

AJES - FACULDADE DO NORTE DE MATO GROSSO
BACHARELADO EM DIREITO

NOILVES TEIXEIRA DA SILVA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Guarantã do Norte/MT

2023

AJES - FACULDADE DO NORTE DE MATO GROSSO – AJES

NOILVES TEIXEIRA DA SILVA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade Ajes- Faculdade do Norte de Mato Grosso, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Luís Fernando Moraes de Mello

Guarantã do Norte/MT

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Prof. Romualdo Duarte Gomes

AJES – Faculdade do Norte de Mato Grosso – Guarantã do Norte - MT

S586e Silva, Noilves Teixeira da.
Estupro de vulnerável. / Noilves Teixeira da Silva – Guarantã do Norte - MT.
77 f.; il. 30 cm.

Orientador prof. Me. Luiz Fernando Moraes de Mello.
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito – AJES - Faculdade do Norte de Mato Grosso – Guarantã do Norte - MT, 2023.

1. Direito civil. 2. Dignidade sexual. 3. Estupro de vulnerável. 4. Relativização da vulnerabilidade. I. MELLO, Luiz Fernando Moraes de. II. AJES - Faculdade do Norte de Mato Grosso - MT. III. Título.

CDU 615.82

Bibliotecário Responsável: Amândio Rabelo de Souza – CRB1/MS - 3199

AJES - FACULDADE DO NORTE DE MATO GROSSO

BACHARELADO EM DIREITO

Linha de Pesquisa: Direito Penal

SILVA, Noilves Texeira da. **Estupro de vulnerável** Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) AJES– Faculdade do Norte de Mato Grosso, Guarantã do Norte-MT, 2023.

Data da defesa: 12/07/2023

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Professor Mestre Luís Fernando Moraes de Mello

Membro Titular: Professor Márcio Bonini Notari

Membro Titular: Professor Cláudio Silveira Maia

Local: Faculdade do Norte de Mato Grosso – AJES

Guarantã do Norte-MT

DECLARAÇÃO DO AUTOR

Eu, Noilves Teixeira da Silva, portadora da Cédula de Identidade – RG nº 22.180.802 SSP/SP, e inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda- CPF sob nº 112.912.268-93, DECLARO E AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica, didática ou técnico- científica, que este trabalho de Conclusão de Curso, intitulado ESTUPRO DE VULNERÁVEL, pode ser parcialmente utilizado, desde que se faça referência à fonte e ao autor.

Autorizo, ainda, a sua publicação pela Ajes, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e ao autor.

Guarantã do Norte, 12 de julho de 2023

Noilves Teixeira da Silva

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a DEUS; sem ELE eu não teria capacidade para desenvolver este trabalho. A minha neta Júlia, por proporcionar imensa alegria nesta trajetória.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida, pelos dons que me deu nesta existência, que serviram na realização deste projeto e por me ajudar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo do curso.

Aos meus filhos Renan, Luan e Ian, que estiveram acompanhando todo o processo, nos momentos difíceis, compreendendo a minha ausência por dedicar-me à realização deste trabalho.

Ao meu orientador professor Luiz Fernando Moraes de Mello, pela participação fundamental no trabalho, com todo seu conhecimento e dedicação, sem o qual não teria conseguido concluir esta difícil tarefa.

Aos professores Cláudio Silveira Maia e Márcio Bonini Notari, pela participação na Banca de Defesa Pública de Trabalho de Conclusão de Curso.

Aos professores em geral, pelos ensinamentos que me permitiram apresentar um melhor desempenho no meu processo de formação profissional ao longo do curso. E por todos os conselhos, pela ajuda e pela paciência com a qual guiaram o meu aprendizado.

Ao Sr. Amândio, nosso bibliotecário que sempre esteve colaborando com os acadêmicos com seu apoio e amizade, atendimento espontâneo e alegre.

A todos que participaram, direta ou indiretamente do desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, enriquecendo o meu processo de aprendizado.

Às pessoas, com quem convivi ao longo desses anos de curso, que de alguma forma tiveram impacto na minha formação acadêmica.

Aos que não acreditaram na minha capacidade, obrigado por me dar um motivo a mais para prosseguir, cada vez mais confiante, focada e determinada.

À Instituição de Ensino Ajes- Faculdade do Norte de Mato Grosso, essencial no meu processo de formação profissional, pela dedicação, e por tudo o que aprendi ao longo dos anos do curso.

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

(Constituição Federal, art. 133)

RESUMO

A presente monografia trata do novo tipo penal estupro de vulnerável, consagrado com o advento da Lei 12.015/2009, que contempla em um mesmo artigo, o estupro Art. 213 e o atentado violento ao pudor Art. 214 do Código Penal brasileiro. A unificação desses dois artigos passa a um só com intuito de reforçar a proteção à dignidade sexual Art. 217- A, ter conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos (caput), ou com pessoa que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento, ou não possa oferecer resistência (§ 1º). Nesse contexto, se faz necessário a abordagem do novo tipo penal que vem causando discussão doutrinária e jurisprudencial face as características concernentes a vulnerabilidade se esta seria relativa ou absoluta. Permanecendo as discussões acerca da relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, após, tomando novo rumo com a decisão da súmula 593 do STJ. No entanto, há julgados que resultam em vulnerabilidade relativa, por questões que ensejam aplicabilidade em conformidade ao caso. Mas, no entendimento, a vulnerabilidade é absoluta.

Palavras- Chave: Dignidade Sexual. Estupro de Vulnerável. Relativização da Vulnerabilidade

ABSTRACT

This monograph deals with the new criminal type rape of vulnerable, enshrined with the advent of Law 12.015/2009, which contemplates in the same article, the rape Art. 213 and the violent assault on indecency Art. 214 of the Brazilian Penal Code. The unification of these two articles becomes one in order to reinforce the protection of sexual dignity Art. 217- A, having carnal intercourse or any libidinous act with a minor under 14 years of age (caput), or with a person who, due to illness or mental deficiency, does not have the necessary discernment, or cannot offer resistance (§1). In this context, it is necessary to approach the new criminal type that has been causing doctrinal and jurisprudential discussion in view of the characteristics concerning vulnerability, whether it would be relative or absolute. Continuing discussions about the relativization of vulnerability in the crime of rape of vulnerable, after, taking a new course with the decision of summary 593 of the STJ. However, there are judgments that result in relative vulnerability, for reasons that entail applicability in accordance with the case. But in understanding, vulnerability is absolute.

Keywords: Sexual Dignity. Rape of Vulnerable. Relativization of Vulnerability

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1.DOS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL E AS VULNERABILIDADES NO TIPO PENAL DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	8
1.1 Da dignidade sexual	8
1.2 Do estupro de vulnerável	10
1.3 Elementos do crime de estupro de vulnerável	14
1.4 Os vulneráveis e as vítimas do crime	17
1.5 Dos outros vulneráveis do tipo penal	18
1.6 Estupro de vulnerável e suas particularidades	22
1.7 Do reconhecimento do crime de estupro de vulnerável	25
1.8 Da Vulnerabilidade	27
2. DA VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	33
2.1 Da presunção da violência e a vulnerabilidade no tipo penal estupro de vulnerável	33
2.2 Da vulnerabilidade absoluta e relativa	38
3. DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE	43
3.1 Da relativização da vulnerabilidade quanto às vítimas no crime de estupro de vulnerável	43
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O exposto trabalho visa ao estudo do crime de estupro de vulnerável, tipo penal introduzido no ordenamento jurídico pela Lei Federal nº. 12.015/2009, através da inclusão do artigo 217-A no Código Penal brasileiro. Serão apresentadas considerações pertinentes ao tipo penal e o ponto de vista de alguns doutrinadores demonstrando o sentido da palavra vulnerável, bem como discutir a constitucionalidade pertinente no conceito de vulnerabilidade prevista para menores de quatorze anos e demais vulneráveis. O problema de pesquisa tem base na seguinte interrogante científica: A vulnerabilidade no tipo penal de estupro de vulnerável é relativa ou absoluta? Pretende-se, ao final, demonstrar que não obstante o dispositivo em análise tem sido muito frequente e envolve direitos de crianças e adolescentes, o que torna o exame minucioso e detalhado sobre o tema específico, envolvendo a investigação, a avaliação e a compreensão profunda dos diferentes aspectos relacionados a ele.

A hipótese defendida é a de que com o intuito de garantir constitucionalidade ao artigo 217-A do Código Penal brasileiro, é necessário conferir caráter *juris tantum* (presunção relativa) à vulnerabilidade do menor de quatorze anos e maior de doze anos. Essa posição é defendida por Guilherme de Souza Nucci em sua obra “Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009”.

Objetivo geral é analisar o conceito por ângulos relacionados as violências, abusos, exploração e crimes ligados a dignidade sexual, com uma breve reflexão sobre o aumento de registros do referido delito no País, e as considerações no conceito doutrinário, jurisprudência num viés de interpretação da lei penal ao contexto abordado. O objetivo específico é investigar a legislação penal referente aos crimes contra dignidade sexual, o princípio da dignidade da pessoa humana, observando o levantamento de dados sobre violências sexuais contra crianças e adolescentes no Brasil, discutir sobre os diferentes reflexos da tipificação do artigo 217-A no Direito Penal brasileiro e algumas considerações de correntes doutrinárias, bem como jurisprudências, um viés de interpretação da lei penal; apontar os critérios básicos da Justiça sobre considerar as vulnerabilidades no tipo penal estupro de vulnerável.

Para detalhar os procedimentos a serem adotados durante a pesquisa, optou-se, como metodologia, pelo estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, textos em sites eletrônicos, periódicos, artigos jurídicos e outros pertinentes ao contexto do direito, garantindo maior embasamento para a hipótese estruturada. Tendo como

principal base teórica: Cezar Roberto Bittencourt; Fernando Capez; Guilherme de Souza Nucci; Bruno Ricardo Bérghamo Florentino e Rogério Greco.

Além disso, através da pesquisa qualitativa e bibliografia complementar, efetuou-se o estudo das diversas correntes sobre a relativização da vulnerabilidade, o que permitiu a estruturação teórica que fundamentou a hipótese. Também, investigou-se a legislação aplicável ao tipo penal em estudo, o que possibilitou o conhecimento do procedimento aplicável a este instituto. Importante considerar o arcabouço legal que inclui não apenas a Constituição da República como também tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A justificativa do presente trabalho, é realizar uma pesquisa aprofundada sobre o caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. O objetivo é explorar e analisar as diferentes perspectivas e interpretações jurídicas relacionadas à vulnerabilidade, considerando os debates doutrinários e jurisprudenciais existentes. A pesquisa busca fornecer uma compreensão clara e abrangente sobre essa questão, contribuindo para o desenvolvimento do conhecimento jurídico nessa área específica e oferecendo subsídios para uma aplicação adequada e coerente da legislação pertinente.

A referida pesquisa busca aprimorar o estudo com o intuito de proporcionar à Ciência do Direito uma interpretação da vulnerabilidade com a moderna doutrina penal-constitucional, observando as teorias doutrinárias, o posicionamento da jurisprudência pátria e o confronto com a realidade social brasileira. Levando em consideração a matéria em discussão, o posicionamento definitivo acerca do tema, no que diz respeito aos debates e posicionamentos divergentes neste campo, encontrou julgados com maior ênfase na relativização da vulnerabilidade. O presente trabalho tem por objeto de estudo o tipo penal estupro de vulnerável.

A presente monografia será composta de três capítulos. Em seu primeiro capítulo abordará a dignidade da pessoa humana com ênfase na dignidade sexual, uma breve análise histórica do tema, os aspectos conceituais dos institutos jurídicos em exame, a análise dos elementos constitutivos do tipo penal, sendo a vulnerabilidade no tipo penal estupro de vulnerável como problema.

Ao segundo capítulo decorrerá sobre os apontamentos dos aspectos mais importantes até agora apontados pela doutrina com relação ao artigo 217-A do Código Penal brasileiro, com maior abordagem ao conceito de vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa.

Por fim, no terceiro e último capítulo será analisada a relativização da vulnerabilidade como condição para conferir constitucionalidade do delito de estupro de vulnerável, conforme posicionamento até então adotado por alguns doutrinadores e análise Jurisprudencial.

1.DOS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL E AS VULNERABILIDADES NO TIPO PENAL DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

1.1 Da dignidade sexual

A Lei 12.015/2009, altera o Título VI da parte especial do Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal brasileiro, ao qual trata os delitos relacionados à dignidade sexual e à liberdade sexual. Alteração esta que ampliou e tem maior alcance em relação a vítima de estupro. Essa ampliação, ou seja, o fortalecimento para a punição em casos de estupro assegura que qualquer pessoa pode ser a vítima do tipo penal. Importante destacar que a tutela da dignidade sexual, com o advento da nova lei tornou-se a base da proteção.

Ao Judiciário cabe interpretar a lei, criticá-la até, porém não se pode deixar de cumprí-la, a pretexto de não ser a norma ideal. Cabe ainda, deixá-la de aplicá-la se ofender a Constituição Federal. Assim não sendo, respeita-se o fruto do legislativo. Atentemo-nos a esclarecer que o Art. 214 do Código Penal brasileiro não foi revogado, como extinção do delito de atentado violento ao pudor. O que ocorreu foi que com a nova lei provocou a integração de dois crimes em uma única figura delitiva.

