

A VULNERABILIDADE ABSOLUTA NO § 5º DO ART. 217/A DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL E ADEQUAÇÃO SOCIAL

ABSOLUTE VULNERABILITY IN §5 OF ARTICLE 217-A OF THE PENAL CODE: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF JUDICIAL FREE CONVICTION AND SOCIAL ADEQUACY

Carlos Henrique Miranda Jorge¹
Sthefanny Maroly Borges Baroni²

RESUMO: A Lei 12.015/2009 trouxe diversas alterações no ordenamento jurídico, revogando e criando novos crimes sexuais. Assim, foi elaborado o crime de estupro de vulnerável, indo ao encontro dos mandamentos constitucionais. Para maior proteção, o legislador introduziu no §5º do art. 217/A, por meio da Lei 13.718/2018, do Código Penal, a vulnerabilidade absoluta de violência, ou seja, a pena prevista deste tipo penal será aplicada independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. Contudo tal artigo pode afetar o Princípio da Livre Convicção Judicial que permite ao magistrado ter liberdade para formar sua convicção sobre as provas apresentadas em um processo, afastando a possibilidade do entendimento de vulnerabilidade relativa e o Princípio da Adequação Social, em que uma conduta não deve ser considerada criminosa se for socialmente aceita e adequada dentro de um determinado contexto social. Desta feita, busca-se com o presente trabalho a análise deste dispositivo e sua relação com os mencionados princípios. Como objetivo geral, buscar-se-á o estudo sobre o histórico do crime de estupro de vulnerável e, como objetivo específico, sobre o Princípio da Livre Convicção Judicial e da adequação social. Para tanto, a metodologia adotada será a revisão bibliográfica sistematizada, utilizando-se doutrinas especializadas sobre o tema, artigos jurídicos e julgados sobre a temática, concluindo-se que a vulnerabilidade absoluta no crime de estupro de vulnerável contra adolescente abaixo de catorze anos afeta o Princípio da Livre Convicção Judicial e o Princípio da Adequação Social.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável; Princípio da Livre Convicção Judicial; Princípio da Adequação Social.

ABSTRACT: Law 12.015/2009 introduced significant changes to the Brazilian legal system, revoking and creating new sexual crimes. Among them, the crime of rape of a vulnerable person was established, in accordance with constitutional principles. Later, Law 13.718/2018 amended §5 of Article 217-A of the Penal Code to define absolute vulnerability, meaning the penalty applies regardless of the victim's consent or prior sexual activity. However, this provision may conflict with the Principle of Judicial Free Conviction, which grants judges the autonomy to form their understanding based on the evidence presented. By mandating a fixed interpretation of vulnerability, it limits judicial discretion and removes the possibility of assessing relative vulnerability. Additionally, it raises issues with the Principle of Social Adequacy, which argues that behavior should not be deemed criminal if it aligns with accepted social norms in a given context. This paper analyzes the implications of absolute vulnerability

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito do Estado com ênfase em Direito Administrativo pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito e Especialista em Direito da Criança e Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Advogado e Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direitos Humanos e Direito Previdenciário no curso de Direito e de Direito Urbanístico no Curso de Arquitetura e Urbanismo da Fundação Educacional de Fernandópolis – SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3234-4559> E-mail: c_hmj@hotmail.com

² Graduanda do curso de Direito da Fundação Educacional de Fernandópolis – SP. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-5972-2938>. sthefannymaroly@gmail.com

in light of these principles. The general objective is to examine the historical development of the crime of rape of a vulnerable person, with specific focus on the principles of judicial free conviction and social adequacy. The study adopts a systematic literature review methodology, using specialized legal doctrine, academic articles, and relevant case law. It concludes that the notion of absolute vulnerability in cases involving adolescents under fourteen undermines judicial discretion and disregards socially contextualized conduct.

Keywords: Rape of a vulnerable person; Judicial Free Conviction; Social Adequacy.

1 INTRODUÇÃO

A proteção dos vulneráveis é estabelecida pela Carta Política como um dever do Estado, assegurando direitos e garantias fundamentais a grupos específicos e em situações de risco, refletindo-se por meio da promulgação de leis e políticas públicas no intuito de garantir bem-estar, proteção, dignidade, segurança e todos os demais aspectos necessários para atingir a dignidade humana, um dos fundamentos constitucionais previsto no art. 1º, inciso III, do texto constitucional.

Sendo assim, tais proteções tiveram reflexos no Código Penal Brasileiro, em especial no capítulo referente aos crimes contra a dignidade sexual com a promulgação da Lei 12.015/2009, que trouxe alterações substanciais aos crimes sexuais, revogando a antiga conotação que se referia à proteção contra a segurança da honra, honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor e contra os costumes, para dar especial relevo à dignidade sexual.

Pela referida lei, surgiu o crime de estupro de vulnerável, que consiste em manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, visando à proteção eficiente aos adolescentes e crianças, além de outros que se encontrarem em situação de maior proteção legislativa. Desta feita, por meio da Lei 13.718/2018, foi introduzido no Código Penal a vulnerabilidade absoluta de estupro por meio do §5º, do art.217/A, que prevê aplicação das penas independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Tal entendimento do legislador, entretanto pode afetar dois princípios de ordem penal e processual penal, quais sejam, os Princípios da Livre Convicção Judicial e da Adequação Social, sendo retirado do magistrado pelo primeiro princípio a possibilidade de interpretação da manifestação de vontade do adolescente em manter relações sexuais de forma consentida, enquanto na segunda base jurídica verifica-se se tais condutas devem ser criminalizadas ou são socialmente aceitas.

Desta feita, justifica-se o presente trabalho pela necessidade de analisar-se o consentimento do adolescente abaixo dos 14 (catorze) anos de idade em manter relações sexuais, com a possibilidade de o magistrado analisar no caso concreto se tais condutas enquadram-se no tipo penal em exame ou se em alguns casos seriam socialmente aceitas, inclusive pelos seus familiares, buscando respostas aos seguintes questionamentos: A vulnerabilidade absoluta de estupro de vulnerável em adolescentes abaixo dos catorze anos fere os Princípios da Livre Convicção Judicial? A vulnerabilidade relativa de estupro se amoldaria de forma mais adequada ao Princípio da Adequação Social?

