estão sendo constantemente questionadas, negociadas e redefinidas. No entanto, enquanto modelo lógico de ordenação, a ‘cronologização da vida’ estabilizou-se como um dos

---

<sup>45</sup> A própria definição de adolescência não é pacífica entre os psicólogos no hodierno. Também, há aqueles que defendem ser a adolescência um construto puramente cultural. Nesse sentido: “[a] *adolescência nada mais é que um fenômeno cultural, produzido pelas práticas sociais em determinados momentos históricos, manifestando-se de formas diferentes e nem sequer existindo em alguns lugares, não podendo, por isso, ser admitida a partir de uma visão totalizante, com pretensões universalistas.*” (MEAD, 1985, *apud* RODRIGUES, 2016, p. 30).

<sup>46</sup> (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE *apud* KEMMERICH, 2016, p. 22).

<sup>47</sup> Disponível em <<https://www.psychologytoday.com/basics/adolescence>>. Acesso em 12/10/2017.

principais mecanismos de atribuição de *status*, definição de papéis e formulação de demandas sociais<sup>48</sup>.

Como mencionado no início deste trabalho, alguns países adotam certos institutos descriminalizadores que têm a finalidade de justamente afastar a aplicação da lei penal quando “agressor” e “vítima” possuem idade próxima um do outro – denominados de “exceções de idade próxima” -, critério útil para que o magistrado pondere a respeito da incidência do Direito Penal em um caso específico<sup>49</sup>.

Quanto ao grau de autonomia suficiente diante do ato sexual, existem alguns parâmetros que podem informar quando tal está ausente: o Código Penal francês, por exemplo, estipula que a “idade do consentimento” no país é de 15 anos. No entanto, passa a ser de 18 anos se a pessoa com quem ela se relaciona guarda uma posição de autoridade em relação ao jovem (relação de professor, médico, alguém de quem a vítima dependa financeiramente, dentre outros)<sup>50</sup>, já que a tendência é que o adolescente seja manipulado e, portanto, não consinta validamente nessas circunstâncias<sup>51</sup>.

Com efeito, se há uma relação de autoridade ou dependência do adolescente para com o adulto (financeira, afetiva, dentre outras), é bem provável que a sua vontade para consentir no ato sexual seja viciada. É o que ocorre, por exemplo, com crianças ou adolescentes que, em idade tenra, são exploradas e abusadas sexualmente por meio da “prostituição”<sup>52</sup>.

*Mutatis mutandis*, tais podem ser bons parâmetros auxiliares para que o magistrado avalie se a vontade do adolescente foi válida ou não para consentir em uma relação sexual.

<sup>48</sup> (DEBERT, 1998, p. 19-67, *apud* LOWENKRON, 2016).

<sup>49</sup> A título de exemplo, na Finlândia, a idade do consentimento é estipulada em 16 anos. No entanto, o magistrado tem liberdade para afastar a aplicação da lei penal – algo equivalente a uma causa excludente de ilicitude - caso não haja grande diferença entre as idades ou entre a maturidade psicológica e mental entre as pessoas envolvidas. O Código Penal austríaco, por sua vez, prevê a “idade do consentimento” como sendo de 14 anos, incidindo uma causa de justificação na hipótese de a diferença etária entre as partes não for superior a 4 anos, e uma delas não tiver idade inferior a 12 anos. Disponível em <<http://www.protection-of-minors.eu/en/cat10.php>>. Acesso em 17/10/2017. Outrossim, tais exceções são amplamente utilizadas nos estados dos Estados Unidos, cada qual com autonomia para estipular as suas respectivas “idades de consentimento”, ressaltando, porém, serem um pouco mais elevadas, na faixa etária média de 16-18 anos. Disponível em <<https://www.ageofconsent.net/states>>. Acesso em 17/10/2017.

<sup>50</sup> Disponível em <<https://www.ageofconsent.net/world/france>>. Acesso em 15/10/2017.

<sup>51</sup> É o que alguns psicólogos também defendem (PICKHARDT, 2017).