Na atualidade, essa designação para esse tipo de crime perdeu sua relevância, uma vez que o foco é proteger não mais os costumes, mas sim a liberdade sexual do indivíduo e, por consequência, sua dignidade humana.

O legislador deve se preocupar, conforme estabelecido pela Constituição Federal de 1988, com a proteção da dignidade da pessoa humana, em vez de regular os hábitos sexuais que os membros da sociedade possam escolher livremente, desde que não haja constrangimento ou violação dos direitos alheios, mesmo que esses hábitos sejam considerados imorais ou inadequados por algumas pessoas.

A dignidade sexual é apenas uma espécie da dignidade da pessoa humana, que constitui o bem maior elencado no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Fica explícita a importância, o respeito à dignidade sexual. Dado que esse princípio proporciona maior proteção, dado valor ao bem jurídico, tornando um valor fundamental dentro do sistema legal brasileiro. Torna-se inadequado, em nosso entendimento contemporâneo interpretar que a dignidade sexual esteja atrelada a uma perspectiva moralista, conservadora e até mesmo

religiosa. Pois, a noção de dignidade da pessoa humana envolve um dever de respeito, proteção e intocabilidade. Embora o Estado Democrático de Direito a considere como valor jurídico fundamental, ela é violada constantemente, o que coloca os pilares do Estado em risco, pois, é inconcebível que em pleno século XXI nos deparamos com a desconsideração desse valor intrínseco ao ser humano. Retrata-se aqui o caráter de relativização aplicado ao princípio da dignidade da pessoa humana que não apresenta direito absoluto.

Com o tipo penal presente, a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da dignidade sexual se desloca agora na figura da vulnerabilidade, o qual proíbe que alguém tenha relações sexuais ou pratique atos libidinosos com menores de 14 (quatorze) anos ou com aqueles mencionados no parágrafo 1º do Art. 217- A do Código Penal.

No entendimento de Bittencourt¹, “no caso de um crime sexual cometido contra pessoas vulneráveis, é importante ressaltar que a liberdade sexual não pode ser considerada um bem jurídico protegido, uma vez que a condição de vulnerabilidade impede a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade”.

Entendemos que o Art. 217-A do Código Penal brasileiro, relacionado a criminalização da conduta descrita nele, além de proteger a liberdade sexual de menores de quatorze anos ou pessoas incapazes, assegura a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, que quando adulta pode decidir conscientemente seu comportamento sexual com serenidade e base psicossocial podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, e até sua opção sexual.

Há uma relação de percepção do que representa a dimensão sexual em relação à capacidade de cada pessoa ao exercer com liberdade e escolha em suas próprias convicções.

Em nossa Constituição Federal, além dos valores supremos: a justiça, a solidariedade, a igualdade, a Carta destaca a necessidade do reconhecimento da dignidade da pessoa, pela garantia e exercício dos direitos humanos. Há uma especial referência em relação à igualdade e à justiça, uma vez que o princípio da igualdade tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana, todo os seres humanos são dignos de proteção e consideração. São conferidos a todos os direitos fundamentais, isto é o seu alicerce no qual o Estado brasileiro se pautará no seu agir.

¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública (arts. 213 a 311- A) - v 4. – 17. Ed.rev., e atual – São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 65. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553626706> Acesso em: 29 abr. 2023.

Para Alexandre de Moraes² “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.

Não restam dúvidas que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o núcleo de toda a ação estatal, já que o Estado tem como desígnio proporcionar o bem comum, que é a promoção da dignidade humana. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda Constituição Federal, funciona como instrumento norteador de como devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas outras normas e princípios. Mas ainda, singulariza-se como qualidade incorporada da condição humana, exigindo reconhecimento e tutela.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12/1948 e assinada pelo Brasil, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. Já a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança³, mais precisamente em seu artigo 19, é peremptório ao impor ao Estado a adoção de medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de abuso:

Art. 19, I. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

O Estado, no que diz respeito a dignidade da pessoa humana, a tem como um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, assim como lhe garantir as condições

² MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. p. 47. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597026825> Acesso em 29 abr. 2023.

³ UNICEF. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em 11 jul.2023.

existenciais mínimas para uma vida saudável, propiciando sua participação ativa e corresponsável em sua própria existência e com os demais seres humanos.

Neste sentido afirma-se que a denominação mais apropriada ao Título VI do Código Penal brasileiro seria: “Dos crimes contra a dignidade sexual”, expressão esta que designa a parte do ordenamento jurídico que abrange os delitos relacionados à violação da dignidade sexual das pessoas. Cabe salientar que a Lei nº 12.015/2009 foi criada com o objetivo de estabelecer o tipo penal de estupro de vulnerável, eliminando a possibilidade de decisões por interpretações com mais de um sentido ou significado, como verifica-se no art. 217- A do aludido Capítulo II- “Dos crimes contra vulnerável”.

O entendimento extraído do art. 227, caput, da Constituição Federal, estabeleceu o princípio da proteção integral, que dispõe que é dever de todos assegurar à criança e ao adolescente seus direitos, inclusive a dignidade, punição severa que está contida em seu parágrafo 4º. Justificação esta da proposta embasada na função protetiva exercida pelo direito penal, função essa que se faz necessária para resguardar os bens jurídicos mais caros à sociedade.

Compreende-se com o referido artigo que o Estado foi obrigado a ter um olhar voltado a essa área, realizando com a família, sociedade e Estado atenção principal, objetivando desenvolver proteções específicas e priorizar a proteção absoluta da criança e adolescente.

Não há o direito à liberdade sem os demais direitos assegurados que expressam a noção da dignidade, o que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948, já prevê como marco da reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra de 1945.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana se revela também pela importância no seu papel de proteção e promoção. Quando de ofensas à dignidade, o mais importante é impedir que tais violações ocorram, incluindo a proteção da dignidade sexual como um bem jurídico penalmente tutelado.

A dignidade sexual, bem jurídico tutelado das vítimas vulneráveis, é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, objeto jurídico de todos os crimes contra dignidade sexual o qual se dá o entendimento que o indivíduo tem direito de escolher com quem deseja ter o relacionamento sexual, desde que seja plenamente capaz.

1.2 Do estupro de vulnerável

O Direito Penal deve estar sempre ativo e em movimento, sempre se adequando ao momento ao qual a norma incriminadora é chamada a resolver conflitos, em último recurso e respeitando os valores e garantias que estão previstos na Constituição Federal.

A redação da Lei 12.015/09 concebeu num mesmo dispositivo o crime de estupro e atentado violento ao pudor, como também o reconhecimento de violência sexual, que tem consequências devastadoras para as vítimas, afetando sua saúde física, psicológica e emocional contra qualquer pessoa, independente do sexo.

Anteriormente a Lei nº 12.015/2009, não havia um tipo penal específico que discorresse sobre vulneráveis e, com a referida lei houve a real transformação para o artigo 217-A do Código Penal. A novidade trazida pelo novo dispositivo é que, a vítima necessariamente haverá de ser menor de 14 (quatorze) anos.

Para tanto, fica descrito no novo artigo:

Art. 217- A- “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência; § 2º (vetado); § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”⁴.

Diante do contexto mencionado, o artigo 217-A do Código Penal brasileiro, enfatiza que a violência é um ato desnecessário. O caput do referido artigo apresenta que, para concretização do tipo penal além do ato sexual ocorre também pelo ato libidinoso com as pessoas tidas como vulneráveis. Logo, o estupro de vulnerável é um crime grave e repugnante cometido contra pessoas indefesas, que não demonstram consentimento sob o ato.

Conforme mencionado no referido artigo, configura-se como estupro de vulnerável a prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menores de quatorze anos de idade. Para aqueles que descumprirem a lei, será proferida uma pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, quando na forma simples. A mesma lei, em seu parágrafo 1º, pune com a mesma pena do caput, aqueles que praticarem atos libidinosos contra pessoas portadoras de enfermidades ou deficiência mental, sem discernimento para a prática do ato ou que estejam

⁴ BRASIL. Alteração do título VI da parte especial do Código Penal, em 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 20 de março de 2023.

impossibilitadas por qualquer outra causa de não puderem oferecer resistência. O parágrafo 2º foi vetado, e em seu parágrafo 3º há uma qualificadora a qual se resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. No parágrafo 4º, se resultar em morte, pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Vale registrar que com a chegada da Lei 13.718/2018, ocorreu o acréscimo do parágrafo 5º ao referido artigo, em que em sua redação trata das penas previstas no caput e nos parágrafos 1º, 3º e 4º em que se aplicam as penas previstas independentemente do consentimento da vítima ou se a mesma já tenha mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Existem fatores dispostos no Código Penal⁵ brasileiro, em seu artigo 234-A, capazes de aumentar a pena, são as agravantes para o crime de estupro: Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título, a pena é aumentada de acordo com as circunstâncias: I – (VETADO); II – (VETADO); III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV- de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Tendo em vista este tipo de crime e quem são as suas vítimas, anualmente o Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁶ traz o levantamento, separando os dados sobre o crime de estupro de vulnerável e da situação de segurança no país: “Conforme as informações obtidas neste documento, a preocupação com o referido delito está sendo detectada com maior ênfase desde o ano de 2019. As informações obtidas em relação a característica do criminoso, pontua como sendo: homem 95,4%; conhecido da vítima 82,5% e 40,8% eram pais ou padrastos; 37,2% irmãos, primos ou outro parente e 8,7% avós. Em relação ao local do ocorrido 76,5% dos estupros acontecem dentro de casa”.

Os dados obtidos no Anuário⁷, sobre o tipo penal em estudo demonstra: “um aumento no período correspondente entre 2020 e 2021, um acréscimo de 177 novos casos de estupro; 2.567 novos casos de crime de estupro de vulnerável, sendo desses o equivalente a 61,3% das vítimas contra meninas menores de 13 anos”.

Embora os dados apresentados constituem um percentual de 85,5% para meninas, há registros de meninos estuprados tendo um aumento até os 6 (seis) anos de idade. Porém, é

⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso 03 abr. 2023.

⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública- Violência sexual infantil, os dados estão aqui, para quem quiser ver. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5> (p.248) Acesso em: 03 abr. 2023. p.248

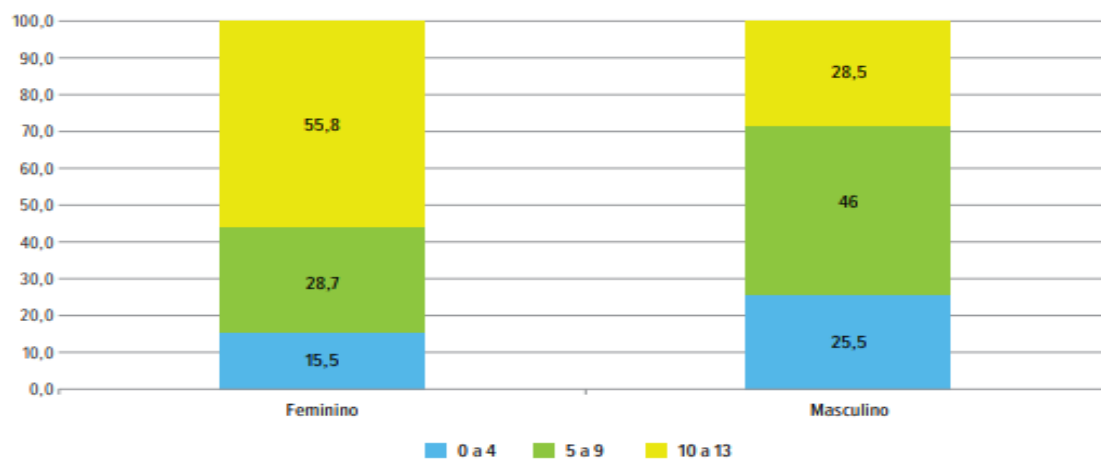
⁷ Ibid., p. 248

relevante destacar que há um número menor de denúncias por parte dos mesmos por constrangimento⁸.

Conforme disposto no gráfico 60⁹ do referido Anuário, “a maior concentração de casos de estupro é de meninas com idade entre 10 e 13 anos, tendo um total de 55,8%, enquanto que para os meninos é de 28,5%. Portanto, fica constatado com dados reais da recente pesquisa que, em suma a maior parte dos crimes de estupro, hoje no Brasil, são cometidos a vulneráveis, esse crime responde por 75,5% de todos os casos de estupro no país em 2021. Ao analisar as taxas de faixa etária, tem se um cenário em que são as crianças entre 5 e 9 anos e os pré-adolescentes, entre 10 e 14 anos, as vítimas de estupro no país”.

GRÁFICO 60¹⁰

Faixa etária das crianças e adolescentes vítimas de estupro de vulnerável (até 13 anos), por sexo Brasil, 2021



Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Observatório de Análise Criminal / NAT / MPAC; Coordenadoria de Informações Estatísticas e Análises Criminais - COINE/RN; Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP); Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Fonte: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/violencia-sexual-infantil-os-dados-estao-aqui-para-quem-quiser-ver/> Acesso em: 12 mai. 2023.

Resultados esses que apresentam crescimento nos registros no tipo penal referido e aumentam a preocupação com a segurança e estabilidade dessa população específica e de risco. O que se trata aqui é de um tipo de violência que tem como maior foco, principalmente crianças e que geralmente, na maioria dos casos, o autor do tipo penal é alguém conhecido ou até mesmo da própria família.

