

DIREITOS FUNDAMENTAIS E POTENCIAIS INTERPRETATIVOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, CULTURA DO ESTUPRO E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.

THE RELATIVIZATION OF VULNERABLE PERSON RAPE BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF BRAZIL: CONSIDERATIONS ON FUNDAMENTAL PRINCIPLES, RAPE CULTURE AND INTERPRETATIVE POTENTIAL

Andréa Karla Amaral de Galiza¹
Patrícia do Amaral Gonçalves Oliveira²

Resumo

Decisões que relativizam o crime de estupro de vulneráveis, seja afastando a sua tipicidade ou a culpabilidade, exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça têm sido recebidas com alarde pelos movimentos de mulheres que questionam o potencial simbólico de tais decisões no Brasil, país cuja cultura do estupro possui, ainda hoje, forte relevância social em contraposição ao frágil arcabouço institucional que protege e efetiva direitos às meninas e mulheres. Nesse contexto, o presente artigo visa abordar a técnica de ponderação de princípios constitucionais (proteção à família *versus* proteção aos direitos sexuais da criança e adolescente) utilizada em julgado cujo entendimento afastou a tipicidade do crime, em análise comparativa com mais outros dois entendimentos contrários a esse com a finalidade de identificar as proximidades e distanciamentos desses entendimentos em relação ao preceito normativo que tipifica o crime de estupro de vulnerável. O objetivo do artigo é, portanto, identificar a aplicabilidade ou não da ponderação de princípios ao caso fático ora analisado e investigar em que medida o entendimento pela não aplicação do dispositivo legal vai ao encontro das preocupações externadas pelos movimentos de mulheres. A análise mostra a fragilidade da ponderação de princípios constitucionais frente à dimensão simbólica da cultura de estupro evidenciada pela relativização do crime em contraposição à proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

Palavras-chave: princípios, ponderação, estupro, vulnerável, cultura.

Abstract

Decisions that relativize the crime of rape of vulnerable person, whether removing its typicality or its culpability, issued by the Superior Court of Justice of Brazil have been received with fanfare by women's movements that question the symbolic potential of such decisions in Brazil, a country whose rape culture has, even today, strong social relevance in contrast to the fragile institutional framework that protects and enforces the rights of girls and women. In this context, this article aims to address the technique of weighing constitutional principles (protection of the family *versus* protection of the sexual rights of children and adolescents) used in court decisions whose understanding ruled out the typicality of the crime, in a comparative analysis with two other understandings contrary to this with the purpose of identifying the proximity and distance of these understandings in relation to the normative precept that typifies the crime of rape of vulnerable people. The objective of the article is, therefore, to identify the applicability or otherwise of the consideration of principles to the factual case now analyzed and to investigate to what extent the understanding of non-application of the legal provision meets the concerns expressed by the women's movements. The analysis shows the fragility of balancing constitutional principles against the symbolic dimension of rape culture, evidenced by the relativization of the crime in contrast to the protection of the rights of children and adolescents.

Keywords: principles, considerations, rape, vulnerable person, rape culture

1. INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, consolidou o entendimento de que “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 ato libidinoso com 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

¹ Mestre em Direito Privado e Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). É também Procuradora Judicial do Município de Recife e Advogada.

² Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Especialista em Psicodrama e Sociodrama pela ESUDA. É também servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco onde atua como mediadora e conciliadora judicial no Núcleo de Conciliação na área de Direito Civil e Família.

não afastam a ocorrência de crime”, entendimento esse sedimentado no verbete 593/STJ editado em 2015.

De lá para cá, contudo, a corte vem relativizando essa orientação em alguns julgados, de que são exemplo o REsp: 1977165 MS 2021/0384671-5, o AgRg no AREsp: 2405738 MG 2023, o REsp: 1977165 MS 2021, o AgRg no REsp: 2064843 SE 2023, especificamente quando se depara com situações onde ocorrem as seguintes circunstâncias: a) o suposto consentimento da vítima; b) existência relacionamento amoroso havido entre o réu e a menor; c) consentimento (ou não) dos pais; d) a existência de filho nascido da relação.

Essas decisões têm sido recebidas com ressalvas e preocupações por parte dos diversos movimentos de mulheres, sobretudo por, na sua fundamentação, levar em consideração a defesa da “família” consubstanciada no reconhecimento da união estável havida entre a suposta vítima e o acusado, em decorrência da qual foi gerada uma criança. O que poderia ser interpretado como crime de estupro vem sendo equiparado, nesses julgados, a relações mantidas em face de um namoro ou união consentida, afastando-se a prática do crime, ainda, sob a justificativa de proteção dos interesses da criança, tudo isso a partir da técnica da ponderação de princípios, pela qual aplicou-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção da família, em detrimento da punibilidade do réu.

O último desses precedentes corresponde a uma decisão proferida há menos de um mês pela Quinta Turma do STJ, no Agravo Regimental no Recurso Especial de nº 2389611/MG, onde, dessa feita, a Corte, embora não tenha afastado a tipicidade do crime, acatou a tese de “erro de proibição invencível”, afastando a culpabilidade. A vítima tinha 12 anos e o acusado 20. A decisão não foi unânime, tendo sido vencida a Ministra Daniela Teixeira que apontou graves ofensas à dignidade sexual da menina além das consequências da sua submissão, naquela idade ao ato sexual do qual resultou um filho, comprometendo seu futuro e desvirtuando sua infância.

Críticos do posicionamento majoritário apontam o risco de banalização do discurso de enamoramento de homens (mais velhos) com meninas com menos de 14 (quatorze) anos de idade, um cenário comum na realidade brasileira que remonta ao colonialismo construtor da cultura do estupro e o perigo de se considerar a existência de um relacionamento amoroso entre a suposta vítima e o réu como fundamento para a absolvição penal.

O Brasil ocupa o 4º lugar mundial em número de casamentos infantis, com 554 mil meninas de 10 a 17 anos casadas, e mais de 65 mil entre 10 e 14 anos, com sérias repercussões na vida dessas crianças e adolescentes como evasão escolar, gravidez precoce, além de abusos e violência. Esses dados são apontados pela ONG Plan International, com base em estudo realizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), portanto as preocupações com as consequências do entendimento firmado no STJ não são descabidas. Do mesmo modo, apesar de previsto no Código Penal de 1940, como uma exceção à regra de proibição, o aborto legal tem sido sistematicamente negado e de difícil acesso para as meninas vítimas de violência, os movimentos de mulheres apontam também aumento na objeção de consciência por parte dos médicos que se negam a fazê-lo e a redução de hospitais que se afirmam aptos no país³.

Este artigo pretende fazer uma análise de dois precedentes anteriores a esse último com a finalidade de verificar os caminhos que a Corte vem adotando para relativizar a tipicidade e, recentemente, a culpabilidade do crime de estupro de vulnerável, afastando a tese firmada no RESP

³ O Brasil é um país com altas taxas de morbimortalidade materna, sendo as causas da mortalidade materna mais frequentes consideradas evitáveis, do mesmo modo, temos uma taxa de cirurgias cesarianas que chega a quase 35% na rede pública quando a OMS (Organização Mundial de Saúde) recomenda um índice de 15% (quinze por cento), uma maior taxa de cesarianas está diretamente associada a uma maior taxa de morbimortalidade materna (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2020). Do mesmo modo, um mapa de justiça reprodutiva realizado pelo coletivo feminista e divulgada pelo perfil da campanha organizada ‘Nem presa, nem morta’ mostra que do ano de 2019 a 2022, na Cidade de São Paulo, foram feitos 371 partos e apenas 8 abortos legais em um total de 400 crianças entre 10 e 14 anos que procuraram o sistema de saúde. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/C5oWmtrOVkS/?igsh=eWthYTJ2NmxbzRr>. Acesso em: 23 abr. 2024.

nº 1.480.881/PI e que envolve a aplicação e a técnica de resolução de conflitos entre direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos. O primeiro, de relatoria do |Ministro Reynaldo Soares (AgRg no RESP 2405738/MG), o mesmo que relatou a decisão mais recente acima citada e o segundo, em sentido contrário, de relatoria da Ministra Laurita Vaz (AgRg no RE nº 1979739/MT).