<sup>52</sup> Referenciou-se à “prostituição”, com aspas, pois “[...] *nessa perspectiva, as organizações não-governamentais, o governo e as agências internacionais optaram pelo uso do termo “exploração e abuso sexual contra crianças e adolescentes”, e não “prostituição infante-juvenil”.* Isso porque se considera a prostituição um modo de vida que abrange determinado segmento social: ou seja, só o adulto pode optar por essa forma de garantir seu sustento. Uma criança, com menos de 12 anos, e um adolescente, com menos de 18, simplesmente não escolhem esse caminho, mas são induzidos pela prática delituosa do adulto” (FIGUEIREDO, 2013, p. 5).

Note-se, portanto, que a *ratio legis* da Lei nº 12.015/2009, bem como a *ratio decidendi* sustentada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no âmbito do julgamento dos recursos especiais sob o rito de recursos repetitivos, de cuja ementa ressaí a tese consolidada na Súmula nº 593, do Superior Tribunal de Justiça, residem na necessidade de proteger a criança ou adolescente de exploração sexual, bem assim de relações abusivas com adultos, razões acertadas, mas que, decerto, podem conviver com os casos apresentados, e, *a fortiori*, com a relatividade da presunção de vulnerabilidade.

## 5 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente trabalho, pôde-se concluir que, de fato, o entendimento pela presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima no delito de Estupro de Vulnerável revela-se frágil.

Lênio Streck (2014, p. 8), em comentário crítico a respeito das Súmulas Vinculantes – que, muito embora possuam mais força, ostentam a mesma estrutura jurídica das Súmulas não-Vinculantes -, defende ser impossível “fazer uma antecipação dos sentidos da complexidade da multiplicidade dos casos concretos”.

Com efeito, dispensar à vulnerabilidade absoluta **todos** os casos de relações sexuais envolvendo menores de 14 anos não se mostra adequado, porquanto há situações em que a dignidade sexual da “vítima” sequer é lesionada, não sendo recomendável, assim, a drástica intervenção penal (imagine-se, em relação ao caso 1 apresentado, a “vítima”, casada com o seu marido/ “agressor”, tendo de fazer-lhe visitas com o filho no presídio).

A análise histórica, sociológico-jurídica, permitiu perceber o fenômeno em questão a partir de uma perspectiva mais ampla, de sorte a reconhecer os erros do passado para, longe de tratar o tema hoje de maneira banalizada, pensá-lo de forma séria, mas ponderada.

A Lei nº 12.015 de 2009 tentou solucionar um problema complexo com uma resposta cronológico-objetiva fácil: imbuída da louvável motivação de coibir a prática da exploração sexual infantil e juvenil, estancou, em princípio e conforme o entendimento jurisprudencial questionado, a possibilidade de se reconhecer quaisquer situações nas quais jovens com idades próximas possam engajar-se em atividade sexual de forma livre e consentida, o que, com todo o exposto, vê-se que não é a medida recomendada.

## REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Regina Ferreira de; ROCHA, Júlia Siqueira da. O lugar da mulher e da criança na obra Casa-Grande & Senzala. Disponível em <<http://sbhe.org.br/novo/congressos/cbhe7/pdf/04-%20HISTORIA%20DA%20EDUCACAO%20DAS%20CRIANCAS-%20JOVENS%20E%20ADULTOS%20NO%20BRASIL/O%20LUGAR%20DA%20MULHER%20E%20DA%20CRIANCA.pdf>>. Acesso em 26/09/2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial. V. 4, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOXAL, Hayley; TOMISON, Adam; HULME, Shann. *Historical review of sexual offence and child sexual abuse legislation in Australia: 1788–2013*. Austrália: Australian Institute of Criminology, 2013.