1.3 Elementos do crime de estupro de vulnerável

⁸ Ibid., p.250

⁹ Ibid., gráfico 60, p.251

¹⁰ Ibid., p. 251

Quando tratamos da liberdade sexual no crime de estupro, estamos nos referindo ao direito que cada um tem quanto ao uso de seu corpo e escolha de parceiro sexual. Para o tipo penal, a pessoa constrangida é o objeto material e a liberdade sexual o objeto jurídico. A conduta criminosa do agente, constata os fatos necessários para a identificação do tipo penal.

No caso de estupro (art. 213, do CP), o elemento objetivo se caracteriza pela prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso propriamente dito. O elemento subjetivo é o dolo específico, que se manifesta quando se apresenta a conjugação dos aspectos intelectivos e volitivos do agente na sua conduta, ou seja, requer que o autor do crime tenha consciência sobre a prática da conduta ilícita, apresente intenção de satisfazer um desejo sexual.

Capez¹¹ nos traz as seguintes conceituações:

Conjunção carnal: é a cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina. Ato libidinoso compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal). Pode-se afirmar que o ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere ao ato, ou seja, realização física concreta.

O autor complementa que, o ato libidinoso pode ocorrer mesmo sem o contato direto dos órgãos sexuais. Um dos exemplos é quando o agente pratica a masturbação da vítima, ou outra conduta, pois, basta a intenção do agente em satisfazer o desejo sexual interno para que configure o ato libidinoso.

Do ponto de vista do autor, o crime apresenta ampla variedade de condutas, que vão desde o beijo lascivo até o coito anal. No caso da hipótese do art. 213, do Código Penal brasileiro, não considera atípica sob a alegação de violação ao princípio da proporcionalidade. Isso se deve ao fato que a intensidade da punição para delitos sexuais violentos ser um critério discricionário estabelecido pelo legislador, com base na política criminal de repressão a tais crimes de forma mais severa. Por esse sentido entende-se que não há violação ao princípio da dignidade humana, mas, pelo contrário, é justamente esse princípio que é defendido ao punir de forma mais rigorosa tais manifestações ou perversões.

A controvérsia reside na definição do que constitui um ato libidinoso e na análise de se este foi praticado com violência ou grave ameaça. Importante destacar que trata de crime de

¹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal Volume 3- Parte Especial: Arts. 213 A 359- H. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553624702> Acesso em: 09 jul. 2023. p. 20

natureza subjetiva, no qual a vontade do agente de satisfazer seus desejos sexuais é essencial, e que a interpretação e aplicação dessa lei visam a proteção da dignidade humana e a repressão de delitos sexuais violentos.

Na atualidade, a mulher tem direito à inviolabilidade de seu corpo, de forma que jamais poderão ser empregados meios ilícitos, como a violência ou grave ameaça, para constrangê-la à prática de qualquer ato sexual.

O simples fato da vítima ser menor de 14 anos e a escolha consciente de engajar-se em conjunção carnal ou ato libidinoso já são elementos que caracterizam o tipo penal estupro de vulnerável.

No tipo penal estupro de vulnerável o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, admitindo-se coautoria e participação de terceiros. Já o sujeito passivo é a pessoa do vulnerável ou a ela equiparada (enfermo, deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência). O objeto material é a pessoa vulnerável. É crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente. Admite tentativa.

O elemento objetivo do tipo estão nos verbos ter ou praticar; ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos (incapaz de dar consentimento sexual), com alguém enfermo (doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o necessário (indispensável) discernimento (capacidade de distinguir e conhecer o que ocorre, critério, juízo) para a prática, bem como alguém que, por outra causa (motivo, razão), não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo).

O elemento subjetivo, é o dolo, caracterizado pela vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com indivíduo nas condições previstas no caput ou no parágrafo 1º do artigo. Não se exige nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais. Trata-se de ação penal pública incondicionada.

No dispositivo atual as condições abordadas referem-se à vulnerabilidade da vítima em vez da presunção de violência. Logo, o termo “estupro de vulnerável” é utilizado para descrever essa situação, enfatizando a proteção das pessoas em condições de vulnerabilidade.

Nucci entende que: “a fim de se desfazer tal equívoco, e, em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência, é que a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual”¹².

O autor defende que a vulnerabilidade do menor de quatorze anos e maior de doze anos deve ser presumida, ou seja, é preciso assumir que eles são vulneráveis até que prove o contrário. Essa presunção relativa visa proteger os adolescentes de situações em que possam ser explorados sexualmente, observando a faixa etária e maturidade emocional.

Essa posição busca evitar questionamentos sobre a capacidade de consentimento do adolescente e reforçar a proteção aos menores de idade. Importante ressaltar que essa é uma interpretação jurídica, a aplicação do referido artigo 217- A do Código Penal brasileiro depende das decisões dos tribunais e do entendimento dos magistrados em cada caso específico.

Em relação à presunção de violência, é importante destacar que a ocorrência de um erro de tipo pode afastar o elemento subjetivo do crime, tornando a conduta atípica. Ou seja, significa que, se o agente tem pleno conhecimento do tipo penal de estupro de vulnerável e, ainda assim, comete o ato sem a devida ciência da situação de vulnerabilidade da vítima, pode ocorrer um erro inescusável e invencível. Nesse caso, a conduta não se enquadraria no crime de estupro de vulnerável.

Vários doutrinadores partilham da mesma opinião, dentre eles: Florentino¹³,

O tipo de elemento subjetivo tem a finalidade de investigar o que motivou o agente a praticar o tipo penal objetivo. Portanto, neste caso, o interesse é avaliar a “vontade” do agente em cometer o crime. Para o mesmo autor, o dolo surge como um elemento subjetivo, capaz de caracterizar se existe a consciência e vontade por parte do sujeito, a realizar o ato descrito como tipo penal objetivo.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/> Acesso em 14 mai. de 2023

¹³ FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérغامo. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes Rev. Psicol., v. 27 – n. 2, p. 139-144, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1984-0292/805> Acesso em 12 mai. 2023.

O momento da consumação do tipo penal se dá com a conjunção carnal ou com a prática de qualquer ato libidinoso e independe de ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual, visto que é admissível a tentativa.

Para o delito em estudo, deve-se observar o que dizem os artigos 226 e 234-A do Código Penal brasileiro, em que pode suceder o concurso das causas de aumento de pena. Nos termos do artigo 68 do Código Penal brasileiro, o juiz pode limitar-se à aplicação de causa que mais aumente, desprezando as demais.

Ao se referir a vítima com idade inferior a 14 anos, Capez apresenta que: “o menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais. Verifique-se que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que, se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217- A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo”¹⁴.

Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça- STJ, aprovou a Súmula 593, que determina: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou a 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”.

¹⁴ Capez, *Ibid.*, p. 35

1.4 Os vulneráveis e as vítimas do crime

Em âmbito internacional a Organização das Nações Unidas - ONU¹⁵, ao criar a Convenção de Direitos da Criança em 20 de novembro 1989, declarou com segurança em seu Art. 1º que todo ser humano com menos de dezoito anos de idade é considerado criança para todos os efeitos de proteção internacional, salvo quando em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

O Art. 2º do Estatuto da Criança e Adolescente- ECA¹⁶, estabelece que “criança, compreende a idade de zero a doze anos incompletos e que a partir dos doze anos até os dezoito anos de idade serão considerados adolescentes. Estes critérios biológicos e etários põem em vigor uma maior proteção a esses seres humanos em formação”.

Considerando o disposto, o que se defende é que o elemento próprio da idade foi definido convencional, ou seja, houve uma repetição da idade estabelecida originariamente no Código Penal brasileiro.

Vale lembrar que a criança e adolescente são indivíduos que possuem uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º do ECA).

Os vulneráveis são aquelas vítimas que se enquadram nas disposições do Código Penal brasileiro, conforme estabelecido no caput do Art. 217-A. Essas vítimas podem ser menores de 14 (quatorze) anos de idade, como dispõe o parágrafo 1º, ou pessoas que possuam alguma enfermidade ou deficiência mental. Além disso, incluem-se as pessoas que não tenham discernimento para consentir em atos libidinosos ou relação sexual, e aquelas que, por qualquer outra causa, se encontram em situação que não podem oferecer resistência

A lei considera que tais indivíduos, devido a idade, não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para o consentimento da realização do ato sexual, sendo considerados os vulneráveis. Não se estipula aqui um parâmetro qualquer em faixa etária, identificando os menores vulneráveis como os menores de 14 (quatorze) anos de idade.

1.5 Dos outros vulneráveis do tipo penal

¹⁵ ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em 22 abr. 2023.

¹⁶ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em 22 abr. 2023.

O Art. 217-A em seu parágrafo 1º, menciona que uma pessoa é considerada como vulnerável, quando possui enfermidade ou deficiência mental, que a impeça de ter a capacidade adequada para discernir, para consentir na prática do ato sexual, bem como em qualquer outra situação em que ela seja incapaz de oferecer resistência. Por um lado, a lei se preocupa em estender especial proteção a esses indivíduos. Por outro lado, o Estado deve agir com cuidados para não intervir prejudicialmente na intimidade de pessoas portadoras de deficiência, pois, muitas vezes, a prática sexual é importante para o seu desenvolvimento pessoal.

Observando por este aspecto, podemos dizer que a nova lei, apresenta um ponto positivo, visto que, a vulnerabilidade foi expressamente relativizada, na medida em que o dispositivo contempla apenas aqueles que não tiverem condições de consentir verdadeiramente para o ato sexual.

Citado por Rogério Greco¹⁷, José Jairo Gomes, dissertando sobre o assunto, com precisão, assevera que “Enfermidade é sinônimo de doença, moléstia, afecção ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a qualquer estado mórbido. Apresentando base anatômica, a doença enseja a alteração da saúde física ou mental. Pode ser provocada por diversos fatores, tais como: carências nutricionais, traumas decorrentes de impactos físico ou emocional, ingestão tóxicos (drogas e álcool), parasitários (por ação de vermes, fungos), infecciosos (por ação de vírus, bacilos, bactérias), degenerativos (inerente ao próprio organismo, como arteriosclerose, tumores e cânceres em geral). Logo, por enfermidade mental deve-se compreender toda doença ou moléstia que comprometa o funcionamento adequado do aparelho mental. Nessa conceituação, devem ser considerados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais. Deficiência, porém, significa a insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por deficiência mental entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico”.

Complementa Rogério Greco¹⁸ em suas definições, “a vítima só será considerada vulnerável se preencher dois critérios: o critério biológico que abrange a presença de enfermidade ou deficiência, e o critério psicológico quanto à falta do indispensável discernimento para a prática do ato. Esse último semelhante ao que se aplica em relação aos inimputáveis, previsto pelo art. 26, caput, do Código Penal”.

¹⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Arts. 213 a 361 do Código Penal. V.3. Disponível: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559774319> Acesso em: 15 abr. 2023. p. 84.

¹⁸ GRECO, op. cit., p. 85

A ausência da capacidade de discernir para a prática do ato, é indispensável como elementar normativa do parágrafo 1º, também precisa ser comprovada pericialmente. Importante observar que a condição em que a pessoa está impossibilitada de compreender plenamente ou de forma adequada o ato sexual, não qualifica, necessariamente, em que essa pessoa seja considerada vulnerável para efeitos penais exigidos para o tipo penal. Torna-se indispensável comprovar, que tal pessoa (vítima) não tem a capacidade de discernir para a prática do ato sexual. É somente através dos aspectos de anormalidade psíquica e incapacidade de discernir sobre o ato libidinoso, que irá configurar a vulnerabilidade penal do enfermo ou deficiente mental.

É importante destacar que pelo simples fato de uma pessoa ser portadora de alguma enfermidade ou deficiência mental não a impede de constituir, formar uma família. É fundamental entender que a proibição legal disposta no Art. 217- A em seu parágrafo 2º não se trata de uma punição ao enfermo ou pessoa com deficiência mental e sim à prática de atos sexuais com vulneráveis.

Carneiro¹⁹ descreve que: “assim como qualquer outro indivíduo, o deficiente mental tem necessidade de expressar seus sentimentos de modo próprio e intransferível. Havendo uma repressão da sexualidade, pode ocasionar a esse indivíduo com deficiência mental, uma alteração em seu equilíbrio interno, o que pode diminuir sua possibilidade de se tornar um ser psiquicamente integral. Como afirmado anteriormente, a sexualidade melhora o desenvolvimento afetivo, proporcionando auto- estima e capacidade de se relacionar socialmente”.

A autora esclarece a importância de reconhecer que a repressão da sexualidade pode afetar negativamente essas pessoas. A sexualidade desempenha um papel fundamental no desenvolvimento afetivo das pessoas, independentemente de sua condição mental. O que se faz necessário promover uma abordagem adequada e inclusiva à essas pessoas, respeitando suas necessidades individuais e garantindo acesso a informações, apoio e educação sexual adequada. Fator importante para promoção do bem estar emocional e seu desenvolvimento social.

¹⁹ CARNEIRO, Ivonete dos Santos. EDUCAÇÃO E PRÁTICA PEDAGÓGICA. IN: A Educação sexual do deficiente intelectual: Estudo, discussão e interação. Disponível em: https://anais.unicentro.br/seped/2010/pdf/resumo_25.pdf Acesso em 14 mai. 2023.