Em ambos os precedentes, utilizou-se a técnica de ponderação de princípios, sendo que, no caso do AgRg no RESP 2405738/MG essa técnica foi adotada para afastar a aplicação do art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

Embora existam outros julgados tratando do tema, esses são representativos do tratamento adotado pelo Tribunal e permitem uma avaliação crítica acerca da tese fixada e da sua adequação constitucional, além dos seus efeitos do ponto de vista social. A análise desses precedentes é importante para que se entenda como a Corte chegou ao entendimento adotado na sua decisão mais recente, a qual, embora se valha da teoria da derrotabilidade da norma (Hart), não abandonou totalmente a técnica da ponderação entre princípios.

As considerações posteriores pretendem demonstrar que o uso da ponderação, tal como efetuada nas decisões analisadas, não se apresenta como adequada para os casos concretos efetivamente decididos, seja porque desprestigia o papel do legislador como concretizador privilegiado dos princípios constitucionais, seja pelas consequências sociais e políticas que tal orientação pode promover.

A análise a seguir é efetuada promovendo-se, portanto, um diálogo entre a técnica de ponderação, tal como desenvolvida pelos teóricos do direito, e as preocupações com o efeito de tais decisões trazidas pelo movimento de mulheres, especialmente quando adotadas numa sociedade de herança patriarcal, possuindo, portanto, uma forte carga simbólica.

2. SUBSUNÇÃO E PONDERAÇÃO: TÉCNICA DE DECISÕES EM *HARD CASES*

O uso da ponderação no direito surge a partir da constatação de que a simples aplicação de uma regra legal, através do enquadramento de determinados fatos na hipótese prevista na norma não é suficiente para resolver de forma justa e adequada determinada situação. Seja porque o sistema jurídico não constitui um todo coerente, livre de contradições, lacunas e ambiguidades, seja porque as normas jurídicas nem sempre trazem uma densidade suficiente para regular de forma clara e precisa as situações postas diante do julgador.

Dessa forma, recorre-se a normas mais gerais que constituem os princípios sobre os quais foi construído o ordenamento jurídico. Às vezes, especialmente quando se trata de aplicar princípios constitucionais, é preciso aceitar a ideia de que a aplicação de normas igualmente válidas e relevantes para um caso concreto, podem levar a resultados contraditórios.

A cultura jurídica ocidental fundou-se na ideia de coerência, clareza e completude do ordenamento, sendo as antinomias encaradas como “patologias” apenas aparentes, que devem ser afastadas pelo intérprete através de regras específicas, algumas tradicionais e bem conhecidas, como as que dizem que: a) a lei superior derroga a anterior (critério hierárquico); b) à lei especial derroga a lei geral (critério da especialidade) e c) a lei posterior derroga a anterior (critério cronológico) (BOBBIO, 1997, p. 92)⁴. Tudo de forma a garantir o uso da subsunção, como técnica eficaz e segura de aplicação do direito.

⁴ Em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, ao tratar dos problemas das antinomias do sistema jurídico, Bobbio (1997, p. 110/113) leciona: “Todo discurso defendido neste capítulo pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas seja um mal a ser eliminado e, portanto, pressupõe uma *regra de coerência*, que poderia ser formulada assim: ‘num ordenamento jurídico não *devem* existir antinomias’. [...] A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da *certeza* (que corresponde ao valor paz ou da ordem), e a exigência da *justiça* (que corresponde ao valor da igualdade)”.

Na subsunção aplica-se uma norma jurídica a um fato concreto a partir da verificação das características e circunstâncias do caso e do seu enquadramento nos requisitos e pressupostos estabelecidos por essa norma, resultando ou não na sua incidência e aplicação. Quanto menos aberto o comando a ser aplicado e mais denso o seu conteúdo, mais simples se apresenta o processo de aplicação do direito e, assim, maior é a preservação da segurança jurídica e da fidedignidade da vontade do legislador inserta na lei.

Ocorre que o direito positivo é “fruto de atos de produção normativa sucessivos no tempo e que respondem a interesses e ideologias heterogêneos” (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 175/178), de modo que, a doutrina jurídica foi forçada a admitir que algumas antinomias nem sempre são uma disfunção, mas uma consequência do caráter dinâmico dos sistemas jurídicos que cristalizam os interesses mais diversos da sociedade.

Dessa forma, o momento da aplicação normativa pode ser caracterizado como um momento de angústia para o intérprete na medida em que, em algumas situações, deve-se fazer escolhas entre mais de uma interpretação possível das normas que lhe são postas, bem como entre a tutela de interesses que se apresentam como defensáveis diante do conteúdo do ordenamento jurídico e, especialmente, diante do ordenamento constitucional. Por vezes, esses interesses se apoiam em normas distintas, que, no caso concreto, apresentam-se como contraditórias (GÜNTHER, 2004, p. 32) e cuja escolha comporta a construção de argumentos igualmente sustentáveis tanto para um lado como para o outro. É o que se convencionou chamar de *hard cases*.

Em se tratando de normas que constam de um mesmo documento legislativo, como se verifica nos conflitos entre duas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais ou de interesses juridicamente protegidos, já se pode descartar os critérios cronológico e hierárquico. Nesse caso, só se concebe a possibilidade de invocação da regra da especialidade, a qual atua para todos os casos (sempre que ocorra o suposto de fato, adota-se a consequência jurídica imposta pela norma especial que prevalece sobre a norma geral).

Ocorre que o critério de especialidade, em determinadas situações, pode ser insuficiente para resolver algumas antinomias, notadamente quando não se possa, de forma precisa, estabelecer uma relação de exceção entre as normas envolvidas, seja porque essas não trazem detalhadas as suas condições de aplicação ou porque não se pode dizer qual delas constitui uma especialidade frente à outra. O exemplo de uma situação como essa, Prieto Sanchís (2003, p. 177) toma de Klaus Günther (1995, p. 282). Suponha-se que num sistema normativo regem simultaneamente duas obrigações: deve-se cumprir as promessas e deve-se ajudar o próximo em caso de necessidade. No plano abstrato, da leitura dos dois preceitos, não se pode afirmar que estejam em contradição, pois as situações descritas por ambas as normas, como por tantas outras impostas pelo Direito e pela moral, são perfeitamente compatíveis em certas situações, e, por isso mesmo, não se pode dizer qual delas é geral ou especial diante da outra.

Entretanto, no plano aplicativo pode ocorrer um conflito. Por exemplo, quando alguém se compromete a comparecer a uma festa, mas é informado, antes da hora aprazada, que um amigo caiu doente e precisa da sua ajuda. Caso se decida a ajudar o amigo doente então descumprirá a norma que manda cumprir as promessas. Do contrário, se comparece à festa, descumpre a norma que manda ajudar o próximo (GÜNTHER, 1995, p. 282). Temos aqui duas obrigações superpostas (não sucessivas) onde o sujeito é chamado ao cumprimento de ambas, mas *na prática*, isso é impossível. É o que Klaus Günther (1995, p. 281) chama de colisões contingentes ou em concreto, ou, ainda, de colisões externas ou próprias do discurso de aplicação, que devem ser diferenciadas das colisões internas ou próprias do discurso de validade⁵.

⁵ Nas colisões internas ou em abstrato, há uma superposição conceitual dos supostos de fato descritos pelas normas, de modo que sempre que formos aplicar uma delas nascerá um conflito com a outra. Um exemplo disso é a norma que proíbe o aborto e outra que o admite em caso de grave comprometimento da saúde da mãe (aborto terapêutico). Como o aborto terapêutico é uma espécie do gênero abortos, as duas normas se encontram, a princípio, em posição de conflito. Nesse caso, ou uma das normas não é válida ou uma delas atua sempre como critério especial, ou seja,

Nesse sentido, o artigo 226 da Constituição Federal, ao tutelar a família, em nada contradiz o artigo 227, que protege a infância e a adolescência, menos ainda, conflita com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III também da carta constitucional. No entanto, pode-se constatar, diante de circunstâncias concretas, uma concorrência entre esses princípios, concorrência essa que justificaria a adoção da técnica da ponderação.