BULLOUGH, Vern Leroy. *Age of Consent, in Encyclopedia of Children and Childhood, in History and Society*. Disponível em <<https://web.archive.org/web/20080928120836/http://www.faqs.org/childhood/A-Ar/Age-of-Consent.html>>. Acesso em 26/09/2017.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal – parte geral, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COCCA, Carolyn. *Sex and Society*. Singapura: Marshall Cavendish, 2010. Disponível em <[https://books.google.com.br/books/about/Sex\\_and\\_Society.html?id=aVDZchwkIMEC&redir\\_esc=y](https://books.google.com.br/books/about/Sex_and_Society.html?id=aVDZchwkIMEC&redir_esc=y)>. Acesso em 27/09/2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEBERT, G. G. A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade. In: LINS DE BARROS, M.M (Org.). *Velhice ou terceira idade? Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

ESTEFAM, André. Crimes Sexuais: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro Comentado: Parte Especial. v. 6. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1959.

FAYET, Fabio Agne. O Delito de Estupro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, André Girão. O DELITO DE ESTUPRO (ART.213 DO CÓDIGO PENAL): ASPECTOS RELATIVOS À MULHER COMO SUJEITO ATIVO. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Cearense de Direito. Fortaleza, 2014.

FERREIRA, Luisa Teresa Hedler. LOLITA E A CORTE - O DEBATE SOBRE A AUTONOMIA SEXUAL DA VÍTIMA DE ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de Brasília. Brasília, 2015.

FIGUEIREDO, Karina. Um fenômeno complexo. Brasil: UNICEF. Disponível em <[http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Cap\\_03.pdf](http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Cap_03.pdf)>. Acesso em 05/10/2017.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade, vol. II - O uso dos prazeres. Maria Thereza da Costa Albuquerque (Trad.). São Paulo: Edições Graal LTDA., 1984.

FREYRE, Gilberto. Casa Grande e Senzala – Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal I. 48ª ed. Recife: Editora Global, 2003.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral, 17ª ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. III (arts. 197 a 249). 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

KEMMERICH, Stéfani Bataioli. DA (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE SEXUAL PREVISTO NO ARTIGO 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. 2016. Disponível em <[http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/stefani\\_kemmerich\\_2016\\_1.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/stefani_kemmerich_2016_1.pdf)>. Acesso em 06/10/2017.

LOPES, Moisés Alessandro de Souza. A “Intoxicação Sexual” do Novo Mundo: Sexualidade e Permissividade no livro *Casa Grande & Senzala*. In: *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, 2003. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9073>>. Acesso em 29/09/2017.

LOWENKRON, Laura. Menina ou moça? In: *Revistas Desidades*, 2016. Disponível em <<https://revistas.ufrj.br/index.php/desidades/article/view/3146>>. Acesso em 15/10/2017.

MEAD, Margaret. *Adolescência, sexo y cultura en Samoa*. Barcelona: Planeta de Agostini, 1985.

MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: RT, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PICKHARDT, Carl E. *Last Stage Adolescence, 18-23, and What Is Consensual Sex*. Disponível em <<https://www.psychologytoday.com/blog/surviving-your-childs-adolescence/201710/last-stage-adolescence-18-23-and-what-is-consensual>>. Acesso em 17/10/2017.

ROBERSON, Stephen. *Age of Consent Laws. In: Children and Youth in History*. Disponível em <<http://chnm.gmu.edu/cyh/items/show/230>>. Acesso em 26/09/2017.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. Tese de Doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

SEDLITZKI, Vanessa; PERRAULT, Nadine. *Legal minimum ages and the realization of adolescents' rights*. UNICEF, 2016. Disponível em <[https://www.unicef.org/lac/20160406\\_UNICEF\\_Edades\\_Minima\\_Eng\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Eng(1).pdf)>. Acesso em 27/09/2017.

STRECK, Lênio. A relação “Texto e Norma” e a Alografia do Direito. *In: Novos Estudos Jurídicos*, 2014. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540>>. Acesso em 17/10/2017

TINOCO, Antônio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Brasil: Senado Federal, 2003. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496203>>. Acesso em 27/09/2017.

WORTLEY, Richard; SMALLBONE, Stephen. *Internet Child Pornography: causes, investigation and prevention*. Estados Unidos: Praeger, 2012. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?isbn=0313381798>>. Acesso em 26/09/2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.