Bittencourt²⁰ complementa: “A eventual deficiência mental, por certo, embora inspire cuidados especiais, não suprime o atributo da sexualidade, pelo contrário, pode, inclusive, aflorar lhes com mais intensidade, especialmente pela dificuldade de controlá-la ou de valorá-la contextualmente. Mas esses cuidados especiais não podem e não devem ficar a cargo do Direito Penal, por exigir conhecimentos especiais e específicos da matéria. Que, a nosso juízo, estariam mais afeitos aos profissionais especializados, tais como psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, terapeutas etc”.

Nesse ponto, o referido autor apresenta questionamentos em relação ao portador de enfermidade ou deficiência mental, se estas estariam impedidas de seu direito a sexualidade?

Caso em que se faz necessário cuidados e maiores cautelas, pois, não há impedimento conforme texto legal. O que podemos admitir é que tais relacionamentos afetivo ou amoroso, ocorrem não nas mesmas circunstâncias que os demais. Não podemos ignorar o direito à sexualidade dos portadores de enfermidade ou deficiência mental, pois, esses indivíduos têm o mesmo direito de expressar sua sexualidade de forma saudável, segura e consensual, assim como as demais pessoas.

Podemos apresentar várias outras formas de situação quanto a impossibilidade de resistência por parte da vítima, como previu o parágrafo 1º do Art. 217-A do Código Penal, sejam causas mórbidas ou de especiais condições físicas. Dentre esses exemplos, podemos citar as pessoas que se encontram em estado de coma, pessoas em estado vegetativo, sedadas, etc. Podem também ser reconhecidas situações em casos de embriaguez letárgica, sono profundo, hipnose, idade avançada.

Se a embriaguez for parcial e se a vítima podia de alguma forma, resistir, restará afastado o tipo penal em estudo.

Quanto a ocorrência de incapacidade de resistência referente a deficiência de potencial motor, citado por Rogério Greco²¹, “o renomado autor Odon Ramos Maranhão assegura que se a vítima não tiver ou não puder usar o potencial motor, é evidente que ela não será capaz de oferecer resistência. Assim, doenças crônicas e debilitantes (tuberculose avançada, neoplasia grave, desnutrição extremas etc.); uso de aparelhos ortopédicos (gesso em membros superiores e tórax; gesso aplicado na coluna vertebral; manutenção em posições bizarras para

²⁰ BITTENCOURT passim, p. 70

²¹ GRECO, op. cit., p.86

ossificação de certas fraturas etc.); paralisias regionais ou generalizadas; miastenias de várias causas etc. são casos no qual a pessoa é incapaz de oferecer resistência. Às vezes, não consegue sequer gritar por socorro, seja pela grave debilidade, seja pelas condições do local onde se encontra”.

Ressaltando que, embora há casos em que uma pessoa pode ser acometida de uma enfermidade ou deficiência mental, ela poderá ter uma vida sexual normal, como também não será possível punir aquele que com ela teve algum tipo de ato sexual consentido. Não podemos dizer que todos os indivíduos com deficiência mental ou enfermidade são tidas como incapazes. Nesse caso, a lei determina a proibição de atos sexuais quando os mesmos não possuem o necessário discernimento para consentir na prática do ato sexual, e assim, essa pessoa em questão é considerada como uma vítima do crime de estupro de vulnerável, de acordo com a lei.

Reafirma-se aqui o que está disposto no parágrafo 1º do Art. 217-A do Código Penal brasileiro, que somente aquele que não tem discernimento para a prática do ato sexual é que pode ser considerado como vítima do tipo penal estupro de vulnerável. Logo, essa impossibilidade da vítima é o que remete ao dever da lei de procurar preservar a sua dignidade sexual.

1.6 Estupro de vulnerável e suas particularidades

O tipo penal estupro de vulnerável é tido como um tipo penal especial em relação ao Art. 213 do Código Penal brasileiro, que versa sobre o estupro. Para o tipo penal do Art. 217-A, são previstas as formas qualificadas pelo resultado, pois, em alguns casos ocorre a relação sexual com emprego de violência, resultando em lesões ou até mesmo a morte da vítima. Importante destacar que nesses casos, as penas são mais severas. Essas formas qualificadas visam acentuar a reprovabilidade do crime e proteger a integridade física e a vida dessas vítimas do referido delito.

A Lei 8072/90 em seu Art. 1º, inciso VI insere no rol de crimes hediondos o tipo penal estupro de vulnerável consumado ou tentado, na modalidade simples (art. 217- A, caput e § 1º, Código Penal) e qualificadas pelo resultado lesão corporal de natureza grave (Art. 217-A, § 3º, Código Penal) e morte (Art-A, § 4º, Código Penal). A alusão ao § 2º do mesmo artigo (modalidade circunstanciada), deve ser desconsiderada, pois foi vetada. Antes das

modificações legais, já se discutia nos Tribunais Superiores no sentido de tais delitos dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida seriam hediondos.

A conduta do agente exercida durante o ato os resultados que causa para vítima é que indicará a qualificação do crime pelo resultado: com lesões graves (Art. 217-A, § 3º); pelo resultado morte (Art. 217, § 4º). No momento da consumação do tipo penal, independe de ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual, admite-se a tentativa.

O parágrafo 5º inserido ao Art. 217-A do Código Penal brasileiro, tem por finalidade eliminar de vez a discussão referente ao fato de que o assentimento da vítima em determinadas situações, ou ainda, pelo fato de ter mantido relações sexuais anteriores ao crime poderia afastar o delito, cabendo as doutrinas e Tribunais não criar pretextos para evitar a aplicação da lei.

Em outra perspectiva, devido à vulnerabilidade dessas pessoas, a verificação do consentimento da vítima é fundamental. Embora seja proibido a prática de atos sexuais com os vulneráveis, visto que não têm discernimento suficiente, ou condições para a permissão de tal ato, presume-se que tenha sido violenta a prática do ato. Entende-se que a vulnerabilidade da vítima pode ser explorada ou abusada pelo agressor.

Debateu-se a viabilidade de desclassificação do Art. 217-A para a figura do crime de importunação sexual, disposto no Art. 215-A, com uma pena menor. Entretanto, havendo intenção de satisfação do prazer sexual, quando a conduta se dirigir a menor de 14 anos, não há possibilidade de desclassificar. Nessa ótica o Superior Tribunal de Justiça- STJ: “Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiros, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal brasileiro), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal brasileiro)” (REsp 1.954.997-SC, 3.ª S., rel. Ribeiro Dantas, 08.06.2022, DJe 1º.07.2022)”.²²

Em observação ao teor do Acórdão, deveria o legislador criar, promover punições mais severas em concordância aos crimes sexuais cometidos com os vulneráveis, respeitando o mandamento constitucional. Garantindo uma abordagem mais rigorosa em compatibilidade a atos de natureza sexual, em que estejam envolvidos menores de 14 anos.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: volume único - 19. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2023 p. 807. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559646630> Acesso 04 abr. 2023.

Em acórdão proferido pelo Ministro Schietti, REsp 1,480.881/PI, in verbis: “É de se admitir, no terreno do debate lateral, a hipótese de que, em casos muito excepcionais- como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos é possível argumentar que dependendo das singularidades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que específicas”.

As condutas no caso em questão que não causaram danos, nem lesão ao bem jurídico tutelado, não há espaço para o direito penal, pois, ao intervir e aplicar uma solução, seria desproporcional ao bem jurídico que no caso, não foi atingido.

No entanto, apesar da relativização de alguns conceitos, crimes sexuais contra menores de 14 (quatorze) anos, não há que se falar em consentimento do ofendido. Menores vulneráveis não têm capacidade para consentir, sendo esse consentimento, inexistente juridicamente.

Vale ressaltar que a Lei 13.718/2018, deu nova redação ao artigo 225. Anteriormente no referido artigo constava que para os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulnerável eram de ação penal pública condicionada à representação da vítima. Revogada tal hipótese, agora a natureza da alteração legislativa de pública condicionada à representação para pública incondicionada, entende-se por certo ponto que a lei foi maléfica.

Necessário equilibrar a proteção das vítimas e a busca pela justiça com o respeito à sua autonomia e vontade.

Entenda, o crime ocorrido antes da vigência da Lei 13.718/2018, continuaria sendo exigida a representação do sujeito ativo, responde pelo crime. Se um crime ocorrido antes do dia 25 de setembro de 2018, quando da promulgação da nova redação da citada lei, sendo no caso, a vítima em estado de embriaguez, logo, esta não poderia oferecer resistência. Supondo que o intervalo do ocorrido seja 6 meses da descoberta, ainda será possível o desenvolvimento da tese de defesa.

Alegando que o crime de estupro de vulnerável somente é crime de ação penal pública incondicionada quando a vulnerabilidade for permanente, exemplo: doente mental. Já se a vulnerabilidade for temporária, como no exemplo do caso que decorre da embriaguez, a ação penal seria condicionada à representação.

Sobre o tema, a Sexta Turma do STJ, entende que no crime sexual cometido em período de vulnerabilidade temporária da vítima, sob a égide do art. 225 do Código Penal

brasileiro com a redação da Lei 13.718/2018, a ação penal pública é condicionada à representação.

Tal hipótese somente seria discutida em caso de conduta praticada antes da alteração da referida lei, pois, a partir dela, todo e qualquer crime contra a dignidade sexual passa a ser de ação pública incondicionada.

Para maior entendimento, destaco abaixo o teor da decisão trazida pelo Informativo 675 do STJ, publicado em 14 de agosto de 2020 (REsp 1.814.770-SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 05/05/2020, DJe 01/07/2020)²³.

Cinge-se a controvérsia acerca da natureza da ação penal pública pelo delito de estupro de vítima em estado de temporária vulnerabilidade, em que a vítima recupera suas capacidades físicas e mentais e o pleno discernimento para decidir acerca da persecução penal do ofensor, no caso, embriaguez, cometido sob a égide da redação dada ao art. 225 do Código Penal pela Lei 12.015/2009.

Verifica-se que a Quinta Turma alberga a posição segundo a qual **a vulnerabilidade, ainda que temporária, transforma a ação penal pelo crime de estupro em pública incondicionada.**

Na Sexta Turma, de outro lado, tem-se o julgado do HC 276.510/RJ, em que se decidiu que **a ação nos casos de estupro de vítima em vulnerabilidade temporária é pública condicionada à representação.**

Como se pode observar, o tema é controverso, mas **a superação do estado de vulnerabilidade é uma alteração na realidade fática que não pode ser ignorada no plano jurídico.** Ainda que a lei não tenha feito, de forma expressa, a distinção, nada impede que o intérprete constate a ocorrência de situações distintas, que não podem ser tratadas de forma igual, sob pena de violação à isonomia, em seu aspecto material.

A vulnerabilidade, como condição excepcional que é, geradora de situação desfavorável aos réus, tem de ser interpretada de forma restrita, em observância aos princípios da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência.

Assim, **uma vez cessada a vulnerabilidade,** a ação penal pelos crimes sexuais deve continuar sendo pública condicionada à representação. Isso porque **a ofendida, ao se recuperar do seu estado de embriaguez, tem restabelecidas todas as condições e recupera o discernimento necessário para tomar a decisão** acerca da persecução penal ou não do agente causador do delito sexual.

Esse é um dos aspectos importantes a ser tratado sobre a vulnerabilidade no referido delito em que se discute sobre a vulnerabilidade temporária da vítima. Tal preceito, esclarece

²³ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 675. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/8857/8972> Acesso em: 22 jun. 2023.

dúvidas acerca das condições da vítima após recuperar o discernimento e tomar decisão em relação ao seu agressor.

Importante mencionar que essas são opiniões divergentes e o debate em torno da natureza da ação penal nos crimes sexuais deve levar em consideração diferentes perspectivas, visando garantir a proteção das vítimas, a prevenção dos crimes e a efetividade do sistema de justiça criminal como um todo.

1.7 Do reconhecimento do crime de estupro de vulnerável

No que trata o reconhecimento do crime, “diz respeito às provas apresentadas e analisadas durante um processo penal da fase probatória. Dentro desta fase, existem diversos princípios que norteiam e descrevem o andamento da análise das mesmas. Um destes princípios é o do contraditório, sendo neste ponto a abertura necessária para que cada parte do processo possa contrapor uma prova apresentada. E para cada uma destas, admite-se uma contraprova”²⁴.

Complementa o autor que da mesma forma, caso a parte deseje retirar a prova do caso, a parte contrária deverá ser comunicada. No campo penal, não há prova pertencente a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador.

O princípio da mediação determina a necessidade de o juiz ter contato direto com cada prova e assim possa decidir se a prova apresentada tem nexos e proximidade com a verdade.

Importa mencionar que, “nos delitos contra a dignidade sexual, a palavra da vítima menor de idade também tem importante valor como prova, especialmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. Contudo, suas declarações devem, igualmente, estar em consonância com os demais elementos probatórios”.²⁵

²⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 3: Parte Especial Arts. 213 a 359-H -21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023 p. 25. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553624702> Acesso 04 abr. 2023.

²⁵ CAPEZ, op. cit., p.26.

O princípio da concentração se tange ao princípio da oralidade, visto que este princípio é uma consequência dos dados obtidos de forma oral, ou seja, é o foco em produzir toda a prova necessária na audiência.