Assim, o artigo se dividirá em dois capítulos, sendo que o primeiro trará o estudo sobre o histórico do crime de estupro de vulnerável e como objetivo específico sobre o Princípio da Livre Convicção Judicial e da adequação social. Para tanto, a metodologia adotada será a revisão bibliográfica sistematizada, utilizando-se doutrinas especializadas sobre o tema, artigos jurídicos e julgados sobre a temática.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os crimes sexuais sempre estiveram disciplinados no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo o legislador a importância desse bem tutelado. O crime de estupro de vulnerável, como é conhecido hoje, adveio com a Lei nº 12.015/2009, que alterou o título VI, capítulo II do código penal, que antes era “Da sedução e da corrupção contra os menores” e passou a ser “Dos crimes sexuais contra vulnerável”.

A primeira codificação criminal do país, o Código Penal Imperial, foi promulgado em 1830, e antes dele eram utilizadas, como base para punir as infrações, as leis das Ordenações Filipinas, de Portugal. Assim, analisando o Código Penal de 1830, é possível verificar que não era previsto nenhuma proteção aos vulneráveis, nele era estipulado crime apenas o estupro, de forma genérica e com proteção às mulheres, conforme disposto:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. 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. [...] 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 (Brasil, 1830).

Entretanto, também havia previsão em seu art. 225 que não haveria as penas previstas para os crimes sexuais, caso o autor do crime se casasse com a vítima, repetindo-se esta previsão no art. 267, do Código Penal de 1890 em algumas hipóteses. Tal possibilidade veio previsto no Código Penal de 1940, no art. 107, que previa a exclusão da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do código e ainda pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração (Brasil, 1940).

Nesse contexto, e com reflexos do Código Penal, o Código Civil de 1916, estipulava que a idade para o casamento era de 16 (dezesseis) anos para as mulheres e em 18 (dezoito) anos para os homens. Contudo, previa no seu artigo 214, que o casamento do suposto acusado de crimes sexuais com a vítima evitaria a imposição ou o cumprimento da pena criminal.

Foi apenas com o Código Civil de 2002 que ficou prevista a igualdade etária de 16 (dezesseis) anos tanto para a mulher quanto para o homem, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Posteriormente, foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), também conhecido como Código Penal Republicano, deixando de fazer referência à idade para o crime de estupro, porém a única proteção trazida para os vulneráveis nos crimes sexuais era para as mulheres, assim, bem como no código penal anterior, não era previsto no seu texto nenhum tipo de amparo para as pessoas do sexo masculino, conforme demonstra-se:

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude. Pena - de prisão cellual por um a quatro annos. [...] Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta. Pena - de prisão cellual por um a seis annos. (Brasil, 1890).

Em sequência, com a chegada do Código Penal de 1940, promulgado pelo Decreto-Lei nº 2.848, em 7 de dezembro de 1940, que se encontra em vigor até os

dias atuais, foi criado um capítulo específico para crimes sexuais contra as crianças e adolescentes, previsto como “Capítulo II- Da sedução e da corrupção das crianças”.

O crime era presumido, de acordo com o artigo 224 do Código Penal de 1940, quando cometido contra qualquer pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ou se considerada alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância, ou ainda se, por qualquer causa, não poderia oferecer resistência ao ato (Brasil, 1940). Em 2009, contudo, entrou em vigor a Lei nº 12.015, que alterou o Código Penal de 1940, principalmente no que se refere aos crimes contra a dignidade sexual.

Primeiramente, foi alterado o nome do capítulo que passou a ser “Dos crimes sexuais contra vulnerável” e trouxe o crime de estupro de vulnerável como o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contra menor de 14 (quatorze) anos, ou contra 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 (Brasil, 2009).

A vulnerabilidade é um conceito cuja etimologia remete ao termo latino *vulnerabilis*, que significa “aquele que pode ser ferido” (Michaelis, 2023, *apud* Oliveira, Santos, 2025). Assim, a palavra carrega a ideia interdisciplinar de exposição a danos ou lesões, sejam elas físicas, emocionais, psicológicas ou sociais (Sevalho, 2018, *apud* Oliveira, Santos, 2025). Esse entendimento está intrinsecamente ligado à perspectiva antropológica, a qual compreende o ser humano enquanto ser vulnerável e consciente de sua finitude, suscetível a adversidades e à própria condição da existência, independentemente de sua posição social ou cultural (Ricoeur, 1982, *apud* Oliveira, Santos, 2025).

É possível verificar que não é mais tratado de violência presumida e nas palavras de Masson (2018, p. 61), não se fala mais em presunção de violência, e sim em vulnerabilidade, decorrente do incompleto desenvolvimento físico, moral e mental dos menores de 14 (quatorze) anos, pois estas pessoas não estão prontas para participar da atividade sexual.

No entendimento de Bitencourt:

De notar-se que o legislador, dissimuladamente, usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para presumir a violência sexual. Constata-se que o legislador anterior foi democraticamente transparente (mesmo em período de ditadura), destacando expressamente as causas que levavam à presunção de violência; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo

modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei (Bitencourt, 2019, p.1693-1694).

A referida lei também trouxe previsão de pena maior para a forma qualificada do crime de estupro de vulnerável, sendo assim, se a conduta resultar lesão corporal grave está previsto pena de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos e se resultar em morte a pena é de 20 (vinte) a (30 anos) (Brasil, 2009).

Essa medida penalizadora já era prevista, antes da Lei 12.015/2009, no artigo 223 do Código Penal, porém de maneira mais amenizada, já que a pena era de 8 (oito) a 12 (doze) anos para condutas que resultavam em lesão corporal grave e no seu parágrafo único previa como medida punitiva para o estupro de vulnerável que resultava em morte a pena era de 12 (doze) a 20 (vinte) anos (Brasil, 1940).

Desta forma, observa-se que há margem para que o magistrado analise os casos de estupro de vulnerável quando seja em desfavor de vítima que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, pois o caso concreto permitirá verificar por meio de laudo pericial ou qualquer outro meio de prova o grau de deficiência e seu discernimento, assim como em relação à enfermidade.

Ressalte-se que, em relação às pessoas com deficiência, houve significativa evolução após o advento da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, Estatuto da Pessoa com deficiência, ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que alterou a incapacidade absoluta e relativa do Código Civil de 2002, entre outras alterações, pois a versão original da referida legislação trazia que as pessoas com deficiência, ou portadores de alguma enfermidade, ainda eram considerados incapazes absolutamente, assim como aqueles que, por ter desenvolvimento mental reduzido e sem desenvolvimento mental completo, eram considerados relativamente incapazes, sendo que, atualmente, apenas os menores de dezesesseis anos são considerados absolutamente incapazes e não se enquadram mais como relativamente incapazes em qualquer forma de deficiência.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal,

ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil (Gagliano; Pamplona Filho, 2019, p. 179-180).