A ponderação, portanto, é o procedimento destinado à resolução desse conflito que surge no momento da aplicação normativa e constitui-se numa avaliação acerca de qual norma deve prevalecer, diante de interesses que se apresentam como contrapostos, mas que são igualmente tuteláveis. Tal situação ocorre, no mais das vezes, quando se trata de aplicar princípios constitucionais⁶.

A solução a ser adotada deverá ser a que implique uma intervenção de menor grau no direito fundamental efetivamente desprestigiado, tendo em vista as circunstâncias do caso. A atribuição dessas “medidas” não ocorre de forma autônoma, mas sempre em relação à satisfação ou cumprimento do princípio contrário, portanto, uma afetação é considerada grave em relação à outra tida por mais leve e vice-versa (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 190).

É justamente essa procura pela “quantidade de lesão” de ambos os princípios que constitui o centro da crítica daqueles que consideram a ponderação uma fórmula “oca”, pois ela turvaria o que de mais importante deve existir no processo decisório, que é a argumentação correta sobre todas as circunstâncias do caso de modo a se decidir de acordo com normas cujo sentido seja adequado a essas circunstâncias. Alega-se, ademais, que essa proposta é incapaz de explicar por que, efetivamente, um princípio deve pesar mais do que o outro, conduzindo a subjetivismos incontroláveis (KAUFMANN, 2003, 135/136), pois, na realidade o que “pesa” não são os princípios, mas o que resulta “da consciência da mente de quem sopesa” (GARCÍA AMADO, 1999, p. 15).

Assim, há que se perguntar por que, no caso concreto, uma possível intervenção no direito à intimidade, por exemplo, deve ser considerada mais grave do que uma outra que ocorra no direito à liberdade de expressão, e, a isso, a lei da ponderação, sozinha, não está apta a responder.

A ponderação não representa, por assim dizer, um procedimento “completo” e deve ser conjugada com a construção de argumentos de outra ordem (não-jurídicos) que garantam que o peso conferido aos direitos em conflito tenha sido dado de forma racional, tendo em vista as circunstâncias concretas. Além disso, é preciso que se tenha uma maior atenção para com as características da situação e com o caminho a ser percorrido na argumentação adotada para, em primeiro lugar, enquadrar corretamente os interesses opostos nas normas constitucionais invocadas e, em segundo (já na fase de ponderação), para fazer prevalecer, à luz de uma delas, um interesse sobre o outro, formulando-se, assim, a regra de decisão adequada para reger o caso. Trazendo essas considerações para os casos analisados neste artigo, é necessário questionar se a relação que se forma a partir do “namoro” entre uma menor de 14 anos e um adulto, do qual resultou o

como exceção à primeira, e a solução se pode adiantar sem necessidade de se estar diante de um caso concreto (PRIETO SANCHÍS, 1994, p. 178). Já as colisões externas ocorrem justamente porque não se pode definir em abstrato e de forma precisa em que termos se processará a contradição, já que não conhecemos, adiantadamente, todas as condições de aplicação normativa.

⁶ A caracterização dos princípios, em especial a distinção entre princípios e regras, deu lugar nas últimas décadas a uma complexa literatura, cujo conteúdo não se necessita aqui detalhar agora. Basta apenas a referência a que se tem entendido que as normas definidoras de direitos fundamentais ou de interesses constitucionalmente protegidos teriam a natureza de princípios, não passíveis de subsunção, mas aptos à ponderação. Os princípios possuem estatuto lógico-argumentativo próprio, apto a proceder à reconstrução do direito positivo de acordo com conteúdo morais e políticos relevantes no contexto histórico. Ao contrário das regras, não são capazes de determinar as suas condições de aplicação, possuindo uma dimensão de “peso” ou “importância”. O peso dos princípios é definido pela sua capacidade de suportar concorrência, o que significa que, na hipótese de conflito, eles não se excluem mutuamente, pois a aplicação de um, não exclui a validade de outro, podendo mesmo ocorrer que mais de um princípio (inclusive concorrentes) sejam relevantes para a solução de um caso. Nessa hipótese, o aplicador deverá sopesá-los tendo em conta o peso relativo de cada um (DWORKING, 2002, p. 37-46).

nascimento de uma criança, pode ser enquadrado no conceito de “família” da maneira como tutelada pela constituição federal, de modo a se invocar a tutela da família para apresentá-la de forma concorrente com outro princípio constitucional. Esse aspecto não passou despercebido no RESP 1979739-MT, conforme se verá mais adiante.

Embora se diga que a ponderação é um método alternativo à subsunção, e isso em geral decorre da ideia de que os princípios, diferentemente das regras, não possuem *fattispecie* (SARMENTO, 2004, p. 82), não se deve tomar esta afirmação no sentido de que a ponderação e a subsunção são mutuamente excludentes, devendo-se necessariamente optar por um caminho ou por outro. De fato, quando não existe um problema que envolva a aplicação de princípios, mas apenas a aplicação de uma regra, cujas condições de aplicação se encontram previamente definidas, o juiz, com maior segurança, irá subsumir o caso no suposto fático descrito na lei, sem que seja necessário lançar mão da ponderação.

Contudo, quando se trata de aplicar princípios, e sendo necessária a ponderação, nem por isso resta descartada a subsunção. Preliminarmente a toda ponderação, é indispensável a constatação de relevância ou aplicabilidade dos princípios em conflito, o que demonstra que, antes de ponderar, é preciso “subsumir” (ainda que num sentido fraco), ou seja, constatar que a situação está inclusa no âmbito de aplicação dos princípios envolvidos, os quais, se não possuem uma *fattispecie* que descreva com precisão as condições de aplicação, possuem, ao menos, uma carga semântica que permite enquadrar, ainda que não de forma óbvia, as condutas e os interesses contrapostos nos princípios (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 193).

Por outro lado, não se discute que é preciso um cuidado redobrado por parte do julgador quando deixa de aplicar, através da técnica da subsunção, uma regra infraconstitucional válida, sobre a qual não pesa argumentos de inconstitucionalidade, afastando sua aplicação para decidir com base em princípios cuja fixação de conteúdo submete-se a um grau de subjetivismo muito maior.

Dentro dos postulados do Estado Democrático de Direito, o legislador há de ser, sempre, o titular privilegiado da ponderação constitucional. É bem verdade que a construção desse processo argumentativo ocorre geralmente no âmbito do Judiciário, no momento de proferir as decisões. Leis não ponderam no sentido de que apresentam argumentos destinados a resolver um conflito entre direitos (salvo quando se pensa em termos de exposição de motivos ou preâmbulo). Entretanto, o legislador pode ponderar e produzir “leis ponderadas” quando a regulação nela contida prestigia um princípio em detrimento de outro, concretizando, assim, as normas que se apresentam “abertas” no plano constitucional. O resultado dessa “ponderação” legislativa “anterior” há de ser levado em conta pelo julgador.

Portanto, a regra contida na lei para a solução do conflito há de ser considerada, em princípio, como prevalente (SARMENTO, 2004, p. 302 e ANDRADE, 1998, p. 290), devendo quem pretender desconsiderá-la assumir a carga da argumentação em sentido contrário (o que nada mais significa que aplicar o princípio de presunção de constitucionalidade das leis).

Isso porque, além dos princípios que amparam os interesses contrários das partes, existe uma razão a mais a ser considerada, o princípio que tutela a prerrogativa do legislador democrático que tem, na democracia representativa, o papel de editar normas que regulam a convivência social de acordo com os direitos fundamentais (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2000, p. 165). Esse princípio outorga ao legislador, como representante do poder majoritário, uma competência decisória privilegiada (competência democrática) e pode ser inferido a partir do próprio princípio da separação de poderes (SILVA, 2005, p. 148), mas, principalmente, a partir de normas como a contida no parágrafo único do artigo 1º da Constituição brasileira que tutela o regime democrático.