No princípio da publicidade fica assegurada a transparência dos atos judiciais. Constitui garantia de independência, imparcialidade, autoridade e reponsabilidade do juiz. Engloba o devido processo legal e garante o direito de defesa às partes. A restrição se baseia no art. 5º, inciso LX, Constituição Federal/88, consoante o qual a “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Embora não descrito na nossa Constituição Federal, deriva dos princípios do direito ao silêncio e da presunção de inocência, artigo 5º, inciso LXIII. O princípio da investigação dispõe que o juiz é responsável por zelar pela obtenção de provas que o façam ter condições de formular um julgamento sem limitações.

A Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVIII).

No princípio da busca da verdade real, a Justiça tem como objetivo principal buscar o que realmente aconteceu, para saber a verdade sobre os fatos. Torna-se relevante, que ambas as partes se esforcem para demonstrar a realidade sobre os fatos. De fato, chegar à verdade totalitária do que realmente aconteceu, é impossível. Ela só se tornaria possível, caso o juiz tivesse testemunhado o ocorrido. Dessa forma, busca-se a verdade judicial ou processual, que reúna as provas e os testemunhos para formular os fatos acontecidos”.

Por fim, o princípio do livre convencimento motivado, garante que o juiz poderá tomar suas decisões levando em consideração apenas o seu convencimento motivado. Nesses termos, o juiz não fica preso aos termos da lei, podendo formular a sua convicção com base nas evidências apresentadas nos autos do processo. O juiz tem papel fundamental na análise das provas e na avaliação. O mesmo deve examinar cuidadosamente as evidências apresentadas pelas partes, inclusive os depoimentos das testemunhas, os documentos apresentados e todos os demais documentos comprobatórios. Com isso, poderá formular sua convicção sobre os fatos para a tomada de decisão. Porém, isso não significa que ele possa ignorar a lei ou agir de forma arbitrária. O mesmo deverá exercer essa liberdade dentro dos limites legais, em conformidade com o ordenamento jurídico aplicável.

1.8 Da Vulnerabilidade

O Código Penal brasileiro trata da proteção de crianças e adolescentes contra a violência sexual de diferentes maneiras. Inexistia a figura para pessoas com deficiência ou enfermidade mental, omissão que sofreu duras críticas da doutrina na época. A impossibilidade de resistência da vítima foi textualmente prevista como violência real e não ficta.

A presunção de violência é um conceito legal que se aplica a determinados casos de crimes sexuais envolvendo menores de idade. Historicamente, existem diferentes abordagens sobre a natureza dessa presunção. Alguns sistemas jurídicos adotavam uma presunção absoluta, presumindo que qualquer relação sexual envolvendo um menor de idade era considerada um crime, independentemente de consentimento ou outras circunstâncias. Outros sistemas adotavam uma presunção relativa, considerando que a idade era um fator importante a ser levado em consideração, mas permitindo a capacidade de avaliar as circunstâncias específicas no caso. Além da presunção da violência por força da idade, passou-se a considerar violentos os atos sexuais praticados com pessoas deficientes mentais, desde que fosse do conhecimento do agente. A partir desse momento, a impossibilidade de resistência da vítima, por qualquer causa, passou à modalidade de violência presumida.

Por essa abordagem visa proteger pessoas com deficiência mental, reconhecendo que elas podem ter dificuldades em compreender totalmente o significado e as consequências dos atos sexuais, bem como em consentir de forma informada. Portanto, a lei pode considerar tais atos como violentos, mesmo que não haja uso explícito de força física.

A similaridade dos grupos de indivíduos para os quais anteriormente se presumia a violência e, atualmente, Art. 217-A, reputa os vulneráveis, é incontestável. Ambos os artigos falam na pessoa do menor de 14 anos; pessoa com deficiência e impossibilitada de resistir, por qualquer causa.

A polêmica em torno da presunção de violência, observando-se as diversas decisões judiciais que afastam a figura, ensejou a criação do Art. 217-A do Código Penal brasileiro que, indubitavelmente, dispensa o elemento da violência.

A presunção de violência já vinha sofrendo flexibilização, ela não é absoluta, cede às particularidades do caso. Logo, isso significa que a idade do menor era um fator relevante na

presunção de violência. A presunção relativa poderia implicar que, em casos envolvendo uma menor prostituída, a presunção de violência não seria automaticamente aplicada.

O legislador ao estabelecer o critério concernente para a presunção da violência no ano de 1940, já tinha sua preocupação em tutelar menores que não possuíam plena consciência da realização do ato sexual e tampouco fazer distinção de seus atos. Baseava-se no conceito da "innocentia consili", logo, a vulnerabilidade no Art. 217-A pode ser compreendida como a capacidade de compreensão deste conceito.

Ao abranger o conceito de vulnerabilidade Bitencourt²⁶ relata que:

O legislador atribui, num primeiro momento, a condição de vulnerável ao menor de quatorze anos ou a quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. No entanto, já no artigo 218- B, depara-se, novamente, com a adjetivação de vulnerável para outra faixa etária, qual seja, menor de dezoito anos, aparentemente, sem qualquer justificativa razoável. Com efeito, são situações completamente diferentes a condição de menor de quatorze anos, comparada à condição do menor de dezoito. Inegavelmente, o legislador ampliou o conceito de vulnerabilidade que define satisfatoriamente a condição do menor de quatorze anos para alcançar, incompreensivelmente, o menor de dezoito (art. 218-B).

Sabemos que existem situações que envolvem a condição do menor de quatorze anos, cada uma com características diferentes em relação a vulnerabilidade. A abordagem de várias perspectivas e condições diferentes, nos leva a concluir que há concepções variadas sobre o tema. É de suma importância conceituar adequadamente o termo vulnerabilidade, a fim de se compreender o real alcance da norma em questão.

A antiga discussão sobre a presunção de violência, seja ela absoluta ou relativa, em relação à idade da vítima, não foi de um todo eliminada. A vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como centro a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, para o consentimento em relação à prática de atos sexuais.

Através da presunção absoluta de vulnerabilidade, reconhece-se que a vítima é, inquestionavelmente vulnerável, sem possibilidade de contestação ou apresentação de provas em contrário. Na presunção relativa de vulnerabilidade, a condição de vulnerabilidade da vítima pode variar, pois é necessário analisar individualmente cada caso se a situação constata

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17ª ed. Vol. 4, 2023. Disponível em: <https://integrada.minha biblioteca.com.br/books/9786553626706> Acesso 10 jul. 2023. p. 66

as circunstâncias que contestem a sua vulnerabilidade. Nesse contexto, a admissão de prova em sentido contrário é permitida.

Ao tratarmos sobre a vulnerabilidade, sabemos que ela está presente, mas não temos informações precisas sobre o seu grau, intensidade ou extensão. No início da análise, considera-se a natureza da presunção de vulnerabilidade, determinando se ela é absoluta ou relativa.

Temos, portanto, duas modalidades de vulnerabilidade, sendo uma absoluta e a outra relativa. A primeira está relacionada aos menores de quatorze anos, trata-se da hipótese abordada no Art. 217-A que trata do crime de estupro de vulnerável. Já a vulnerabilidade relativa abrange a situação de favorecimento da prostituição ou outras formas de exploração sexual envolvendo menores de dezoito anos, conforme disposto no Art. 218-B do Código Penal brasileiro.

Ambos os artigos tendem a uma interpretação analógica, que é necessária quando uma norma contém uma fórmula casuística seguida de uma forma genérica.

Isso é explicado por Bitencourt²⁷

Não se trata de analogia em sentido estrito, como no processo integrativo da norma lacunosa, mas de “interpretação por analogia”, isto é, de um processo interpretativo analógico previamente determinado pela lei, ou seja, um meio indicado para integrar o preceito normativo dentro da própria norma, estendendo-o a situações análogas, como ocorre, por exemplo, no art. 71 do CP, quando determina “pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”. Não é incomum a lei dispor que, além dos casos especificados, o preceito se aplique a outros análogos ou semelhantes. Completa-se o conteúdo da norma com um processo de interpretação extensiva, aplicando-se analogicamente aos casos semelhantes que se apresentem, por determinação da própria norma; como destacava Jimenez de Asúa, “é a própria lei que ordena e por isso, não se trata de analogia, mas de interpretação analógica, posto que ela se vincula à própria vontade da lei” (grifos acrescentados).

O que se argumenta é que a interpretação analógica é necessária para preencher as lacunas e aplicar a norma de forma adequada em situações não especificamente mencionadas, mas que possuem semelhanças relevantes com os casos previstos na norma.

Aqui trata-se de casos em que a vítima não tem a capacidade de oferecer resistência devido as condições semelhantes à doença ou deficiência mental. Nesses casos, a interpretação analógica é utilizada para abranger outras situações em que a vítima não possa

²⁷ BITENCOURT, Tratado de Direito Penal: Parte geral- arts. 1º a 120 (vol. 1). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555597172> Acesso em: 10 jul. 23.p. 217

resistir, mesmo que não se enquadrem especificamente nas enfermidades mentais mencionadas como exemplos.

A hipótese de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal, é relativa, o que se recomenda avaliação casuística. Interpretação esta que se faz necessário não confundir com a presunção absoluta ou relativa a própria vulnerabilidade absoluta ou relativa. Em outras palavras, a presunção pode ser absoluta ou relativa, enquanto a vulnerabilidade pode ser absoluta ou relativa. A interpretação adequada leva em consideração a natureza da presunção e a avaliação específica da vulnerabilidade em cada situação.

Parte da doutrina, estuda com muito empenho sobre a vulnerabilidade existente em menores de quatorze anos, tendo como análise as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA que admite a capacidade de compreensão para maiores de doze anos na medida de imposição de sanções socioeducativas.

Observando o Art. 217- A, § 5º, do Código Penal brasileiro que nos diz: - “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”²⁸, podemos, com isso, entender que a inclusão do § 5º do referido artigo, explicita a necessidade de colocar um fim na discordância entre alguns doutrinadores e a jurisprudência no que diz respeito à vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos. Sabe-se que o menor de idade, pela imaturidade não pode consentir na prática dos atos sexuais.

O crime praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não ocorre no tipo penal do Art. 217- A, nem na qualificadora do Art. 213 do Código Penal.

Na vulnerabilidade absoluta, é nítido que a lei considera como crime, a ocorrência de conjunção carnal ou ato libidinoso com menores de quatorze anos, podendo este consentir ou não, ou mesmo se este ter tido relações sexuais anteriormente ao tipo penal. Ao mesmo tempo refletimos na questão em relação ao menor de catorze anos consentindo para a realização de uma relação sexual mesmo que este compreenda o significado e os efeitos. A lei proíbe expressamente qualquer forma de envolvimento sexual nessa faixa etária, independentemente do conhecimento. A legislação entende que os menores de quatorze anos são considerados vulneráveis incapazes de consentir para atividades sexuais, visando sua proteção e bem-estar.

²⁸ BRASIL. Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 14 mai. 2023.

Em relação à vulnerabilidade relativa, tomamos como exemplo quando gerar um estado de incapacidade de resistência, isso pode ocorrer quando uma pessoa tenha ingerido alguma substância entorpecente ou bebida alcóolica. Em uma outra perspectiva, uma análise individualizada permite uma compreensão mais precisa do grau de vulnerabilidade e orienta a aplicação adequada da legislação pertinente.

O objetivo da inclusão do parágrafo 5º do Art. 217-A do Código Penal brasileiro é justamente pôr fim às divergências doutrinárias e jurisprudenciais em descrição ao conceito da vulnerabilidade para menores de quatorze anos de idade. A legislação estabelece a vulnerabilidade absoluta, quando está claro que ocorreu a conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos, independentemente de seu consentimento ou se o mesmo já tenha tido relações sexuais anteriormente ao crime. Entende-se que para o que descumprir a lei, independentemente do gênero ou orientação sexual, e praticar o ato com um parceiro (a) menor de dezoito anos, a punição corresponde ao ato praticado da seguinte forma: se maior de dezoito anos, a conduta será enquadrada como estupro de vulnerável, conforme a legislação penal; se o infrator for menor de dezoito anos, será tratado como um ato infracional, similar ao estupro de vulnerável, mas sujeito às medidas previstas no Estatuto da Criança e Adolescente – ECA. Ambos os casos tem por objetivo a proteger a integridade e a dignidade dos menores envolvidos.

É certo que a lei visou proteger a dignidade sexual do adolescente menor de 14 (quatorze) anos, porém, como toda regra há exceção. Se a Súmula 593 do STJ for seguida ao pé da letra, quando jovens entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos praticam o ato sexual, ambos responderiam por ato infracional equiparado ao tipo penal, como afirma o estatuto da Criança e Adolescente- ECA em seu Art. 103 “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

O que se observa é que as particularidades de cada caso devem ser consideradas para uma aplicação justa. A aplicação objetiva da Súmula em todos os casos é uma questão que por muitas vezes pode ocasionar erros irreparáveis ao indivíduo, e dependendo o mesmo fica marcado para sempre com alguma mácula criminal socialmente. Ao que nos parece ser a relativização de vulnerabilidade sexual do menor vulnerável, seja o caminho jurídico mais seguro a seguir.

Na doutrina, prevalece o entendimento majoritário pela natureza relativa da presunção, contrariamente ao entendimento dos tribunais que firmaram posição no sentido na qual a presunção é absoluta.

2. A VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 Da presunção da violência e a vulnerabilidade no tipo penal estupro de vulnerável

A Lei 8069 de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e Adolescente²⁹-ECA, em seu artigo 2º: “Considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquele entre doze e 18 anos de idade”.