Houve assim a igualdade de condições entre as pessoas com deficiência com as demais, sendo o Estado obrigado a buscar meios de concretização dessa igualdade por meio de políticas públicas, legislações, entre outros fatores que diminuam quaisquer perspectivas de desvantagens em decorrência de sua deficiência, reduzindo as formas de preconceito.

Esta mesma análise, entretanto, não pode ser feita em relação aos atos sexuais praticados por adolescentes de mais de doze anos de idade e menores de catorze, pois adotou-se o critério etário para caracterização deste crime, sendo reforçado tal entendimento com a Lei nº 13.718/2018, que introduziu no Código Penal a vulnerabilidade absoluta por meio do § 5º, art. 217/A, ao dispor que as penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (Brasil, 2018).

Surgem, contudo, decisões conflitantes nos tribunais, pois em alguns momentos não se reconhece o crime de estupro de vulnerável quando a vítima é menor de catorze anos e maior de doze, assim como em outros momentos e até em decorrência de súmula de tribunais superiores, informam que esse entendimento não pode ser relativizado.

Há que se ressaltar que o intuito do tipo penal estupro de vulnerável e, posteriormente, do § 5º, art. 217/A, é buscar a proteção integral de crianças e adolescentes, conforme disposto no texto constitucional e no Estatuto da Criança e Adolescente, que impõe ao Estado, à família e à sociedade o dever de assegurar todos os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais a crianças e adolescentes. Inclusive, a Constituição determina que crianças e adolescentes devem ser protegidos contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ademais, esse reconhecimento constitucional cria uma base sólida para que as leis infraconstitucionais, como o Código Penal, adotem medidas rigorosas para garantir a proteção das crianças e dos adolescentes. Neste sentido, Moraes esclarece:

A Constituição Federal ainda prevê duas outras regras de proteção às crianças e aos adolescentes, ao prever que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, § 4º) e que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228) (Moraes, 2018, p. 1177).

Para que não ocorram entendimentos diversos pelos tribunais do país, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 593 tratando da temática, assim dizendo:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (Brasil, 2017).

Para corroborar a tese de presunção de vulnerabilidade absoluta, no Agravo-Regimental no Habeas Corpus nº 804.741, julgado em 14 de março de 2023 pela 5ª Turma do STJ, discutiu-se se o STJ poderia relativizar a presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 (quatorze) anos em casos de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), especialmente quando havia suposto “namoro” da vítima com o acusado. No caso em questão, a diferença entre a vítima e o acusado era de 36 (trinta e seis) anos de idade, não havia o consentimento dos pais e o relacionamento era mantido de forma clandestina, conforme segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA PELA CORTE LOCAL EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE FLEXIBILIZAR A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. DESCABIMENTO. SÚMULA 593/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, nos termos da Súmula n. 593/STJ, o consentimento da vítima menor de 14 anos e o seu namoro com o acusado não afastam a existência do delito de estupro de vulnerável. 3. Na hipótese, conforme fundamentadamente apontado pela Corte local, o caso dos autos não se amolda ao *distinguishing* realizado no julgamento do AgRg no REsp n. 1919722/SP, de minha relatoria – caso de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar - tendo em vista que a relação amorosa não foi consentida pela genitora da vítima, tanto que, ao tomar conhecimento de que sua filha estava se relacionando com o paciente, acionou o Conselho Tutelar e registrou os fatos na Delegacia de Polícia. Além disso, a genitora da menor relatou que sua filha, após se relacionar com o acusado, apresentou comportamento agressivo, além de reprovar de ano na escola, tendo de ser submetida a tratamento psicológico. Somado a isso, conforme foi consignado pelo magistrado de primeiro grau, que se encontra mais próximo dos fatos, a vítima e o acusado tinham a gritante diferença de 36 (trinta e seis) anos. Ademais, apontou que a própria vítima e a sua genitora mencionaram espontaneamente que as relações aconteciam na chácara do acusado, localizada em área rural, esvaindo-se a tese de que não manteve relação sexual com a vítima pois sua casa na cidade era alugada. Assim, mesmo

ciente da tenra idade da vítima e do não consentimento de sua responsável legal, o acusado manteve relação sexual com a menor. 4. Portanto, não há falar, no caso concreto, em relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima, motivo pelo qual deve ser mantida a condenação do paciente pela prática do delito de estupro de vulnerável, que, inclusive, transitou em julgado e foi mantida pela Corte local em sede de Revisão Criminal (STJ. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 804741 - MS (2023/0057877-6). Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 14/03/2023).

Além do mais, decidir de maneira diversa do que está tipificado no § 5º do artigo 217-A seria uma afronta ao mandamento constitucional de proteção integral e prioridade de criança e adolescente, fazendo com que houvesse retrocesso social em relação à proteção da população infantojuvenil, sendo vedada pela Corte Maior, conforme segue:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. - (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Sob esse ponto de vista, o Superior Tribunal de Justiça tem a obrigação de garantir a aplicação uniforme das leis, uma vez que a jurisprudência deve ser coerente com o ordenamento jurídico e amenizar uma conduta tipificada, com o argumento de que é necessário manter o bem familiar de um adolescente que tem entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos.

Nesse íterim, o consentimento presumido não pode ser relativizado quando a vítima é menor de 14 (quatorze) anos sob pena de abrir margem para a banalização do crime, o art. 217-A do Código Penal é dotado de proteção absoluta, uma vez que considera a própria condição da vítima menor de 14 anos como suficiente para configurar o crime.

Entretanto entendimentos e argumentos diversos de tribunais e doutrinas

surtem contrariando a vulnerabilidade absoluta, entendendo que a relativização desta vulnerabilidade seria o mais correto frente a tantas diversidades de casos concretos e suas peculiaridades, devendo permanecer ao crivo do magistrado tal entendimento e não com uma imposição legislativa.

Sob esse aspecto, o Recurso Especial nº 2.389.611 - MG (2023/0207398-8) que trata de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que absolveu um réu condenado por estupro de vulnerável, cujo agente em questão tinha 20 (vinte) anos e mantinha relações sexuais com uma adolescente menor que 14 (quatorze) anos, que resultou em gravidez (BRASIL, STJ, AgRg no AREsp 2.389.611/MG, 2023).