Isso não quer dizer que o legislador possa eliminar em definitivo e com caráter de generalidade a colisão, traçando na lei uma hierarquia definitiva entre preceitos constitucionais que não se aduz da Constituição, pois a lei sempre deixa aberta a possibilidade de que o princípio que

concretiza seja ponderado com outros⁷ (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 198). Contudo, essa ponderação deverá demonstrar, para além das razões que justificam a prevalência de um direito ou de outro, quais são aquelas que apontam para o fato de ter o legislador indevidamente restringido um dos direitos em conflito. Há que se ter presente, então, a existência de circunstâncias efetivamente *relevantes* não levadas em conta na lei, o que implicaria uma relativização do próprio princípio representativo em favor da normatividade constitucional. Portanto, na decisão de *hard cases*, há que se incidir a máxima *in dubio pro legislatore*.

3. A ORIENTAÇÃO SUMULADA NO RESP 1.480.881 – APLICAÇÃO DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Em 26 de agosto de 2015 o STJ, em julgamento ocorrido sob o rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil⁸ o STJ proferiu o julgado a seguir ementado:

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. IRRELEVÂNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. 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 anuisse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitativa, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima Documento: 1435047 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/09/2015 Página 1 de 4 acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 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, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-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

⁷ Pois aqui o que se pondera não é a lei, mas o choque entre o princípio no qual está embasada e o outro que resulta restringido pela medida legal, pois só pode haver ponderação entre normas de igual hierarquia. O que pode incidir sobre a medida legal são as avaliações relativas à sua necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que são *regras* instrumentais e servem para aferir se a ponderação foi realizada de forma correta (ALEXY, 2001, p. 112, nota 84).

⁸ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

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. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação Documento: 1435047 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/09/2015 Página 2 de 4 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 crime.

No caso analisado, um adulto de 25 (vinte e cinco) anos manteve relações sexuais com uma menina de 11 (onze), tendo iniciado com ela um namoro quando ela ainda possuía entre 8 e 9 anos. Sem o conhecimento da família (o réu frequentava a casa do pai da menina tendo com ele laços de amizade), iniciou-se uma relação supostamente afetiva entre ambos, tendo tal afeto e um suposto consentimento da menor sido levado em conta pela sentença, mantida pelo Tribunal *a quo*, para o acolhimento da tese de “erro de tipo” e para afastar a situação de vulnerabilidade da vítima, tida como capaz para decidir acerca do início da sua vida sexual, o que efetivamente aconteceu aproximadamente três anos depois do início dessa relação.

O julgado entendeu não ser absoluta a presunção de vulnerabilidade, a qual deveria ser aferida em cada caso, “não podendo se levar em conta apenas o critério etário”. Alguns trechos do voto condutor da decisão proferida no tribunal de origem, posteriormente reformada pelo STJ, são ilustrativos do raciocínio construído:

Se a aplicação se der em mera forma de subsunção dos fatos à norma jurídica do art. 217-A do CP, a sentença condenatória deverá ser mantida. Porém, para fazer uma interpretação mais ampla, fundada nos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana e nos valores culturais internalizados (a tradição), é preciso se analisar toda a dinâmica dos fatos, personalidade e comportamento dos atores envolvidos na cena.

Como se vê, é incontroversa a ocorrência de relação sexual entre acusado e vítima. Ambos confirmaram o fato, relatando com detalhes e o auto de exame de conjunção carnal, às fls. 11, corrobora essa afirmativa. Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro, 25 anos) e a vítima (menor de 14 anos), no caso em análise, a questão cinge-se em saber se a vítima, conquanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável.

Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário. Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato. Dessa forma, analisando o caso concreto, entendo que a vítima não se encontrava em situação de

vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela (fls. 43/44 e 79)” (grifos não constantes do original).

Dessa forma, afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta. Em virtude do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para absolver o acusado da acusação pelo crime de estupro de vulnerável, por ausência de tipicidade, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

A conduta, portanto, foi considerada atípica pelo TJPI.

Em sede de Agravo regimental em recurso especial, interposto contra decisão monocrática e relatado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o STJ entendeu, diversamente, que o comportamento do réu estava enquadrado no artigo 217-A do Código Penal, subsumindo-se, portanto, ao tipo ali previsto, e o fez com base em entendimentos anteriores da própria Corte (embora oscilantes). De acordo com o relator, antes mesmo de haver sido este modificado pela Lei nº 12.015/09, a qual com mais ênfase reafirmou a presunção de vulnerabilidade de menores de 14 anos, o STJ e o próprio STF⁹ já considerava, em algumas decisões, irrelevante o consentimento da vítima para o tipo penal, e, após tal modificação legislativa, com mais razão, passou a ser descabido o argumento de que, com base em um suposto consentimento a ser aferido em cada caso concreto, caberia afastar a “situação de vulnerabilidade”, e, assim, a tipicidade da conduta.

É que na sua redação anterior, o Código Penal estabelecia a presunção de violência para o crime de estupro quando praticado contra menores de 14 anos:

Presunção de violência

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

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

Com a modificação efetuada, o dispositivo passou então à seguinte redação:

Estupro de Vulnerável

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.

O voto está embasado num conjunto de argumentos de ordem jurídica, mas também históricos e políticos, e foi proferido sem que fosse necessário o uso da técnica da ponderação de princípios constitucionais. De maneira fundamentada, faz subsumir os fatos ao tipo contido na regra legal, esclarecendo a teleologia do dispositivo e combatendo os argumentos da decisão

⁹ HC n. 119.091/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2ª T., DJe 18/12/2013; AgRg no RHC n. 97.664/DF, Rel. Ministro Teori Zavaski, 2ª T., Documento: 1435047 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/09/2015 Página 18 de 4 DJe 21/10/2013.

originária que afastou a sua aplicação. Desses argumentos, pela sua importância, é de se destacar os que se seguem:

Vê-se que o julgado [aqui se referindo à decisão do tribunal a quo] seguiu um padrão de comportamento **tipicamente patriarcal**, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais **o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu.**

A referência à imagem da “criança libertina” ou “criança provocadora”, mencionada pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre História do estupro, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradas as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de instrução para a tenra idade”, fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia. (VIGARELLO, G. História do estupro. Violência sexual nos séculos XVI – XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com “grau de discernimento”, segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade”. **Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo. Da alusão feita, no acórdão, ao comportamento da mãe da vítima se infere quão atual é a antiga observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que “elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais”** (DEL PRIORE, M. História do amor Documento: 1435047 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/09/2015 Página 20 de 4 no Brasil. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

O voto condutor do acórdão faz menção também a “**valores culturais internalizados (a tradição)**”, o que parece justificar a permanência de **práticas coloniais e imperiais como as relatadas pela referida historiadora**: O preconceito racial de estrangeiros não raro se misturava com a aversão europeia pela “corte amorosa à brasileira”. O fato de meninas, muito meninas, passarem da reclusão familiar às mãos dos maridos os fazia crer num precoce interesse pelo sexo oposto, interesse, aliás, muito mal visto. Os viajantes criticavam a precocidade com que adquiriam modos e conhecimentos impróprios para a sua idade: [...] A percepção destes estrangeiros é de que havia certa precocidade sexual nas moças do Novo Mundo” (DEL PRIORE, M., op.cit., p. 168).

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe ARIÈS (História social da criança e da família. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a “toda sorte de grosserias e indecências”. Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as conclusões do François de Dainville (La Naissance de L'humanisme Moderne, Paris. Beauchesne. 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: “O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo”.

Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento”(g.n.)

O julgado aponta também uma série de considerações dogmáticas, especialmente no item II.3, de forma a demonstrar que, especialmente após a alteração legislativa efetuada pela Lei nº

12.015/2019, não há mais lugar para considerações acerca da aceitação e da concordância da vítima com o ato sexual. Afirma que, para a tipificação do crime “basta que o agente tenha conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima”. Aponta, ainda, que, com a modificação legislativa, não há sequer que se falar em presunção; “O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos”, afirma, reportando-se à lição de Rogério Greco (2012, p. 532-534).