Para o crime de estupro de vulnerável, disposto no Art. 217- A, o núcleo ter, do mencionado tipo penal, diferente ao verbo constranger, não requer que a conduta seja cometida mediante a violência ou grave ameaça, basta que haja a efetiva conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso para que se configure o referido tipo penal. Não havendo necessidade da ejaculação, apenas a penetração. A satisfação da lascívia é o fator determinante para a caracterização do delito.

Acerca da vulnerabilidade, Bitencourt³⁰ explica que

“afastada a vulnerabilidade absoluta, pode restar ainda, a vulnerabilidade relativa, que não se pode confundir com presunção relativa de vulnerabilidade, nem tampouco pode ser desprezada. Vejamos, as diferenças, no que distingue presunção absoluta e presunção relativa de vulnerabilidade; totalmente diferente aos conceitos de vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, pois, são dois valores distintos. A presunção absoluta de vulnerabilidade admite- se que a vítima é vulnerável e ponto final; não se questiona esse aspecto, é incontestável, não admite prova em sentido contrário; presunção relativa de vulnerabilidade, a vítima pode ser vulnerável ou não. Neste caso cabe examinar casuisticamente a situação para constatar se tal circunstância pessoal se faz presente”.

²⁹ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente e das providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 07 abr. 2023.

³⁰ BITENCOURT. passim. p. 67

Considerando a existência da vulnerabilidade, porém, sem um conhecimento detalhado acerca da sua intensidade, extensão ou grau, é necessário realizar um segundo juízo de cognição. Relevante considerarmos as faixas etárias dos menores de 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos, pois, ambos apresentam gravidade e consequência distintas.

Quanto aos menores de 14 anos, a legislação brasileira estabelece que eles são incapazes de consentir em atividades sexuais. Independentemente se da existência de violência física, qualquer ato com crianças nessa faixa etária, configurará o delito em questão. Já na faixa etária de 14 aos 18 anos de idade, entende-se que estes possuem uma maior capacidade de compreensão e discernimento, embora ainda sejam protegidos pela lei, como nos casos de exploração sexual e abuso ou violência.

De fato, em certas situações, podemos constatar que a presunção relativa de vulnerabilidade se revela como uma vulnerabilidade absoluta e de grau máximo, após um exame concreto. Essas realidades totalmente distintas, podem coexistir, sendo possível encontrar casos em que há presunção absoluta de vulnerabilidade em conjunto com situações de vulnerabilidade relativa, assim como presunção relativa acompanhada de vulnerabilidade absoluta.

Para o tipo penal, a lei considera como sujeito passivo uma pessoa vulnerável, e a conduta tipificada envolve a prática de conjunção carnal ato libidinoso. A pena cominada prevista para esse crime é de oito a quinze anos de reclusão. A partir dessa descrição, é possível inferir que o objetivo da tipificação é proteger as vítimas de violência sexual que se encontram em uma condição de vulnerabilidade.

Nessas considerações, é importante reconhecer que a vulnerabilidade pode variar acerca da gravidade, intensidade e grau. Nem todas as pessoas que se enquadram na definição legal de sujeito passivo de estupro de vulnerável são igualmente vulneráveis em todas as circunstâncias. Alguns indivíduos podem apresentar vulnerabilidade relativa devido a fatores pessoais ou particulares.

A avaliação da vulnerabilidade relativa em casos específicos pode depender de uma observação detalhada das circunstâncias individuais. Por exemplo, uma pessoa com deficiência mental é considerada vulnerável em determinadas situações, mas talvez não em outras, dependendo de suas capacidades e da capacidade de consentir de forma informada.

É por isso, que se faz necessário um segundo juízo de valoração, visto que é importante que o sistema jurídico leve em consideração essas nuances e peculiaridades ao determinar a existência de vulnerabilidade e aplicar a lei correspondente.

O Art. 217- A, do Código Penal brasileiro, introduzido no ordenamento jurídico penal, pela Lei nº 12.015/2009, e trata do crime de estupro de vulnerável. O legislador reconhece a situação de vulnerabilidade específica presente na vítima menor de 14 (quatorze) anos, entendendo que elas não possuem capacidade de consentir de forma informada para atividades sexuais.

Rogério Greco³¹, transcreve parcialmente a Justificação ao projeto:

“O art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra crianças ou adolescentes menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art.224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas que, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.”

A presunção da violência tinha um caráter absoluto, em que era irrelevante para o Direito Penal se havia o consentimento ou que houvesse experiência sexual da vítima, uma vez que a proteção estava baseada na falta de maturidade e autoconhecimento para lidar com uma vida sexual e devidas consequências. Sobre a presunção da violência, quesito mais questionado pelos operadores do direito, o legislador impôs explicitamente no Art. 217- A, o fato da idade da vítima ser considerada imatura para a caracterização do ato sexual, imputando ao sujeito ativo o tipo penal.

Mesmo diante da clareza, parte da doutrina insistiam em lançar dúvidas. A exemplo, Rogério Greco³² discorre sobre Guilherme de Souza Nucci ao afirmar:

“O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura de vulnerabilidade, pode-se considerar o menor de 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa à vulnerabilidade em

³¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. v. 3. p. 82. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559774319> Acesso em: 24 abr. 2023.

³² GRECO, op. cit., p. 82.

alguns casos especiais, avaliando- se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.”

Indagações a respeito da vulnerabilidade ser absoluta ou relativa, a constitucionalidade também se torna objeto de questionamentos. Existem vários julgados divergentes relacionados à qualidade da presunção da violência. Há entendimentos que versam sobre a presunção de violência ter natureza absoluta, em que bastaria a conjunção carnal ou ato libidinoso e as características da vítima no quesito vulnerabilidade para que se configure o mencionado delito. Neste caso, seria o cumprimento da lei sem questionamentos.

Por este posicionamento, presume-se que o menor seja dotado de inocência, não tendo discernimento para caracterização ou até mesmo entendimento do ato sexual. Sendo este incapaz de desconfigurar o crime, pois, é a impossibilidade do menor de ter essa compreensão e a falta de maturidade sobre o ato praticado que se consuma a violência absoluta.

Existe uma corrente de operadores do direito que defende a natureza relativa da presunção de violência em casos de crimes sexuais envolvendo menores de idade. Essa corrente argumenta que, embora haja uma presunção de violência com base na idade do menor, é possível apresentar provas em contrário para afastar a conduta ilícita do acusado.

Essa abordagem reconhece que a idade do menor é um fator importante a ser considerado na determinação da presunção de violência. No entanto, ela também permite avaliar as circunstâncias específicas do caso, incluindo o consentimento do menor, para determinar se houve de fato violência ou se a conduta pode ser considerada lícita.

No entanto, somente a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos pode ser, em tese, presumida, as demais devem ser comprovadas. O menor de 14 (quatorze) anos é a criança ou adolescente, protegidos pelo Estatuto da Criança e Adolescente- ECA, reconhecida sua vulnerabilidade pelo legislador penal. Mesmo a vítima em condição de menoridade, consentindo no ato, por se auto determinar sexualmente, ao manter relação sexual sem ato violento, realiza uma natureza relativa.

Vale ressaltar que, os questionamentos acerca da presunção da violência absoluta ou relativa, mantida na Lei 12.015/09, em seu Art. 217- A, continua as divergências do que deveria ser justo. É certo que a lei traz um caráter absoluto, sem a necessidade de análises com questionamentos. No entanto, é importante destacar que o sistema jurídico não é estático e está em constante desenvolvimento. Os julgados e a jurisprudência têm um papel

fundamental na interpretação e aplicação da lei, buscando a justiça e a equidade em cada caso específico. É possível que, em certos casos, os tribunais analisem fatores adicionais e questionem a presunção de violência, levando em consideração circunstâncias específicas e a possibilidade de consentimento informado do menor.

Esses julgados de natureza relativa podem refletir uma interpretação mais flexível da lei com base em princípios como proporcionalidade, justiça e respeito aos direitos fundamentais. A jurisprudência pode levar em conta elementos como a maturidade do menor, a existência de relacionamento afetivo, o consentimento informado e outros fatores relevantes para avaliar se a conduta do acusado deve ser considerada ilícita ou não.

Importante ressaltar que esses julgados de natureza relativa não alteram a presunção absoluta estabelecida pela lei. Eles representam uma interpretação e aplicação específica em casos particulares, e as decisões judiciais podem variar em diferentes jurisdições. Buscam justamente a solução em questionamentos analisados caso a caso.

Embora a lei estabeleça uma presunção absoluta de violência nos casos de estupro de vulnerável, é possível que os julgados e a jurisprudência analisem e questionem a aplicação dessa presunção em casos específicos, buscando uma solução justa e equilibrada.

Ratificou recentemente, a 3ª Seção do Supremo Tribunal de Justiça-STJ, em 25 de outubro de 2017, definiu o entendimento sobre estupro de vulnerável, por meio da Súmula 593, no que diz: “[...] 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”.

Mesmo após a retificação da Súmula nº 593, permaneciam algumas discussões acerca do tipo e para eliminar as incertezas e inseguranças, a Lei 13.718/ 2018 inseriu no Código Penal o § 5º ao Art. 217- A, o qual dispõe que as penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º do referido artigo aplicam- se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

O Poder Judiciário, em vista aos acontecimentos e mudanças sociais não pode observar a interpretação do Código Penal, da mesma maneira na década de 40, cabe, portanto, nova interpretação em que se torne adequada aos dias atuais, a vivência dos acontecimentos em uma perspectiva recente.

O Magistrado exerce uma nova interpretação, sem ignorar as peculiaridades de cada caso concreto. Se permanecer numa interpretação literal, do referido artigo 217-A, logo ele

não julgará o tipo penal com aprazimento a realidade social, econômica e jurídica do momento.

A discussão se faz necessária visto que em alguns entendimentos há margem para questionamentos acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade. Importante, pois, caso se entenda que a vulnerabilidade seja relativizada, como em alguns casos, há a possibilidade quanto ao reconhecimento de conduta atípica em consentimento de menor de quatorze anos.

No amparo pelo tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, questiona-se se, em casos a ofendida já tem ou mantém um relacionamento com o suposto acusado, é possível a configuração da violação do bem jurídico. Em conformidade com o STJ, há o entendimento que a vulnerabilidade do menor de quatorze anos é absoluta, sendo irrelevante o consentimento da vítima. Em contrapartida há o entendimento que preconiza a análise e investigação da condição da pessoa afetada no caso concreto. Ou seja, deve ser analisada a maturidade, experiência sexual, relacionamento com o agente, etc.

Vale destacar que a Súmula n. 593 do STJ não é vinculante, podendo, portanto, ser superada por meio de decisão de um juiz de primeiro grau. Vejamos os julgados:

“AgRg no REsp 1765591/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019; AgRg no REsp 1769793/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019”.

Ao meu ver se deixarmos de lado o positivismo e aplicar as tradições culturais de cada contexto regional, anteriormente quando se tinha a expectativa em que uma pessoa casada aos doze ou treze anos era normal, a aplicação da lei pelo judiciário não é somente um documento, pois, ele altera diretamente a vida social, em que se confere que o positivismo é frequentemente considerado uma derivação do direito natural e dos costumes populares.

Se, de fato, as práticas jurídicas são práticas sociais interpretativas, então o que tomamos como atitude do magistrado, visto que esse detém o direito a dizer o que é ou não é direito em casos concretos, ele não emprega uma regra, ele realiza da melhor maneira o direito, ou seja, tem a ver com interpretações desses casos, dentro dos níveis mencionados. A lei é apenas o início da solução do problema, mas não a solução.

Em outras palavras, é esperado que o Estado busque aprimorar os meios de investigação ou repressivos, com o objetivo de fornecer condições necessárias para combater esse tipo de criminalidade, sem revitimizar aqueles que já sofreram a primeira violência.

2.2 Da vulnerabilidade absoluta e relativa

A vulnerabilidade existe. Uma vulnerabilidade absoluta, relacionada ao menor de quatorze anos, conforme estabelecido no crime de estupro de vulnerável no Art. 217-A do Código Penal brasileiro; e outra relativa, relacionada ao menor de dezoito anos, conforme no Art. 218- B do Código Penal.

Entende o legislador a existência de uma vulnerabilidade real para menores de quatorze anos e uma vulnerabilidade equiparada para enfermos ou deficientes mentais. Equipara-se às respectivas minoridades de quatorze e dezoito anos no que se refere a não possuir discernimento para consentir ou compreender plenamente a prática do ato. Apesar das diferenças nas formas de vulnerabilidade, ambas as situações são consideradas graves no âmbito do direito penal e visam proteger indivíduos em condições de vulnerabilidade contra abusos sexuais e exploração.

Segundo a explicação de Bitencourt, podem-se ser identificadas três modalidades de vulnerabilidade no contexto do crime de estupro de vulnerável: “a) a real (do menor de 14 anos); b) equiparada (do enfermo ou deficiente mental); c) por interpretação analógica (quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência)”³³.

Essas modalidades de vulnerabilidade têm como objetivo proteger pessoas em situações de maior fragilidade, reconhecendo a necessidade de proteção especial diante de sua incapacidade de consentimento ou resistência.