A defesa, entretanto, recorreu, alegando que o acusado agiu sem saber a ilicitude do fato (erro de proibição), uma vez que ele mantinha relacionamento estável com a vítima e os pais eram cientes do que ocorria. O Tribunal da Cidadania assim entendeu:

Conforme decidiu o STJ, é possível a mitigação da aplicação do artigo 217-A do Código Penal quando, no caso concreto, estiverem presentes elementos como consentimento, ausência de violência ou grave ameaça, maturidade da vítima e diferença etária reduzida entre os envolvidos. (STJ. 6ª Turma. REsp 1.977.165/MS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), Rel. para acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2023).

Na mesma esteira assim decidiu:

O STJ, no julgamento do Tema 918 e na Súmula 593, fixou o entendimento de que 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. Admite-se o *distinguishing* quanto ao Tema 918/STJ (REsp 1.480.881/PI), na hipótese em que a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma (o réu possuía 19 anos de idade, ao passo que a vítima contava com 12 anos de idade), bem como há concordância dos pais da menor somado a vontade da vítima de conviver com o réu e o nascimento do filho do casal, o qual foi registrado pelo genitor (STJ. 6ª Turma. REsp 1.977.165/MS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), Rel. para acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2023).

Dessa forma, aplicar automaticamente a presunção de vulnerabilidade sem a devida análise probatória e contextual pode comprometer importantes princípios constitucionais. “A relativização da presunção de vulnerabilidade possibilita que o réu produza provas, por exemplo, de que houve consentimento da vítima ou dos pais” (Rosa Filho; Taroco, 2020, p. 330).

Nessa perspectiva, é defendido que a violência absoluta, vai contra os princípios da razoabilidade (que exige que os atos do Estado e das partes sejam compatíveis com a lógica, a ética, a justiça e o senso comum, evitando arbitrariedades e excessos, assim a aplicação da lei deve ser feita de maneira razoável). Portanto a aplicação da presunção absoluta da vulnerabilidade afasta a possibilidade da execução da justiça conforme a razoabilidade dos meios empregados, dependendo da ocorrência dos fatos.

Além disso, também é uma afronta direta ao princípio da presunção da inocência, prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, pois estaria se afirmando a consumação de um crime antes mesmo do julgamento.

Assim, no crime de estupro de vulnerável, que tem como principal característica a presunção absoluta da vulnerabilidade, tais princípios acabam por serem prejudicados por essa presunção, pois tal crime não prevê exceções à conduta do agente.

No rastro destes entendimentos, não há que eximir-se a questão atinente ao consentimento do adolescente menor de catorze anos e maior de doze na prática sexual, tornando nula os exercícios de seus direitos sexuais, que poderia ser excludente genérica de ilicitude, não havendo crime.

Ademais, torna-se contraditório o ordenamento jurídico ao não permitir que o consentimento seja válido, pois o estatuto protetivo infantojuvenil reconhece a responsabilização criminal do adolescente responsável pelo cometimento de ato infracional por já possuir discernimento, respondendo por medidas socioeducativas a partir dos doze anos, idade considerada como adolescente, conforme art. 2º da Lei 8069/90, não havendo sentido em não reconhecer para atos sexuais, conforme disposto no art. 112 e 2º, que assim dispõe:

Art. 2º Considera-se adolescente a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, sendo-lhe assegurado o direito ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.
[...]

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. (Brasil, 1990).

Na mesma linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e Adolescente estabelece no seu artigo 28, § 2, que, em se tratando de maior de 12 (doze) anos de idade, ele deve ser ouvido em processos de adoção, guarda ou tutela, assim é seu consentimento que deve ser colhido em audiência, devendo ser ouvido para que possa expressar suas vontades, sentimentos, opiniões e preferências, ou seja, reconhecendo como plenamente capaz de expressar em situações tão sensíveis.

Leciona Tranjan:

Ademais, a autorização dos pais do adolescente, bem como a existência de relacionamento anterior entre ele e o sujeito ativo do delito, ambos que, especialmente se em conjunto, configurariam atipicidade material por adequação social, também foram descartados pelo Tribunal. Também é o caso da diferença etária reduzida, que poderia configurar aceitabilidade social da conduta. Ora, soa muito mais, aos ouvidos do cidadão médio, como uma situação de abuso um homem de meia-idade se relacionar com uma garota de 15 anos do que um jovem de 18 apaixonar-se e manter relações sexuais com uma de 13. Enquanto o primeiro caso é fato atípico, o segundo acarreta reclusão de oito a 15 anos para o rapaz (Tranjan, 2022, p. 20).

Haveria mais razoabilidade e coerência se o legislador reduzisse a presunção absoluta de 14 (catorze) para 12 (doze) anos, indo ao encontro das demais possibilidades legais mencionadas, da mesma forma permitir a vulnerabilidade relativa, permanecendo na análise do magistrado no feito as interpretações necessárias, levando-se em consideração o consentimento e conhecimento pela família do relacionamento amoroso, evitando situações esdrúxulas em que ocorreria estupro bilateral caso dois adolescente com menos de 14 (catorze) anos mantivessem relação sexual.

No mesmo diapasão, um adolescente com 14 (catorze) anos de idade pode ser mais vulnerável em diversos sentidos do que outro com 12 (doze) anos, podendo o último apresentar maior maturidade e possuir maior compreensão sobre relacionamento amoroso, o que pode ser comprovado por meio de diversas formas de prova, como testemunhal, pericial, entre outras permitidas na legislação.

Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TMJS), conforme cita Costa, Campelo e Alves:

APELAÇÃO DEFENSIVA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO PELA

MAIORIDADE. REJEITADA. EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA ACOLHIDA PARA AFASTAR A TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO. CONTRA O PARECER. 1. É pacífico que o advento da maioridade não obsta a representação por ato infracional, quanto menos a aplicação de medida socioeducativa, pois, para a incidência do diploma especial do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser considerada a data dos fatos, não se olvidando da aplicação excepcional às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade, a teor da Súmula nº 605 do STJ. 2. Deve ser superado o objetivismo do critério etário para a vulnerabilidade e relativizada a presunção de violência, quando houver relação sexual consentida entre juvenis, cuja diferença de idade seja insignificante, uma vez que os indivíduos se encontram no mesmo estágio de desenvolvimento e de maturidade sexual, mostrando-se desarrazoada a criminalização de evidente descoberta sexual entre dois adolescentes. (TMJS, 2021, p. 166, *apud* Costa; Campelo; Alves, 2023, p. 67-68).