Para afastar o argumento de “erro de tipo” entendeu, assim, suficiente que o réu soubesse a idade da vítima quando manteve relação sexual com a mesma.

Por fim, e visando rechaçar o argumento de que a conduta do réu estaria adequada socialmente à realidade em que vivia a família - princípio da adequação social -, nos termos sustentados pela defesa, o acórdão é contundente em afirmar que a aplicação do Direito Penal não pode e não deve estar sujeita “aos costumes e a moral de cada uma das microrregiões nacionais”, apontando a carga de subjetivismo que gera esse tipo de argumento. Afirma ainda que não se pode levar em conta, para afastar a tipificação, o consentimento da mãe e a aceitação de membros da comunidade, apontando que tal circunstância coloca a vítima numa situação ainda maior de desamparo.

Veja-se, nesse ponto, o seguinte trecho do voto condutor:

A tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista – ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, como a descrita nos autos – segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas. A tradição, neste caso, não deve servir para abrandar a conduta ilícita do réu, pois à criança são assegurados, nos níveis constitucional e infraconstitucional, direitos inerentes à condição de infante e a ela não podem ser impostas obrigações típicas de um adulto. É de conhecimento geral que meninas que se casam em tenra idade – ainda que por opção e consentimento –, são impedidas (também pelos costumes, ou pela própria realidade) de estudar e exercer atividades infantis, para poder gerar filhos e cuidar da pesada carga de afazeres domésticos

Dessa forma e ainda após uma análise de direito comparado do tema (item II.5), o acórdão restaurou a sentença condenatória, modificando a decisão do tribunal de origem. Por se tratar de Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos, firmou-se, então, 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 crime. (g.n.)

4. A TUTELA DA FAMÍLIA E A SUA PREVALÊNCIA NO AGARESPE de nº 2405738/MG

Pois bem, não obstante a tese firmada na decisão anterior, a corte revisitou o tema sobre outra ótica, posicionando-se em sentido diverso em julgados posteriores, de que são exemplos: o REsp: 1977165 MS 2021/0384671-5, REsp: 1977165 MS 2021/0384671-5, REsp: 1977165 MS 2021/0384671-5 e AgRg no REsp: 2064843 SE 2023, todos similares ao caso em apreço (AGARESP nº 2405738/MG).

Nesse último, a Quinta Turma considerou que havia particularidades capazes de impedir a sua subsunção ao tipo penal. De acordo com informações do processo de origem o acusado teria

então 18 anos e a vítima 12 anos quando se conheceram na Igreja, se apaixonaram e meses depois começaram a ter relações sexuais, a menina, então, engravidou.

O inquérito policial teria sido gerado por meio de Boletim de Ocorrência lavrado pela mãe da menina com o único desiderato de não haver implicações legais para garantir que o seu pré-natal fosse feito da forma devida e sem maiores implicações legais. Trechos da análise do Tribunal *a quo* destacam ainda que o acusado acompanhou a gestação, passou a morar com a menina quando a criança nasceu, demonstrando, segundo análise do tribunal de origem, amor pela filha e condutas coerentes com o que se convencionou costumeiramente a serem atribuídas a de um bom pai.

Na íntegra, trechos da decisão do Tribunal *a quo*:

A mãe de A.L.A.A., A.L.A.M.R., como único desiderato de não ter problemas como pré-natal da filha, acabou lavrando um Boletim de Ocorrência para se resguardar, o que acabou deflagrando um inquérito policial e a consequente ação penal. A.L.R.P. acompanhou o pré-natal, dando a devida assistência à namorada, passando a residir com a A.L.A.A. quando a criança nasceu.

Embora haja notícias recentes de que o casal tenha se desentendido, também há relatos de que A.L.R.P. é um bom rapaz, prestativo e trabalhador.

A.L.R.P. continua gostando de A.L.A.A., desejando reatar o relacionamento com ela. A.L.R.P. demonstra amor pela filha, nascida no dia 18/04/2018, e parece estar fazendo o que pode, na acepção moral e material, para honrar os seus compromissos de pai.

Penalizá-lo, dado o caso concreto, **destruiria a família que formou com a vítima**, atentando contra a dignidade da pessoa humana, não só com relação a eles, mas também quanto à filha que tiveram. Deve-se dar lugar a princípios constitucionais fundamentais, garantindo-se a harmonia e a dignidade familiar, suplantando a legalidade fria e estrita da norma penal incriminadora que, caso aplicada, seria injusta e desproporcional (g.n.)

A Quinta Turma definiu, então, que seria a hipótese de afastar a vulneração ao bem jurídico em questão (direito à dignidade sexual da adolescente) posto ser possível verificar, no caso em concreto, a conduta “formal” do tipo, mas não a conduta material. Nesse sentido segue trechos do voto:

Como é de conhecimento, o conceito analítico de crime, segundo a teoria tripartite, é constituído pelo fato típico, antijurídico e culpável; o conceito formal diz respeito à conduta típica descrita no preceito incriminador; já o conceito material se refere à efetiva violação ao bem jurídico tutelado.

Ademais, não se deve perder de vista que o legislador, ao enumerar os tipos penais incriminadores, tem o objetivo de manter a pacificação social, e, nessa perspectiva, “sob o enfoque minimalista (Direito Penal de intervenção mínima), esse modo de controle social deve ser subsidiário, ou seja, somente estará legitimada a atuação do Direito Penal diante do fracasso de outras formas de controle jurídicas (...)” (AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. Direito Penal: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador/BA: JusPodivm, 2015. p. 34) [...]

Nessa linha de intelecção, um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. **De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pela família da vítima, com constituição de núcleo familiar, com o nascimento de uma filha, sendo o acusado um bom pai, na acepção moral e material.** (g.n.)

Dos trechos acima destacados infere-se que o consentimento dos pais da menina e o nascimento de uma criança, fato associado a uma avaliação moral de conduta de bom pai ao acusado e constituição de uma unidade familiar, justificaram o afastamento da materialidade do crime. Aplicou-se então a hipótese de *distinguishing* ou distinção afastando-se também o entendimento da Súmula 593 citada acima na análise do voto do RE 1.480.881. A distinção revela-

se plausível na tentativa de proteção às três vidas agora envolvidas no caso, deixar a suposta vítima solteira e com uma filha para criar seria então vulnerabilizá-la novamente para poder defender a sua dignidade sexual, a qual, na visão dos ministros nesse voto, não demonstraria relevo. Nesse sentir:

De fato, a manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e sua filha desamparadas.

Quanto à ponderação dos princípios constitucionais cuja prevalência se deu pela proteção da família destacamos os seguintes trechos do julgado:

Nessa linha de raciocínio, se por um lado a Constituição da República consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, §3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1o, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3o, III)

Com efeito, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na relação dos pais e da criança, que viveram em união estável, de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.

Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da relação entre o pai, a mãe e a criança, ocasionando traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.

Por fim, o voto termina fazendo referência a trecho de julgado de lavra do próprio relator do AGARESPE de nº 2405738/MG o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca cujo trecho final vale destacar:

Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. **E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso um bebê) (g.n.)**

5. A PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO À INFÂNCIA, DA DIGNIDADE SEXUAL E DA LIBERDADE REPRODUTIVA DA VÍTIMA NO AGRG no RESP nº 1979739/MT

Trazemos aqui um último julgado sobre o tema no qual no caso fático o acusado contava com 18 (anos) de idade e a ofendida com 12 (anos), tiveram relações sexuais e posteriormente engataram em um namoro, o juízo *a quo* aplicou o *distinguishing*. Sobre o caso, cumpre transcrever trecho da decisão *a quo* que ensejou o Agravo Regimental no Recurso Especial 1979739-MT:

Há no caso em análise um cenário bem diverso daqueles com precedentes jurisprudencial que em face da idade a violência é presumida e que não permite relativização para crime dessa natureza. No caso sub judice a suposta vítima mantinha namoro com o ora apelado, e diga-se, hoje vivem em união estável em harmonia, a meu sentir reverter a absolvição - o judiciário em termos contribuirá para desajuste familiar e social e ao invés de solucionar eventual litígio, criará vários outros mais grave, a exemplo, lançar um jovem numa penitenciária [academia do crime] e a companheira em dias de visita ser aliciada à ingressar com entorpecente, assim, contrariando precedentes em prol da paz social e harmonia familiar iniciada prematuramente, tenho concessa venia não merecer provimento o recurso ministerial.