O Superior Tribunal de Justiça- STJ, por sua Terceira Sessão, em recurso repetitivo, ao examinar o crime de estupro de vulnerável- Art. 217- A, ignorou por completo, a necessidade de avaliar ou valorar a vulnerabilidade de menor de 14 (quatorze) anos. Vejamos o Recurso Especial repetitivo do Rel. Ministro Rogério Schietti, n. 1.480.881- PI (2014/0207538-0, julgado em 27-8-2015).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C do CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse

³³ BITENCOURT. op. cit., p. 67

voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

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 delitiva**, 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 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 aprovocada 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 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 – **legítima 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 à 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 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.**

Os Tribunais de Justiça já vinham colocando seus posicionamentos majoritários no sentido da opção pela vulnerabilidade absoluta do menor de quatorze anos, no que tange à prática sexual, mesmo que seja consentida. Como podemos observar há decisões que entendiam que a vulnerabilidade era absoluta, mas, também encontramos posicionamentos doutrinários e julgados que optaram pelo entendimento da vulnerabilidade relativa no que se refere aos adolescentes menores de quatorze anos e a partir de doze anos. Essa interpretação leva em consideração a proteção integral do menor, com base na circunstância de que crianças nesse intervalo etático não possuem maturidade suficiente para compreender plenamente os atos sexuais e fornecer um consentimento válido e informado.

Dessa forma, mesmo que haja consentimento aparente da criança, os Tribunais entendem que a lei deve proteger esses menores de qualquer tipo de exploração ou abuso sexual, considerando- os vulneráveis de forma absoluta. Essa interpretação busca evitar a revitimização e garantir a proteção plena dos direitos das crianças.

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci- “Caso se aplique ao art. 217- A uma interpretação meramente literal, poder- se a chegar a absurda hipótese de se considerar como autor do tipo penal um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com a menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta. No Código Civil em seu art. 1520, permite expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez. Nessa linha, em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para classificar o tipo penal, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e de desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando- se a lei de maneira mais justa ao caso concreto. Em última análise, consoante a relativização da vulnerabilidade, expressamente conferida aos deficientes mentais e enfermos- conforme discorremos a seguir- entendemos que, por interpretação extensiva, deve- se garantir igual tratamento aos menores de 14 anos, reputando- se como

vulneráveis apenas aqueles que efetivamente não possuem o necessário discernimento para a prática sexual”³⁴.

Atualmente a realidade social notamos que a questão da vida sexual dos adolescentes vem amadurecendo precocemente em relação ao fator sexo, passam a ter uma vida sexual ativa, praticando os atos sexuais normalmente. Ainda que seja uma conduta reprovável, à condição de vulnerabilidade deverá ser avaliada casuisticamente, afastando suposições fictícias baseada na letra da lei.

Fato este é que muitos adultos não se encontram no mesmo patamar, o que é notável a necessidade de maior discussão quanto a Súmula 593 do STJ e o disposto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro.

Em casos que a ofendida é criança ou adolescente, reconhece-se que ainda são imaturas em menor ou maior grau, o que legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual que venham a se submeter. Deixando claro que a criança ou adolescente não preenchem o requisito da culpabilidade (imputabilidade) e não podem ser penalmente responsabilizados como se adultos fossem.

A avaliação da condição de vulnerabilidade em casos específicos deve ser realizada de forma casuística. Embora a lei estabeleça determinadas presunções e critérios para identificar a vulnerabilidade em certas situações, é importante considerar as circunstâncias particulares de cada caso para uma análise justa e precisa. É necessário analisar cuidadosamente os elementos e as especificidade do caso para avaliar a existência ou a ausência de vulnerabilidade. Por essa abordagem casuística, busca garantir que cada situação seja tratada individualmente, levando em consideração fatores como idade, capacidade de discernimento, consentimento informado, contexto social, entre outros aspectos relevantes. Dessa forma, é possível evitar injustiças e aplicar a lei de forma adequada, respeitando os direitos das partes envolvidas.

É importante salientar que essa avaliação casuística não implica em desconsiderar a proteção de grupos vulneráveis, como menores de idade. Busca justamente uma análise aprofundada das circunstâncias para garantir que a lei seja aplicada de forma justa e adequada em caso específico, evitando generalizações ou suposições injustas.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. Artigos 213 a 217- A do código Penal. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/> Acesso em 22 jun. 2023

3. DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

3.1 Da Relativização da vulnerabilidade quanto às vítimas no crime de estupro de vulnerável

Com o advento da Lei 12.015/09, o direito vem se modificando a uma nova realidade quanto aos crimes de natureza sexual. A discussão travada acerca da presunção de violência em que, na doutrina prevalece o entendimento majoritário pela natureza relativa da presunção e contrariamente ao entendimento dos tribunais que firmaram posição no sentido de que a presunção de violência era absoluta, o questionamento continua pertinente, incorrendo na denominada presunção de vulnerabilidade, considerando o menor de 14 (catorze) anos vulnerável, incapaz de consentir para a realização de qualquer ato sexual.

Tal posicionamento, adota um critério puramente biológico, não havendo justificativa capaz de oferecer suporte a esse elemento. Nesse ponto Guilherme de Souza Nucci³⁵, aponta as impropriedades da lei:

“Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. Cremos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade”.

A norma penal se encontra incompatível com a própria legislação que rege os direitos e garantias da criança e adolescente.

Como já tratado anteriormente, o menor vem amadurecendo precocemente em relação a assuntos de sexo, alguns até com vida sexual ativa.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/> Acesso em: 11 jul. 2023

Partimos de uma sociedade constituída de uma cultura e costumes e a necessidade de adequar-se às mudanças numa perspectiva que é marcada por longos debates jurisprudenciais e doutrinários em relação à vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Observando a análise de algumas jurisprudências, no contexto social e suas mudanças, abordaremos alguns textos legais, da jurisprudência e da doutrina pátria.

A vulnerabilidade prevista no tipo penal tratado, refere-se a idade de 14 (quatorze) anos pelo critério etário. A lei penal presume que o menor de 14 (quatorze) anos não tem maturidade suficiente para ter uma vida sexual. O Art. 217- A tem por objetivo proteger este menor contra sua própria vontade. Com a inclusão do § 5º ao Art. 217- A, objetivou-se esclarecer as penas previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste referido artigo, eliminando interpretações incertas e a insegurança jurídica. Punindo com mais rigor comportamentos que atinjam essas vítimas.

Entende-se que o menor de 14 (quatorze) anos não tem discernimento necessário para a vida sexual, mesmo que esse tivesse uma vida desregrada sexualmente, o mesmo não conseguiria decidir sobre seus atos, além do que estando esse em formação, o mais provável seria a ocorrência de danos ao seu desenvolvimento psíquico, moral e físico, o que marcaria para sempre sua vida. O legislador adotou uma política atrelada a idade da vítima, com tendência a garantir maior proteção a esses menores no que concerne à sua dignidade sexual.

A exemplo, o posicionamento de Rogério Greco³⁶ ao discorrer que “o que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento”.

O posicionamento do autor, aplica-se em relação ao legislador quando o mesmo ao criar a lei o mesmo deveria aplicá-la, pois para o mesmo a idade atribuída se refere a vítima que atravessa o processo de desenvolvimento. O que caracteriza que não está preparado mentalmente, psicologicamente e fisicamente.

³⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal- vol. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559774319> Acesso 15 mai 2023, p.82.

Sabemos que há uma divergência doutrinária e jurisprudencial, as discussões ainda prosseguiram; por um lado elege-se a vulnerabilidade relativa e por outro lado a vulnerabilidade absoluta.

Para maior entendimento, quanto as discussões permanentes, em que os principais debates eram em torno da presunção de vulnerabilidade, se esta era absoluta ou relativa, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 593, que determina: “ o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou a 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”.

Celso Demanto, conceituando sobre a relativização da presunção de vulnerabilidade, quanto ao maior de dezoito anos praticar sexo com menor de quatorze anos, destaca sobre o Desembargador Guilherme de Souza Nucci em acórdão por ele relatado (TJSP, Ap. 990.10.042955-8, j. 8.5.2012), em que, “admitiu que pela razão do menor ter experiências sexuais com doze ou treze anos, essa é mais uma razão para protegê-los, não permitindo que adultos usufruem de sua precoce experiência sexual”. No que ocorreu maiores indagações acerca do que poderia ser quanto a situações de uma jovem com idade entre doze e treze anos levada a se prostituir. Nesse ponto destacou o autor que “há total incongruência dos que defendem a relativização da vulnerabilidade, pois, trata-se de estupro”³⁷.

Ainda que se discuta a respeito da natureza relativa ou absoluta, percebe-se que a ideia de considerar a presunção pela idade, de caráter relativo, visto que as indagações se referem a menor se prostituir.

Se tomarmos esse ponto de vista doutrinário, notadamente é um fato que merece maior entendimento por parte dos julgadores. Ora visto, que há muito tempo as melhorias no combate à violência sexual contra crianças e adolescentes vêm acontecendo, porém, foi com a promulgação da Lei nº 12.015/2009, a criação do dispositivo que garantiu maior amplitude, substituindo a presunção de violência pela presunção de vulnerabilidade.

Antecedendo ao acórdão citado, temos o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que no Habeas Corpus 73.622/MG, j. 21.05.1996, asseverou: “no caso ora tratado, parte-se da premissa que nos dias atuais, não se pode presumir que um adolescente maior de doze anos seja incapaz de entender e se autodeterminar em sua vida sexual”.

³⁷ DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. p. 650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555593914> Acesso em:15 mai. 2023.

Diante da natureza do caso como são as já apontadas, entendemos que a presunção não é absoluta, trata-se de presunção é relativa.

Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao crime de estupro no tange a caracterização da vulnerabilidade da vítima maior de idade e portadora de enfermidade mental, no qual ao Magistrado é permitido, ainda que sem laudo pericial, conferir a existência da necessária ponderação para a prática do ato sexual. No entanto, para tal entendimento, deverá haver fundamentação de fato e de direito que atenda a valoração das provas da persuasão racional, ou seja, o sistema do livre convencimento motivado ao qual o magistrado é livre para formar. O juiz é destinatário da instrução probatória e o dirigente do processo, o que lhe incumbe determinar as providências e as diligências cabíveis à instrução do processo, e também o que couber decidir sobre os termos e os atos processuais. Mas para tanto, não pode atuar em contrariedade ao dispositivo legal. Poderes estes atribuídos pelos artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil/2015. Para melhor compreensão, vejamos o Art. 371 do Código de Processo Civil:

“Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão razões da formação de seu convencimento”.

Entenda, não basta o Magistrado julgar com base nas alegações e provas dos autos, o mesmo deverá tomar cuidados redobrados ao julgar, quando do seu posicionamento, entendendo que o sistema do livre convencimento tem o dever de fundamentar o posicionamento tomado, observando o ordenamento brasileiro.

Nesse sentido compreende as possibilidades da vítima em não poder oferecer resistência, o que caracteriza o estupro de vulnerável previsto no Art. 217- A, § 1º, do Código Penal:

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

Pena- reclusão, de 08 (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.

Sendo a lei um conjunto de normas reguladoras constituídas para manter o equilíbrio entre as relações do homem na sociedade, no tocante a seus direitos e a seus deveres, deve

acompanhar as mudanças desta, haja visto que, o acesso à informação tem favorecido essa tendência cada vez mais.

Enfático a essas discussões acerca da vulnerabilidade quanto a faixa etária, Rogério Greco deixa bem claro, que o Art. 217-A afirma que a lei estabelece que ao tratar do menor com 14 (catorze) anos, isso quer dizer que aquele que tem menos que 14 (quatorze) anos é o vulnerável, ou seja, completou os 14 anos de idade não se fala em estupro de vulnerável. Quanto à Súmula 593 do STJ, ao tratar que é irrelevante o consentimento da vítima para a prática do ato, isso quer dizer que a presunção que temos aqui nessa violência é de natureza absoluta, não se admite prova contrária.

A legislação e parte da doutrina entendem não haver incorreções à presunção absoluta da vulnerabilidade da vítima menor de 14 (catorze) anos, embasando-se, como citado anteriormente no fato do período de desenvolvimento da habilidade de livre-arbítrio.

No entanto, devido ao comportamento do ser humano e às mudanças ocorridas no meio, um dos princípios do Direito Penal é a adequação social.

Vejamos o caso ocorrido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0045.16000109-0/001- COMARCA DE CAETÉ- APELANTE (S): L.O.C- APELADO (A) (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Rel. Des. Nelson Missias de Moraes.
EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL**, POR DUAS VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. INOCORRÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DENTRO DO QUINQUÍDIO LEGAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. CABIMENTO. **VULNERABILIDADE RELATIVA**. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AFASTAM A VULNERABILIDADE DA OFENDIDA NO CASO CONCRETO. VEDAÇÃO À RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. ABSOLVIÇÃO PROFERIDA. RECURSO PROVIDO. - É tempestiva a Apelação Criminal interposta dentro do quinquídio legal, observadas as disposições legais a respeito da contagem do prazo recursal- No crime do Art. 217-A do CP, a condição de vulnerabilidade da vítima é relativa por estar intimamente ligada à capacidade de compreensão do ato sexual e do discernimento para manifestar sua aquiescência com tal prática, devendo ser aferida mediante uma análise de diversas circunstâncias do caso concreto- O Direito Penal não admite presunções absolutas, sob pena de se promover a responsabilização penal objetiva- **Demonstrado que as conjunções carnis ocorreram de comum acordo, sem qualquer tipo de violência, em contexto de relacionamento amoroso prévio, e que vítima possuía, a despeito de sua idade, plena capacidade de autodeterminação sexual, cabível a absolvição do apelante pela atipicidade da conduta.** V.V. Consoante iterativa jurisprudência de lavra do STJ, tem-se por absoluta a presunção de violência resultante da disposição contida no art. 217- A do Código Penal, **afigurando-se irrelevante para a configuração do estupro de vulnerável eventual consentimento da vítima.**

Consueto, o tipo penal tutela com maior rigor, a dignidade sexual dos vulneráveis. Foi provada a menoridade, porém, a defesa restringiu-se à absolvição pela atipicidade da conduta, sob alegação de que o apelante e a vítima eram namorados, não tendo sido provada a violência ou mesmo a vulnerabilidade ofendida.