Outra tese doutrinária que poderia tornar-se texto legal, caso a redução da idade de presunção absoluta de vulnerabilidade não fosse reduzida para 12 (doze) anos, seria a tese da exceção “Romeu e Julieta”, em que há pouca diferença de idade. De acordo com Pedroni (2022, p.148), nessa perspectiva, surge no direito norte-americano, com ampla aplicabilidade, a chamada *Romeo and Juliet Law*, traduzida no direito pátrio como Exceção de Romeu e Julieta. Isso porque na clássica obra de Shakespeare, Julieta contava com apenas 13 anos quando teve relações amorosas com Romeu, o que se enquadraria no crime de estupro de vulnerável, que na legislação brasileira está previsto no art. 217-A.

Continua a autora entendendo que, dessa forma, parte da doutrina percebe que o mais razoável teria sido o legislador fixar em doze anos o marco etário para vulnerabilidade. Como isso não foi feito, defendem a implementação da Exceção de Romeu e Julieta adaptada à ordem jurídica nacional. Os requisitos propostos para aplicá-la seriam: o consentimento associado à ausência de violência e à grave ameaça no ato sexual e pequena diferença de idade entre os adolescentes (alguns apontam de até cinco anos) (Pedroni, 2022, p.150).

Denota-se que o caso concreto é quem deve demonstrar a melhor forma de interpretação sobre a vulnerabilidade da prática sexual e o consentimento por parte da ofendida.

3 PRINCÍPIOS DA LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL E ADEQUAÇÃO SOCIAL

O Direito Processual Penal e o Direito Penal possuem diversos princípios que os regem, no intuito de dar maior direcionamento ao constituinte e ao legislador infraconstitucional, sendo fundamentais para a elaboração de legislações vindouras.

Dentre um dos mais importantes princípios processuais penais está o Princípio da Livre Convicção Judicial Motivada, estampado no texto constitucional como uma garantia do cidadão em ter maior transparência nas decisões judiciais, assim dispondo o texto constitucional em seu art. 93, Inciso IX:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Brasil, 1988).

Neste sentido, manifesta-se Vaz:

O que não pode faltar em nenhuma das modalidades de decisão é a fundamentação, já que o texto constitucional fala que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. E para essa hipótese não há possibilidade de exceção legal. Constitucionalmente, todo ato do Poder Judiciário, desde que implique em decisão, deve ser fundamentado. Sendo desrespeitados os dois princípios previstos nesse dispositivo, o da publicidade do julgamento e o da fundamentação das decisões, nulo será o julgamento (Vaz, 2018, p. 564).

Entretanto, nem sempre vigeu esse sistema, conforme leciona Nascimento (2023, p. 236):

No sistema da prova legal, os julgamentos eram proferidos com base nos ordálios ou juízos de Deus, no qual a prova era feita com a concorrência de elementos da natureza e cujo resultado era interpretado como um julgamento divino (Santos; Wolkmer, 2005). Além disso, o valor de cada prova já era preestabelecido em lei, ao passo que o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação, não cabendo a ele julgar o caso, mas apenas atribuir o tipo probatório (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2012).

Esclarece a autora:

Posteriormente, com a laicização do direito surgiu o princípio da íntima convicção, pelo qual o magistrado era absolutamente livre para apreciar a prova, podendo julgar conforme suas íntimas convicções, pessoais e morais, entretanto, as decisões judiciais eram proferidas de forma arbitrária, autoritária e subjetiva, ao passo que não era obrigado a explicar os motivos do seu convencimento (Alvim, 2020, *apud* Nascimento, p. 236, 2023).

O sistema do livre convencimento motivado surgiu com o delineamento de um novo que se iniciou com o desenvolvimento do direito, ou seja, a antiga concepção foi perdendo espaço para as novas diretrizes jurídicas, da qual amoldou-se o princípio da persuasão racional, que se assenta entre o sistema da prova legal e o sistema da íntima convicção (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2012 *apud* Nascimento, 2023, p. 236).

Contudo, na ordem jurídica, esse sistema foi previsto no art. 131, do Código de

Processo Civil de 1973, dispondo que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (Brasil, 1973).

Embora tenha surgido na esfera cível, predomina no sistema processual penal o mesmo princípio, oportunizando ao magistrado valorar do mesmo modo todas as provas do feito e, posteriormente, exarar sua convicção, trazendo maior transparência ao julgamento, não permanecendo o julgador adstrito apenas a um meio de prova, mas, sim, à totalidade apresentada pelas partes. Neste sentido, Chaves e Prudêncio lecionam:

No sistema processual brasileiro, vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional (previsão expressa no artigo 155 do Código de Processo Penal), segundo o qual o juiz é livre para atribuir valores às provas produzidas no processo, devendo fazê-lo de acordo com critérios racionais e expor os motivos que levaram à decisão. Este sistema de apreciação de provas busca aliar a transparência no julgamento à liberdade do magistrado na valoração das provas (Chaves; Prudêncio, 2016, p. 25).

No entendimento de Bulos (2000, p.185), a livre convicção motivada dos juízes, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos.

Na definição de Pontes de Miranda:

Interpretar é eliminar idéias preconcebidas e rivalidades de toda monta; é pôr-se ao lado do que se interpreta, numa intimidade muito maior do que qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático que seja. A própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta das normas jurídicas, penetrando-se nelas, dando-lhes a expansão doutrinária e prática. Só assim se executa o programa do juiz, ainda que, de quando em vez, “se lhe juntem conceitos e correções de lege ferenda” (Pontes de Miranda, 1987, p. 5 *apud* Bulos, 2000, p. 186).

Cumpre esclarecer que tal mecanismo vem na direção do sistema acusatório, adotado pela Carta Magna e codificado por meio do art. 3º-A do Código de Processo Penal, trazido pela Lei nº 13.964/19, estabelecendo que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (Brasil, 2019).

No sistema inquisitivo em que possuía características autoritárias, como, por exemplo, concentração de poder nas mãos do julgador (Juiz inquisidor), este exerce

a função de acusador e defesa, a confissão do réu era considerada a rainha das provas, não havia debates orais (predomínio da escrita), o procedimento era sigiloso, havendo ausência de contraditório e a defesa era meramente decorativa e o acusado não era sujeito de direitos.