Por manter relações sexuais em comum acordo com o namorado, ora apelado, decorrente do sentimento de afeto recíproco, assumindo-a como esposa, atitude nobre e enobrecer a poucos homens. Não se pode olvidar pelo seu comportamento, a família o acolheu em sua casa e permitiu a união, tudo demonstrando ser um jovem de bem.

Logo, não prospera a pretensão acerca da condenação do acusado, devendo ser mantida a sentença absolutória.

Em seu voto, a relatora Ministra Laurita Vaz afasta o entendimento do juízo *a quo*, ressaltando que a situação analisada merece outra solução, com base em sua moldura fática, discordando da possibilidade de *distinguishing*. Esclarece que não olvida de entendimento anterior, na qual restou vencida (REsp n. 1.977.165/MS), mantendo sua discordância quanto à “relativização casuística” efetuada no caso, mas apontando também, em relação àquele, a ausência de consentimento da mãe. O acusado chegara a solicitar à mãe da menina autorização para namorá-la, tendo sido-lhe negada, e, após um Acidente Vascular Cerebral sofrido pela mãe da garota o mesmo passou a frequentar a casa, com o pretexto de proteger a família, e nesse ínterim teria dormido no quarto da filha e mantido com ela relações sexuais.

A situação fática é trazida com a ressalva de que o consentimento da mãe não justificaria ou seria capaz de elidir a lesão ao bem jurídico da menina, não tornaria o fato atípico, apenas ressaltaria a condição de vulnerabilidade a qual estaria exposta a ofendida.

Segue trechos do voto:

É fato que, **nos termos da legislação de regência, esse consentimento familiar é irrelevante** e, ainda que estivesse presente, o que tampouco ocorreu, não tornaria a conduta atípica. **No entanto, trago aqui o contexto fático apenas para ressaltar a situação de vulnerabilidade familiar, impondo cautela e evidenciando que não estamos diante de hipótese de distinguishing.** Outrossim, resalto que, no caso dos autos, a despeito de existir informação de que o Réu e a Vítima, após os fatos, chegaram a viver em união estável, **não consta que tenha sido gerada prole, fato que, em minha percepção, conferiria ainda mais gravidade à conduta**, porém foi considerado como elemento distintivo relevante no julgamento do RESP n. 1.977.165/MS.

Assim, tenho que o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso está em descompasso com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, materializado na Súmula n. 593, in verbis: "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**" (grifei). **Com efeito, o fato de a Vítima ter posteriormente passado a viver em união estável com o Agravante tão somente reforça o contexto de sexualização precoce no qual se encontra inserida, sendo o seu consentimento infantil incapaz de afastar a tipicidade da conduta, consoante expressamente dispõe o art. 217-A, §5.º, do Código Penal. (g.n)**

No julgado analisado, ao revés de considerar a união estável com possível prole como capaz de afastar a conduta típica, a Ministra a considera como um agravamento da situação de vulnerabilidade a qual poderia ter sido exposta a adolescente cuja vida sexual se iniciou em 13 (treze) anos de idade. Nesse sentido fundamenta seu voto:

Importante frisar que crianças e adolescentes, em especial do sexo feminino, estão submetidos a um regime jurídico especialmente protetivo tanto no âmbito internacional como no âmbito interno. Por essa razão, as normas penais que tutelam a dignidade sexual de crianças e adolescentes devem ser interpretadas à luz das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil quanto à proteção da pessoa humana em desenvolvimento e das disposições constitucionais que impõem o paradigma da proteção integral.

De fato, ao ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), o Brasil se comprometeu a adotar todas as medidas necessárias para proteger pessoas com idade inferior à 18 (dezoito) anos contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual (arts. 19 e 34 da Convenção). Este compromisso internacional está em

consonância com a norma constitucional que confere absoluta prioridade à proteção dos direitos da criança e do adolescente, determinando que a lei deve punir severamente o abuso, a violência e a exploração sexual contra elas (art. 227, caput e § 4.º, da CF).

Não é demasiado lembrar que a fatídica possibilidade de extinção da punibilidade pelo casamento com a Vítima foi revogada pela Lei n.º 11.106/2005 e, mesmo antes do advento da referida Lei, o Supremo Tribunal Federal já não admitia que a união estável fosse elemento de atenuação ou afastamento da tipicidade da conduta. Transcrevo trecho de emblemático julgamento em que o Tribunal Pleno da Corte Constitucional, ao julgar o RE n.º 418.376/MS explicitou que a proteção à infância prepondera sobre a proteção à família que tem a violência sexual em sua gênese. (g.n.)

Nesse aspecto a relatora destaca entendimentos do STF sobre o conceito de proteção à família fundada a partir da violência sexual:

Ministro Eros Grau: "Não me impressiono com os argumentos relativos à família, eis que, de acordo com a minha compreensão, **família que começa com violência contra uma menina de 9 anos** - e aparentemente prossegue com mais violência ainda -, **não é, seguramente, a família da qual nasce a sociedade civil e depois se realiza, com suprassunção, no Estado.** Nem ela é, na minha pré-compreensão, a família que deva ser preservada a partir dos valores constitucionais"

Ministro Cesar Peluzo: "Fui Juiz de Família durante 8 anos e interessei-me muito por conhecer um pouco a psicologia. **Não consegui jamais acostumar-me à ideia de que se pudesse, contra a presunção legal, pesquisar a psique de uma criança com menos de 14 anos de idade, para - sob total desconhecimento da grave diferença entre o discurso do carinho e o discurso erótico - decretar a absolvição de um crime que, dentro desse contexto, representa violenta agressão ao processo de formação da personalidade humana".**

Ministro Gilmar Mendes: "O fato de esta adolescente, depois de ter o filho, vir a Juízo afirmar que vive maritalmente com o seu opressor, não pode ser considerado como hipótese típica de perdão, extinguindo a punibilidade, nos termos do art. 107, VII, do Código Penal.

A união estável, que se equipara a casamento por força do art. 226. §3.º, da Constituição Federal, é uma relação de convivência e afetividade em que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantém com o intuito de constituírem família. Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento, para fins de incidência do art. 107, VII, do Código Penal.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Ministro Carlos Britto: "Também entendo, (...), que, **no caso, no confronto de dois artigos constitucionais relevantes, o art. 227 deve prevalecer sobre o art. 226. Trata-se, na verdade, do dever do Estado, da família, da sociedade de proteger, de assegurar à criança e ao adolescente, diz a Constituição, com absoluta prioridade esse adjetivo 'absoluta' também me parece de muita importância - colocando sobretudo a criança e o adolescente a salvo desse tipo de violência (...).**

De outra parte, quando a Constituição fala da proteção do Estado, para efeito de proteção do Estado, reconhecida a união estável entre o homem a mulher, na linha do voto do eminente Ministro Cesar Peluso, está na pressuposição de se tratar de pessoas já com uma estrutura psicológica razoavelmente formada, capazes de manifestar uma vontade livre, consciente."

Por fim, a relatora vai afirmar, ainda, que mesmo quando havia permissivo legal para a extinção de punibilidade por meio do casamento da vítima com o agressor (revogada pela Lei n.º 11.106/2005) o STF já entendia pela prevalência da proteção à infância e adolescência, e, entender dessa forma após a edição de lei seria:

represtinar a legislação revogada com alcance maior do que ela possuía (já que sequer abrangia a união estável) e desconsiderar a vontade clara da lei, quando dispõe que o crime se configura independente do consentimento ou de experiência sexual prévia da Vítima.

Importante que se coloque que, nessa decisão, ocorre, efetivamente, uma discussão sobre o alcance e o conteúdo de princípios constitucionais parecendo haver, efetivamente, a utilização da técnica da ponderação Diz-se isso com base em alguns trechos do acórdão, inclusive na sua própria ementa (item 5) quando se afirma que “a proteção da infância prepondera sobre a proteção da família que tem a violência sexual em sua gênese, sob pena de violação ao princípio da proteção insuficiente”.

A ideia de insuficiência de proteção decorre exatamente de uma aplicação defeituosa do princípio da proporcionalidade, que constitui o balanceamento e o equilíbrio que se deve buscar com ao se efetuar a ponderação. Não se trata aqui, portanto, de uma simples subsunção.

Possivelmente a carga argumentativa que recaía sobre a relatora para se opor aos argumentos de um julgado anterior, fundado também na técnica da ponderação, tenha contribuído para a construção do raciocínio.

Interessante verificar que, diferentemente do que aconteceu no primeiro julgado comentado nesse artigo, para se chegar a uma conclusão similar em situações fáticas também similares, a corte não recorreu à simples subsunção, mas ponderou, chegando a uma conclusão diversa, os princípios constitucionais aparentemente aplicáveis ao caso e tido como concorrentes: o que tutela a família e o que protege à infância (artigos 226 e 227 da CF).

Veja-se que, embora o acórdão fale em prevalência de um princípio sobre do outro, na realidade dá a entender que a situação concreta **não enseja a proteção prevista no artigo 226 da Constituição, uma vez que o seu conteúdo não pode alcançar uniões surgidas a partir de uma violência sexual cometida contra uma menor, o que, por consequência, afastaria a incidência do §3^o do citado dispositivo.**

Dessa forma, está-se aqui numa fase que se apresenta como preliminar a toda e qualquer ponderação, fase essa na qual se constata se determinado princípio pode ou não ser invocado, ainda que *prima facie*, diante das circunstâncias do caso concreto.

Em outras palavras, preliminarmente, é preciso estabelecer se o âmbito de proteção da norma constitucional invocada alcança a situação concreta envolvida, para só então, apontá-lo como concorrente com outro princípio constitucional também relevante para o caso concreto. Como referido no item 2 deste artigo, é necessária, preliminarmente, ainda que num sentido fraco, a subsunção.

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais, o âmbito de proteção de um determinado direito pode ser definido como aquele dentro do qual determinado bem é considerado protegido, mas, mesmo dentro desse âmbito, podem intervir medidas desvantajosas ou restrições decorrentes de outros direitos igualmente protegidos relevantes para o caso concreto, de forma que, ao cabo do procedimento de ponderação, tem-se um efetivo âmbito de *garantia*, o qual, por sua vez, “é o domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita” (CANOTILHO: 2004, p.199).

Portanto, ao estabelecer que não se poderia invocar a tutela da família no caso aqui analisado, parece ter o julgado nesse momento, concluído que só existe **um princípio relevante para o caso concreto que é a tutela da infância e da dignidade sexual da vítima.** Sendo assim, não haveria qualquer razão para que não se aplicasse a tipificação legal constante do artigo 217 -A do Código Penal, partindo-se então para uma ponderação de princípios. Isso porque o dispositivo concretizou o princípio que efetivamente seria aplicável ao caso.

¹⁰ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

6. A DIMENSÃO SIMBÓLICA DA RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PELA ANÁLISE SOCIOPOLÍTICA E CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS À PONDERAÇÃO EFETUADA

À primeira vista pode parecer irrelevante toda essa discussão acerca da formulação do raciocínio correto para se decidir o tema ora discutido. No entanto, no momento em que de alguma forma se invoca a tutela da família, ainda que *prima facie*, para reger situações envolvendo estupro de vulneráveis, essa escolha e os precedentes que vão se formando a partir dela interfere sem dúvida no tecido social de forma a dar continuidade a práticas que a legislação, conforme se verá adiante, visou espancar.

Trazer essa tutela hoje, para restringir ou derrogar direitos que decorrem da dignidade sexual de crianças e adolescentes, especialmente do sexo feminino, significa de certa forma retornar à normalização de práticas contrárias a tudo o que foi conquistado pelos movimentos sociais para afirmar a liberdade e a dignidade sexual das mulheres.

E não se duvida que a imensa maioria dos crimes de estupro de vulneráveis são cometidos contra meninas e mulheres¹¹.

Para que se tenha uma correta dimensão dessa afirmação, é importante que se tenha em conta que a dignidade sexual das mulheres não pode ser corretamente apreendida sem que se entenda como se deu proteção dos direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida dois dos seus maiores corolários.

Historicamente no Brasil os direitos sexuais e reprodutivos foram sendo reconhecidos ao passo em que se tornou possível categorizar as mulheres, os corpos capazes de gerar¹² como efetivos sujeitos de direitos.

Na linha do que defende Silvia Federici (2017), a partir de uma visão marxista (capitalismo) e foucaultiana (poder), na sociedade capitalista a feminilidade foi construída a partir de um destino biológico pré-definido, que ocultava o trabalho de reprodução social da vida. Nesse sentido, o trabalho da reprodução e do cuidado foram incorporados ao destino *natural* da vida das mulheres, como uma função que lhe cabe em face de uma condição biológica, ocultando-se o fato de que, na realidade, tal função representa um *fazer* que também sustenta o capital. Para esse sistema, a família, ou melhor dizendo, um tipo específico de família, constitui-se em célula mais importante, não sendo desarrazoado concluir que o papel da feminilidade, nesses termos construídos, foi transportado para essa concepção de família.

Quando se pensa em termos de patriarcado, esse pacto ficcional dentro do qual o destino dos corpos femininos confunde-se com o de gerar vidas e desempenhar o serviço doméstico, fica ainda mais claro. E ainda que se tenha em mente que a implementação das democracias no mundo, após a guerra fria, deu-se sob os valores de liberdade, igualdade e fraternidade, essa apropriação da condição da mulher e de sua sexualidade como instrumento constitutivo da família e da sociedade não foi superada. Não à toa, crescentes são os ataques aos direitos sexuais e reprodutivos nos Estados governados hoje pela extrema direita, de que são exemplo o direito ao aborto e a restrição do aborto legal (OLIVEIRA, 2022).

Ao fazer prevalecer a tutela da família, aplicando esse conceito a situações surgidas a partir de relações sexuais havidas com menores de 14 anos (cujo consentimento é questionável), sob o argumento de preservação da relação afetiva entre réu e vítima e um suposto interesse patrimonial da criança (nos casos em que essas existam), os precedentes judiciais contribuem para reafirmar

¹¹Nesse sentido ver a dissertação de mestrado de Hinayana Leão Motta Gomes. *Significados das figuras parentais, feminina, do outro e com a própria sexualidade vivenciados por detentos condenados por estupro de crianças*. Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica de Goiás Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Psicologia Mestrado em Psicologia. Goiânia/GO, 2005, p.

¹²Fazemos aqui a ressalva para a importância de tratarmos esses corpos de forma abrangente através do uso da expressão “pessoas que gestam” incluindo assim pessoas não binárias e homens trans, pessoas com útero capazes de gestar.

essa ideia de família que desconsidera a mulher verdadeiramente como titular de direitos subjetivos e senhora da sua sexualidade.

Veja-se que em 1995 o Brasil ratificou a convenção de Viena (1993) reconhecendo as mulheres como detentoras de direitos humanos e destacando a importância de salvaguarda aos direitos sexuais e essa expressão aparece em diversas convenções relacionada aos direitos reprodutivos, havendo a ressalva de parte da doutrina para a importância de serem tratados também como **direitos individuais e indivisíveis** posto que capazes de destacar a importância da proteção ao desenvolvimento de uma sexualidade saudável e do reconhecimento da proteção da identidade de gênero (GOMES, 2021). Nesse sentido:

Em 1993, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Viena, deu origem à Declaração e ao Programa de Ação de Viena. Ao tratar da temática da sexualidade, dispõe que “A violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e devem ser eliminadas” (parágrafo 18), ressalta a necessidade de “eliminar todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres” e inclui atos de caráter sexual, como “estupros sistemáticos, escravidão sexual e gravidez forçada” em conflito armado, como “violações de princípios fundamentais dos instrumentos internacionais de direitos humanos e do direito humanitário” (parágrafo 38). Além de abordar direitos das mulheres, determina que “A exploração e o abuso de crianças devem ser ativamente combatidos, atacando-se suas causas” e busca combater “a prostituição infantil, a pornografia infantil e outras formas de abuso sexual” (parágrafo 48). (GOMES, 2021)

O processo de se reconhecer a importância desses direitos passa, portanto, pela necessidade de se encarar a sexualidade como algo para além do abusivo ou do santificado, escondido no interior dos casamentos heterossexuais e no exercício da reprodução; em verdade a sexualidade passa a ser vista como um direito individual e como todo direito deve ser livre de opressões.