No sistema vigente há separação entre o órgão acusador e o julgador, sendo reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão, predominando a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo, vigorando a publicidade do procedimento, estando presente o contraditório, possibilitando às partes manifestarem-se pelo impedimento ou suspeição do julgador, imperando o livre sistema de produção de provas, com maior participação popular na justiça penal, sendo que a liberdade do réu é a regra, com a consequente livre convicção motivada dos juízes

Neste sentido Lopes Júnior:

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova (Lopes Júnior, p.48, 2019).

Nesta tessitura, o sistema de livre convencimento motivado não pode sofrer restrições da legislação ao impor por meio de dispositivo legal a impossibilidade de o magistrado ter olhar diverso sobre determinado tipo penal, trazendo estagnação interpretativa, o que restringe e impossibilita em muitos casos a efetiva aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa, pois quaisquer argumentos trazidos aos autos seriam frívolos já que contrário ao estabelecido na norma.

Nesta toada, ao não permitir qualquer interpretação diversa do disposto no §5º do art. 217/A, fere-se o livre convencimento, a convicção do magistrado, pois vincula-o ao tipo penal, não podendo trazer análise dos autos, salvo nas hipóteses de insuficiência probatória, erro de tipo ou qualquer outro instituto jurídico que não demonstre a materialização da conduta delitiva, mas não a defesa jurídica quando o fato foi comprovado, mas traz argumentos plausíveis e compatíveis com a realidade fática apresentada, conforme infere-se no crime de furto famélico, crimes de bagatela, a análise da violenta emoção nos crimes de homicídio, as hipóteses de perdão judicial, crimes praticados por relevante valor social ou moral, entre outros que permitem ao

legislador a análise do caso concreto e a não aplicação do fato típico conforme descrito no preceito primário de cada conduta delituosa, mas amoldando-o de acordo com o demonstrado na cadeia de custódia.

Engendra esse entendimento Divan e Khaled Junior:

Assim sendo, a tática para o controle da imparcialidade e lisura no procedimento decisório (ao menos aparente) se dá por meio da verificação do eixo de racionalidade que é usado nessa narrativa e no tom da plausibilidade que a hipótese construída assume. Por isso, os esforços relativos às cargas e ao aproveitamento estratégico de chances podem ao mesmo tempo auxiliar essa fiscalização no instante em que operem de um modo invertido: a captura pode ser tanto positiva, no instante em que a atividade probatória visa ao convencimento, quanto pode ser uma captura destinada a criar uma impossibilidade lógica ou linguística de aceitação de outras versões (Divan; Khaled Junior, 2020, p. 47).

Trazendo analogia com o Direito Processual Penal Português em relação ao livre convencimento do magistrado, Guimarães leciona:

A conjugação de factores circunstanciais permitiria conduzir à equiparação destes uma regra pré-estabelecida retirada da experiência comum de que quando assim é, é porque se verifica conduta criminosa. Ora, ainda que a realidade e a experiência indiquem que circunstâncias com um determinado padrão podem suportar a prática de um crime, a clareza de entendimento aponta que nem sempre a reunião de tais condições realiza ou gera um crime (Guimarães, 2024, p. 77).

Em consequência, prossegue com o seguinte entendimento:

O julgador é livre para apreciar a prova e para dela extrair e nela estribar as suas conclusões. Liberdade configurada como independência, como autonomia. Jamais como faculdade de valoração arbitrária ou caprichosa da prova. Muito menos como esboço de transposição de preconceitos ou pré-noções sobre pessoas, factos ou fenómenos. O que nos conduz à própria fase da examinação da prova. Nesta terá de estar afastado todo e qualquer tipo de predisposição para um resultado, ainda que enquanto ser subjectivo que é, o julgador prefigure uma qualquer lógica na constelação dos factos enunciados na acusação (Guimarães, p. 81/82, 2024)

Depreende-se que o magistrado deve ter liberdade total para apreciação das provas em um processo, tanto quanto deverá ser seu livre convencimento e íntima convicção sobre os fatos, buscando interpretação razoável ao feito, inclusive quanto à presunção absoluta nos crimes de estupro de vulnerável, quando verifica o consentimento de adolescente abaixo dos catorze anos de idade, em especial quando mantém relações sexuais com demais adolescentes, garantindo que o julgamento seja provido de lógica e meios suficientes para retratar o contexto fático daquele feito.

Ainda cumpre necessária a análise sobre o mencionado §5º do art. 217/A à luz

do Princípio da Adequação Social, um dos pilares do Direito Penal, em que certos comportamentos, mesmo que formalmente se encaixem em uma descrição típica de crime, não devem ser considerados criminosos se forem socialmente aceitos e adequados.

Grecco define:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais (Greco, 2022, p. 214-215).

Intimamente ligado encontra-se também o Princípio da Fragmentariedade, não podendo quaisquer fatos sem nenhuma relevância ou que não cause prejuízo ter tipicidade penal, indicando as formas de conduta que se separaram gravemente dos mandamentos históricos da vida social, restringindo o âmbito de abrangência do tipo penal.

Neste sentido, o Tribunal da Cidadania já decidiu:

Pelo princípio da fragmentariedade, corolário dos princípios da intervenção mínima e da reserva legal, somente os bens jurídicos mais relevantes e somente as lesões mais acentuadas a esses bens jurídicos mais relevantes é que devem ser protegidos pelo Direito Penal (Brasil, 2020).

Ainda o Direito Penal deve sempre ser usado como a *ultima ratio*, decorrente do Princípio da Intervenção Mínima/Lesividade, ou seja, o Direito Penal se preocupa com os bens mais relevantes para a sociedade, sendo que em primeiro momento tentam-se utilizar outros ramos do Direito, com observância do legislador na evolução social para criar ou excluir tipos penais, orientando e limitando o poder incriminatório do Estado, trazer ao Direito Penal um caráter subsidiário.

Sobre a compreensão deste princípio, manifesta-se Bechara:

Consideramos, então, como missão do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos. Subsidiária na medida em que a intervenção penal deve ser apenas a última dentre todas as medidas protetoras a ser considerada, o que vale dizer, apenas poderá intervir quando falharem todos os demais meios de solução social do conflito, formais ou informais. Por isso, a sanção penal é denominada a *ultima ratio* da política social. De outro lado, é de se ressaltar o caráter fragmentário da proteção penal, intimamente ligado ao conteúdo dos bens jurídico-penais, apontando justamente o fato de que, dada a gravidade das consequências penais, não é possível utilizar tal controle sempre, senão diante de casos bastante específicos, de significação relevante na vida social (Bechara, 2008, p. 417).

Mais à frente, Bechara (2008, p. 433) entende que deverá haver uma flexibilização, não de princípios e garantias, mas sim da consideração do sistema do Direito Penal, que deve ser entendido no contexto pós-moderno como sistema aberto, que permita analisar, dentro de um contexto comunicativo, os elementos dogmáticos a caracterizar o injusto penal. Essa racionalização do Direito Penal só fortalece o Estado Democrático de Direito e dá mais força ao próprio sistema penal, que deverá ser considerado como *ultima ratio*.

Sob essa perspectiva, observa-se que a prática sexual consentida por adolescentes com menos de quatorze anos e acima dos doze anos com outro adolescente ou com pessoas que já tenham um elevado grau de relacionamento, conhecido e aceito pelos responsáveis legais não se enquadraria na vulnerabilidade absoluta, fazendo com que o Direito Penal seja utilizado em momento inoportuno e de forma contrária aos seus objetivos e finalidades.

Assim sendo, a interpretação pela vulnerabilidade relativa seria a mais razoável ao caso concreto, permitindo que o magistrado analisasse se o fato concreto é compatível ou não com a finalidade do Direito Penal e se o ato sexual praticado entre adolescentes ou com pessoas com quem já houvesse relacionamento, conhecimento e consentimento de familiares contrariaria o princípio da adequação social. Há que se ressaltar que tal entendimento não se aplicaria às crianças, conforme definição do Estatuto da Criança e Adolescente, devendo para elas continuar a vulnerabilidade absoluta, privilegiando a proteção prevista na Constituição Federal.

Nucci leciona:

O legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente,

quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas deveria ser relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto (Nucci, 2020, p. 1.189).

Seguindo esta linha de raciocínio, Nucci (2020, p.1.189-1.190) entende que a Carta Política atual trouxe especial proteção à família, sendo disciplinado no art. 226, *caput* da CF que ela é a base da sociedade, havendo proteção especial do Estado. Com esse entendimento argumenta que, por ser o Brasil um país de natureza continental, há realidades diversas em partes do território, em que existem mães que possuem doze, treze anos, formando famílias por meio de união estável, o que prevaleceria em face a uma lei ordinária.

Ainda, fundamenta o autor que seria tal dispositivo inconstitucional ao retirar o companheiro desse convívio com base em vulnerabilidade absoluta, o que supriria o direito da criança em manter-se em convivência com entidade familiar, devendo ocorrer a absolvição contra acusação de estupro.

Em sua obra, Roxin (2009), ao tratar da proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal, assim traz:

Os planos legislativos e dogmáticos traçam, portanto, um processo de ponderação em dois níveis. O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos (Roxin, 2009, p. 41).

Ao explicitar a teoria de Hans Welzer, o precursor do princípio da adequação social, Bernardinelli assim explana:

Hans Welzer, o precursor da teoria da adequação social, nos leciona que não há a necessidade de adequação literal da conduta no meio social, basta o seu mero reconhecimento para que surja a dissonância ululante entre duas realidades que devem viver atreladas. É claro que se perfaz de suma importância que seja sempre respeitado o direito à vida, bem maior a ser tutelado pelo nosso Código Penal e por nossa Carta Magna. Segundo ele, a conduta adequada socialmente nem sempre é exemplar, porém é ela que traduz o significado social, expresso de maneira funcional dentro de todo o âmbito de convívio das pessoas (Bernardinelli, 2020, p. 67).

Sobre a pertinência social de determinado tipo penal no ordenamento jurídico e da falta de reprovabilidade social da conduta, expressa Bernardinelli:

Analizando essa teoria, tem-se que a norma jurídica advém de um incômodo social. Existe a necessidade de que haja a afetação a um bem jurídico. Caso não exista tal afetação, sob a égide de uma interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais, pode ocorrer a exclusão do resultado típico. Essa exclusão se daria dentro de um contexto de desvalor do estado de coisas, pois não há a presença de um resultado passível de tipificação material diante da falta de reprovabilidade social da conduta. A adequação social hoje é tida por grande parte dos penalistas como um princípio geral de interpretação, um critério de interpretação. Como tal depreende-se que é impossível trazer o conceito de dolo a partir da vontade e consciência de afetar um bem jurídico que é tido como socialmente aceitável e permitido (Bernardinelli, 2020, p. 67).

Por todo exposto, verifica-se que o Princípio da Adequação Social é extremamente importante no momento da análise do caso e posterior aplicação da pena, ao analisar se o fato mesmo típico tem repressão social ou se há aprovação social, não havendo necessidade de utilizar o que deveria ser a *ultima ratio* a um dispositivo jurídico que não permite interpretação de acordo com o caso concreto, trazendo inúmeras injustiças jurídicas.

4 CONCLUSÃO

Assim sendo, e por todo exposto no presente trabalho, observa-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os vulneráveis receberam especial tratamento por parte do legislador infraconstitucional que promulgou diversas leis especiais disciplinando temáticas envolvendo vulnerabilidade e seus direitos e garantias, assim como mandamento constitucional para que houvesse maior proteção.

Ao observar as pessoas com deficiência, verifica-se que não se enquadram mais na categoria absoluta ou relativamente incapazes para que sejam considerados capazes, garantindo a legislação o direito à vida, vida sexual, reprodução e todos os demais direitos inerentes aos cidadãos brasileiros.

Do mesmo modo, por meio da Lei 8.069/90, foi instituído o Estatuto da Criança e Adolescentes, visando dar proteção integral e prioridade absoluta em políticas públicas e a tudo que envolva a infância e juventude, assim como preconizado na Carta Política. Desta feita, e no intuito de alterar os crimes sexuais e garantir maior proteção à população infantojuvenil, a Lei 12.015/09 foi colocada em vigor ocasionando *abolitio criminis* em diversos tipos penais, assim como surgindo outros, em especial com intuito protetivo aos vulneráveis, o que ocasionou o surgimento do

crime de estupro de vulnerável, disposto no art. 217-A, do Código Penal, que prevê a caracterização do crime quando há conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, afastando a presunção relativa de violência e surgindo a vulnerabilidade absoluta.