Por outro lado, é importante que se advirta acerca dos inúmeros esforços e de uma consolidada doutrina de Direito Civil, hoje, que questiona essa concepção patrimonialista e patriarcal de família, na qual não há e não pode haver lugar para a mulher funcionalizada, submissa e submetida, ainda criança, a um destino imposto a partir de um ato sexual havido com um adulto. A família desse ato resultante dificilmente pode ser caracterizada como “um espaço de realização pessoal afetiva, nos quais os interesses patrimoniais perderam seu principal papel de protagonista” (LOBO: 2017, p. 23).

É nesse contexto histórico, social e doutrinário que se dá a alteração do Código Penal por meio da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2019.

No que diz respeito ao caso analisado no AGARESP nº 2405738/MG não se desconhece a inexistência, a par do que constava dos autos judiciais, de uma violência física, praticada contra a menor, tampouco que a situação ali apontada possui circunstâncias que não são exatamente idênticas às do RE 1.480.88, especialmente em relação a idade do réu e da vítima ao iniciar o relacionamento. Tampouco que, em determinadas circunstâncias o comportamento, idade e características do réu podem se apresentar como atenuantes da conduta adotada e geraram um certo desconforto diante da pena mínima a ser aplicada.

Mas não se pode deixar de considerar que essas circunstâncias não poderiam, sem um maior aprofundamento das razões legislativas que motivaram o atual tratamento da matéria, ser consideradas suficientes para afastar a tipificação do crime tal como hoje previsto no Código Penal e que afastar essa tipificação traz consequências práticas que o legislador quis superar.

A exposição de motivos do referido aparato legal já deixa entrever a necessidade de superação de um contexto histórico anterior, característico de uma época de exercício autoritário do poder (o Código Penal brasileiro foi promulgado em 1940)¹³. No nosso atual estágio, não faz

¹³ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaoodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 10 abr. 2024.

mais sentido correlacionar a salvaguarda dos direitos sexuais da mulher à questões de honra (virgindade, mulher honesta), do mesmo modo, os crimes sexuais não devem ser assim denominados por não representarem mais, simbolicamente as violações ao costume, mas como uma violação a um direito subjetivo capaz de afetar a construção da vida e a sua dignidade.

Por fim, não se pode deixar de apontar que a cultura do estupro está presente na realidade brasileira desde a fundação do país, quando o colonizador europeu dispunha dos corpos das mulheres e meninas dos nossos povos originários e das pessoas escravizadas trazidas de África como sua propriedade, corpos passíveis de escravização, apropriação e expropriação. O entranhamento dessa cultura, que existe em maior ou menor grau nas mais diversas localidades do país, dificilmente é rompida sem um forte movimento político-social e sem o amparo legislativo dos representantes da sociedade no parlamento.

Portanto, afastar a regra legal atualmente vigente, a partir da técnica da ponderação, invocando-se o princípio que tutela a família, da forma como foi efetuada no AGARESP nº 2405738/MG e em decisões similares, não parece ser um caminho a ser trilhado, seja em face das suas consequências para o tecido social, seja diante da boa técnica de aplicação e resolução de conflitos entre direitos fundamentais ou interesses juridicamente protegidos.

O julgamento proferido no RE nº 1979739-MT é ilustrativo de que o âmbito de proteção do direito à família, tal como definido hoje pela Constituição, **não abrange a conduta de manter relações sexuais com meninas menores de 14 anos**, por todos os argumentos ali elencados e, especialmente, pelas consequências pessoais para a vida e o futuro dessas crianças¹⁴. Dessa forma, apenas um princípio incidiria sobre esse caso concreto que é o que tutela a infância e a dignidade sexual das vítimas e que foi efetivamente concretizado pelo legislador.

7. CONCLUSÕES

- 1) o artigo 217-A concretizou o princípio da proteção à infância e à dignidade sexual das menores de 14 anos, à luz de circunstâncias históricas e políticas vigentes no momento em que editado;
- 2) o legislador há de ser considerado um concretizador privilegiado das normas definidoras de direitos fundamentais ou de interesses juridicamente protegidos;
- 3) na técnica da ponderação, o princípio concretizado pela lei há de ser considerado como prevalente numa determinada situação concreta (*in dubio pro legislatore*);
- 4) nos casos analisados não se pode invocar a tutela da família, prevista no artigo 216 da constituição federal para afastar a tipicidade das condutas praticadas, uma vez que as situações concretas não se inserem no âmbito de proteção da norma constitucional;
- 5) Tal princípio, portanto, não é apto a ser invocado para afastar a aplicação do artigo 217-A, o qual concretiza o princípio da proteção à infância e a dignidade sexual da vítima, não sendo sequer necessária a adoção nesses termos da técnica da ponderação, em face do afirmado no item 4 deste artigo.

REFERÊNCIAS

¹⁴ O âmbito de proteção de um determinado direito fundamental pode ser definido como aquele dentro do qual determinado bem é considerado protegido, mas, mesmo dentro desse âmbito, podem intervir medidas desvantajosas ou restrições decorrentes de outros direitos igualmente protegidos relevantes para o caso concreto, de forma que, ao cabo do procedimento de ponderação, tem-se um efetivo âmbito de *garantia*, o qual, por sua vez, “é o domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita” (CANOTILHO: 2004, p.199).

- ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004b.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2389611/MG. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal. 12 de março de 2024, DJe 10 de abril de 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2405738/MG. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Distrito Federal. 24 de outubro de 2023, DJe 30 de outubro de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1979739/MT. Relator: Ministra Laurita Vaz. Distrito Federal. 17 de agosto de 2023, DJe 21 de agosto de 2023
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.977.165-PI. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Distrito Federal. 26 de agosto de 2015, DJe 10 de setembro de 2015.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e Direito privado. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FEDERICI, Silvia. **O calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante. 2017
- GARCÍA AMADO, Juan Antõnio. Ductibilidad del derecho o exaltación del juiz? Defensa de ley frente a (otros) valores y principios. **Escritos sobre filosofia del Derecho**, Santa-Fé de Bogotá, 1999. Disponível em: <www.geocities.com/jagamado>. Acesso em: 04 abr. 2006.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais, **Revista Direito GV**, São Paulo, V. 17, N. 3, set./dez. 2021, e2136.
- GOMES, Hinayana Leão Motta. **Significados das figuras parentais, feminina, do outro e com a própria sexualidade vivenciados por detentos condenados por estupro de crianças**. Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica de Goiás Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Psicologia Mestrado em Psicologia. Goiania/GO. Disponível em: <https://tede2.pucgoias.edu.br/bitstream/tede/1851/1/Hinayana%20Leao%20Motta%20Gomes.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Introdução: Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para uma teoría de la argumentación jurídica**. Tradução: Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, [S. l.], n. 17-18, p. 271-302, 1995.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Dimensões e perspectivas da eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional**. 2003. 381 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília-Unb, Brasília.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Cia das letras, 2009.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTINS, Joyce Miranda Leão. Neoconservadorismo na América Latina: o ataque aos direitos sexuais e reprodutivos como elemento de erosão democrática, **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 37, p. 1-8, 2022.
- OLIVEIRA, Patrícia do Amaral G. Oliveira. **Aborto Legal no Brasil: políticas antidemocráticas, Direitos Humanos e lutas por autonomias reprodutivas**. 122f. Dissertação

de Mestrado - Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos (UFPE/PPGDH), 2022.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.63-102.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. **La ponderación de bienes e intereses em el Derecho Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.