Contudo tal entendimento vem sendo discutido nos tribunais, mesmo após a edição da súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e do § 5º, do art. 217/A, no Código Penal, que fortalece a aplicação da pena do crime de estupro de vulnerável independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

No entanto inúmeros casos concretos ocorridos no decorrer dos anos demonstram que a vulnerabilidade relativa deveria ser aplicada, evitando injustiças ao condenar cidadãos que mantinham relacionamento amoroso em anuência da família com adolescentes abaixo de catorze anos, assim como em adolescentes que cumprem medidas socioeducativas por manterem relações sexuais com outra adolescente da mesma faixa etária, afetando frontalmente o Princípio da Adequação Social, ao punir fatos que socialmente são aceitos e não trazem nenhuma repulsa social.

Do mais, conclui-se que se torna incompatível com a legislação a vulnerabilidade de adolescente menores da idade acima mencionada, pois com essa categoria etária já responde criminalmente pelos seus atos mediante a legislação protetiva, assim como ser ouvido em processo da área da família, sendo dissonante do entendimento da sua falta de autodeterminação sexual.

Prosseguindo, entende-se que o §5º do art. 217/A trouxe violação ao Princípio da Livre Convicção Motivada, pois não permite que o julgador tenha entendimento diverso da vulnerabilidade absoluta, mesmo que tenha ocorrida a constituição da família, protegida constitucionalmente e que sua ruptura, por meio de sanção penal, trará malefícios aos filhos que advieram desta união, além do próprio matrimônio.

Em suma, entende-se que deve haver o reconhecimento da vulnerabilidade relativa na legislação, ou, ainda, permitir que o julgador aprecie no caso concreto sua verificação, assim como a imprescindível diminuição etária prevista no *caput* do art. 217-A para doze anos, a fim de se compatibilizar com os demais termos da legislação da infância e juventude.

Na mesma linha, necessária a inclusão no texto deste artigo a possibilidade de o magistrado analisar a hipótese da exceção Romeu e Julieta, adequando-o a

requisitos que caracterizam essa tese, caso seja afastada a hipótese do parágrafo anterior.

Finalizando o presente trabalho, infere-se que o legislador ordinário teve como propósito trazer maior proteção aos vulneráveis, contudo, com relação a adolescente abaixo de catorze anos, trouxe discrepância do texto penal com a realidade social atual, além de inúmeras injustiças e condenações que violam princípios do Direito Penal e Direito Processual Penal, sendo a vulnerabilidade relativa adequada e compatível para análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 103, p. 411–436, 2008. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67812>. Acesso em: 21 jul. 2025.

BERNARDINELLI, Vera Lúcia. Princípio da adequação social no Direito Penal. **Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Acre**, Rio Branco, v. 2, n. 1, p. 1-132, jan. 2020. Disponível em: <https://defensoria.ac.def.br/back-end/img/d08ae4dde98de31ee1718f47da2b1588.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 16 dez. 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 22 abr. 2025.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. [S.l.], 11 out. 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 22 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 26 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil de 1973.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 11 jul. 2025.

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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 23 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 27 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 18 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. Terceira Seção, 25 out. 2017. Diário de Justiça Eletrônico, 08 nov. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 26 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Ação Penal nº 933/DF**. Corte Especial, decisão unânime, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25 ago. 2020, Diário da Justiça, 31 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101090357>. Acesso em: 22 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 804.741/MS (2023/0057877-6)**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14 mar. 2023a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300578776. Acesso em: 22 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **Recurso Especial n. 1.977.165/MS**. Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), Relator para o acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 16 maio 2023b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0777.pdf. Acesso em: 26 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.389.611/MG**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 2023c. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2544178521/inteiro-teor-2544178522>. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello,

Segunda Turma, julgado em 23 ago. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, n. 177, divulgado em 14 set. 2011, publicado em 15 set. 2011, ementa, v. 2587-01, p. 125. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2025.

BULOS, Uadi Lammêgo. O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 184-201, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_184.pdf. Acesso em: 18 jul. 2025.

CHAVES, Karen Medeiros; PRUDÊNCIO, Simone Silva. O Livre Convencimento Motivado no Âmbito da Criminalidade Econômica: Soluções para a Eficiência da Instrução Criminal Processual. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, [S. l.], v. 43, n. 1, 2016. DOI: 10.14393/RFADIR-v43n1a2015-30364. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/30364>. Acesso em: 17 jul. 2025.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da; CAMPELO, Olívia Brandão Melo; ALVES, Luana Azerêdo. O estupro bilateral de vulnerável à luz da proteção integral e da hermenêutica jurídica. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 59-79, 2023. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2023.v9i1.9693. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/9693>. Acesso em: 26 jul. 2025.

CRUZ, Rogério Sanches. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Especial. 11. ed. São Paulo: Método, 2020.

DIVAN, Gabriel; KHALED JUNIOR, Salah. Provas judiciais e “estratégia do repertório”: chances, ônus, imparcialidade e o efeito colateral da atividade probatória. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 92, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3395>. Acesso em: 20 jul. 2025.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022. v. 1.

GUIMARÃES, Ana Paula. Considerações sobre o princípio da livre apreciação da prova no processo penal português. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, 2024. DOI: 10.12957/redp.2024.85245. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/85245>. Acesso em: 18 jul. 2025.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Constituição Federal Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed.

Barueri: Manole, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Especial. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. v. 3.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NASCIMENTO, Emelyn de Miranda do. O princípio do livre convencimento motivado sob o enfoque da observância dos precedentes judiciais instituídos pelo Código de Processo Civil. **Revista da ESMESC**, [S. l.], v. 30, n. 36, p. 230–254, 2023. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v30i36.p230. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/402>. Acesso em: 18 jul. 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEDRONI, Bruna Stefany da Silva. Análise da aplicabilidade da exceção de Romeu e Julieta no direito brasileiro. *Revista de Artigos Científicos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 14, n. único, t. 1, p. 146-161, jan./dez. 2022. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/paginas/trabalhos_conclusao/1e2semestre2022/pdf/Tomo_I/Bruna_Stefany_da_Silva_Pedroni_146-161.pdf. Acesso em: 18 jul. 2025.

ROSA FILHO, João Batista da; TAROCO, Luciana. **Estupro de vulnerável**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Fábio da Silva; OLIVEIRA, Caio Pereira de. A relativização da vulnerabilidade sexual no art. 217-A do Código Penal brasileiro: desafios casuísticos do direito em um Estado garantista. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 300, 2025. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/9709>. Acesso em: 23 jul. 2025.

TRANJAN, Ana de Lima Castro. Estupro de vulnerável: a necessária transição do paternalismo à proteção adequada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 30, n. 358, p. 19-21, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1516. Acesso em: 08 jul. 2025.