Se a tipicidade material, no caso, é a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, entendemos que havendo o consentimento válido, logo, espanta-se qualquer ofensa à dignidade sexual, que é o bem jurídico tutelado pela norma.

No entanto, reconhece a existência de entendimentos contrários. Conforme observado, tem-se o conceito de vulnerabilidade, da mesma forma que na presunção de violência, não é absoluta, necessitando analisar o caso concreto.

Explica Rogério Greco: [...] “Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituta), não tendo ocorrido a violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento o que poderia configurar o crime do Art. 218- B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação”.

Entende-se que por se tratar de julgado no ano de 2016, esse posicionamento ensejou ao enunciado sumular, julgado em 25 de outubro de 2017, DJe 06/11/2017, Terceira Seção: - “Súmula 593. STJ- 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”.

Pactuando do mesmo sentido da Súmula 593 do STJ, no ano de 2018, a Lei 13.718 fez alterações no Código Penal, no qual inseriu o § 5º no Art. 217-A, passando a prever 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”.

O que notamos é que permanece o entendimento que a presunção de violência e a vulnerabilidade não têm caráter absoluto, e como observado no caso, houve a absolvição do acusado. Embora tenha ocorrido conjunção carnal, optou-se pelos elementos probatórios e que os dois já tinham um relacionamento em tempo que somente após esse tempo optaram por

ter a relação sexual. Também foi levado em consideração o fato de conhecimento por parte dos familiares.

Dentro das informações, o Magistrado deu provimento ao recurso para absolver o apelante da imputação constante da denúncia.

Outro caso idêntico, mais recente por sinal, é o do Processo 1500199-91.2021.8.26.0072, ao qual o Juiz de Direito Luiz Fernando Silva Oliveira da 2ª Vara da Comarca de Bebedouro - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou improcedente a pretensão do Ministério Público, e absolveu o réu, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP- “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: III- não constituir o fato infração penal.

O caso relata o envolvimento de uma menor de 13 anos com um jovem de 17 anos que se relacionam a algum tempo, com o conhecimento dos familiares de ambas as partes. Ainda menores, o relacionamento dos dois era público e era comum que um dormisse na casa do outro, juntos no mesmo quarto, na mesma cama. Após a vítima completar 14 anos, o réu foi condenado pelo artigo 217-A, apresentou defesa. Demonstrado a autoria delitiva e a materialidade, bem como a responsabilidade criminal nas alegações finais do Ministério Público, a defesa pugnou pela absolvição do acusado em razão da atipicidade da conduta, pois as relações sexuais eram consentidas.

A vítima menor de 14 (catorze) anos, engravidou, antes do jovem completar a maioridade. Ao sair da prisão, passaram a morar juntos com a filha em comum.

No caso apresentado, o Magistrado entendeu que a vítima tinha discernimento e consciência do que estava praticando e que o réu não agiu com dolo de se aproveitar de uma menina ingênua. Um caso amoroso, entre dois jovens, advindo uma gravidez antes do rapaz atingir a maioridade penal.

Embora a Lei 12.015/2009, trouxe garantias de proteção em relação à dignidade sexual das pessoas consideradas vulneráveis, elencados no Art. 217-A, CP, por presumir que não tenham o discernimento e capacidade de compreensão para a prática do ato sexual, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais opostos quanto à presunção de violência para os casos em que ocorra relação sexual.

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci³⁸

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal- Volume Único. Disponível em: <https://integrada.minha biblioteca.com.br/books/9786559646630> Acesso em: 11 jun. 2023. p. 808.

“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 e adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, a criança é a pessoa menor 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 relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto”.

O objetivo do § 5º do Art. 217- A é tornar claro que é punível a relação sexual ou ato libidinoso com pessoa menor de idade (14 anos), independente de seu consentimento ou em virtude de ela já ter tido relações sexuais anteriormente ao crime. Para esse conceito é nítido compreender que se elege a vulnerabilidade absoluta, associado ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça- Súmula 593.

Há de se concluir, obviamente que sendo uma pessoa menor de idade (14 anos), podendo consentir ou não, ainda que tendo a compreensão do significado do ato sexual, consentindo esta para a realização da relação sexual, sua conduta não é válida, é proibida por lei. A pessoa que com esta se relacionar estará cometendo o tipo penal do Art. 217-A do CP. Para a punição, há uma observação quanto a idade do parceiro: se maior de idade (18 anos) será punido no crime de abuso sexual de pessoa vulnerável; sendo menor de 18 anos o mesmo responde por ato infracional similar ao crime de estupro de vulnerável.

Sabemos que, no Brasil há casos de existência de casais, em que a mãe possua idade inferior a 14 anos. São exceções à regra, em que os valores estão atribuídos há costumes regionais. No entanto, tendo optado a lei pela vulnerabilidade absoluta, se avaliarmos pelo conceito de constitucionalidade, é notório a constituição de uma família nesses casos. Entendemos que promulgada e sancionada uma lei, passa ela a desfrutar de uma presunção relativa de constitucionalidade. O conteúdo da lei tem que estar em conformidade com o conteúdo da Constituição. A Constituição Federal, estabelece em seu artigo 226, caput, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Já no Art. 227- preceitua que: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

É evidente notarmos que por um lado a proteção da lei quando trata do menor de idade (14 anos), quando esta engravida, primordialmente tem -se a preocupação em dar punição ao agressor. Mas no caso em nota, o casal constituiu uma família. Ou seja, com base no Art. 227 da Constituição Federal, estes estão assegurando à criança os deveres a ela constituídos. Se o agressor for punido, qual segurança ao direito a essa criança serão atribuídos? Para todo o caso, cabe ao Magistrado diante de todos os fatos e alegações apresentados, tomar a decisão com base no ordenamento brasileiro.

Importante entender que o Magistrado não desconsiderou o que está previsto em lei “menor de 14 (catorze) anos, configura estupro de vulnerável”; trata-se, conforme citado anteriormente do “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão razões da formação de seu convencimento”. O mesmo agiu com base e entendimento do seu convencimento e respeito ao ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o site Migalhas³⁹, a pretensão do MP foi julgada improcedente e o réu absolvido. O caso tramita sob segredo de justiça.

Como previamente discutido, não se pode generalizar afirmando que todos os adolescentes entre doze a quatorze anos são incapazes de compreender o verdadeiro significado de uma relação sexual e quais as suas consequências. Apesar da lei ter introduzido um novo entendimento em relação à presunção de violência, a vulnerabilidade de menores de quatorze anos deve ser considerada absoluta. No entanto, há casos que ela pode ser percebida como relativa.

Considera-se criança a pessoa até 12 anos incompletos e adolescentes indivíduos na faixa etária de doze a dezoito anos- (Art. 2º, ECA). Embasando-se nessa lei, presume-se logo que um adolescente de 12 anos completos, possui a mesma capacidade dos adolescentes como mencionado anteriormente. Pelo estatuto não se diferencia.

³⁹ MIGALHAS. Relação entre jovens de 17 e 13 anos Não é Estupro: “Namoro Precoce”. Redação 27 de março de 2023. At. 07:52. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/383692/relacao-entre-jovens-de-17-e-13-anos-nao-e-estupro--namoro-precoce> Acesso em: 11 jun. 2023.

Decisão interessante, haja visto a tendência natural do Direito em modificar não somente o seu método, mas sobretudo, o seu conteúdo. Apesar de uma perspectiva teórica e jurisprudência defenderem uma presunção de violência absoluta- “sendo irrelevante a ausência da vítima”, a deliberação do Magistrado é assertivamente ponderada, pois vai de encontro ao entendimento sobre o fenômeno legislativo necessita acompanhar as dinâmicas sociais do que se entende como reprovável ou aceitável- “teoria da adequação social”.

Outro detalhe a ser retomado, são os vulneráveis com condição de saúde mental, que não têm capacidade de compreensão para o ato, elencados no § 1º do Art. 217- A, já tratado em outro tópico anterior. Analisaremos agora um Agravo em Recurso Especial de Nº 2073910- TO (2022/0050891-2); Relator Ministro João Otávio de Noronha.

PROCESSO PENAL.APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CP.** PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO ADVOGADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. MEMORIAIS ESCRITOS (ALEGAÇÕES FINAIS) APRESENTADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA. RÉU DEVIDAMENTE ASSISTIDO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRETENSE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DO ELEMENTO NORMATIVO ALUSIVO À **AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO DISCERNIMENTO DA VÍTIMA** PARA CONSENTIR COM A PRÁTICA SEXUAL. OFENDIDA QUE A ÉPOCA DOS FATOS POSSUÍA 28 ANOS E É PORTADORA DE DEFICIÊNCIA MENTAL MODERADA. DIFICULDADE NA APRENDIZAGEM, COORDENAÇÃO MOTORA E QUE POSSUI ARTICULAÇÃO IMPRECISA NA ELABORAÇÃO DE LINGUAGEM GRÁFICA. **INEXISTÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO ESPECÍFICO ATESTANDO O GRAU DE VULNERABILIDADE OU AINDA, O SEU GRAU DE DISCERNIMENTO PARA RELACIONAR-SE SEXUALMENTE.** CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PERANTE O DIREITO PREVISTO NO ARTIGO 6º DA LEI DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA A RESPEITO DA EXTENSÃO DA DEFICIÊNCIA DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CPP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A vítima embora possua deficiência mental moderada apresenta ter discernimento sobre as suas vontades, ofendida que estava cursando o segundo ano do ensino médio, tendo relatado no laudo de constatação de conjunção carnal que já havia tido relações sexuais anteriormente aos fatos.

O Recurso especial, alegou a violação do Art.217- A, § 1º do Código Penal, visto que, no acórdão absolutório foram desconsiderados os laudos periciais, depoimento de testemunhas e interrogatório do recorrido. Alega também ocorrência de divergência jurisprudencial por ter sido reformada o veredicto condenatório pelo Tribunal de Justiça do

Tocantins mesmo tendo o STJ pacificado a orientação de que configura estupro de vulnerável a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal com vítima com problema de saúde mental.

O acusado relatou em seu interrogatório na fase judicial que era perceptível a deficiência da vítima. Observação do perito é de que pessoas com o quadro apresentado pela vítima tem maior facilidade a ser influenciada por qualquer chamamento e afirmou ainda a condição vulnerável da vítima, podendo essa ser assemelhada a uma criança. Foi apresentado Laudo em que a pericianda não tinha entendimento de como ocorria uma gravidez, isto é, não tinha compreensão necessária a natureza e consequências do ato sexual. Relatou a vítima que o acusado introduziu parcialmente o pênis em sua vítima, o que consuma o delito do tipo penal estupro de vulnerável, restando consumada conjunção carnal.

Não há base para argumentar a desclassificação, pois conforme demonstrado, houve a consumação da conjunção carnal. A palavra da vítima tem valor probatório. Porém, no acórdão recorrido, a sentença foi reformada e o acusado absolvido devido à ausência de provas sobre a deficiência da vítima acerca do ato praticado. Ressalta-se que a proibição trazida pela legislação não proíbe que uma pessoa acometida com condição de saúde mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato consentido.

Demonstrou-se que a debilidade mental da vítima era considerada moderada, o que não caracteriza a fragilidade da vítima. Além disso, o interrogatório da vítima realizado em juízo, constatou total coerência ao relatar detalhes ocorridos há mais de dois anos.

Diante do conteúdo do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII- não existir prova suficiente para a condenação; determinou-se por falta de provas a absolvição do apelante em relação às imputações a si impostas.

Observa-se mais um julgado que o acusado é absolvido, e os direitos assegurados ao vulnerável se depara com a realidade atual de uma sociedade desenvolvida.

No contexto do referido Art. 27-A, trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Continua existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir. No contexto do caso apresentado, é importante observar que a discussão em foco se concentra na credibilidade da avaliação da condição vulnerável da vítima. Conforme discutido, não foi suficiente a existência de

habilidade de compreensão. Destarte, o § 1º do Art. 217- A, é imprescindível a comprovação do discernimento da vítima.

A verificação em tais práticas nos casos de estupro de vulnerável causa uma série de efeitos muito significativo e impactantes. O posicionamento do STJ, há duas visões de estudo sobre o tema. Com a finalidade de vislumbrar a relatividade da violência, ou mesmo reconhecer as situações de experiência sexual ou consentimento, como fatores de escusa da conduta típica e outra pela presunção absoluta de violência, afastando qualquer espécie de julgamento sobre a conduta sexual e caráter moral da vítima. A decisão reafirma um compromisso básico com a legalidade e o Estado de Direito, ao impedir que legitime a desproteção de direitos básicos.

É notório que, apesar da decisão da lei pela vulnerabilidade absoluta, há, em nossa visão, exceções à regra, pois, como observado no julgado apresentado, foi analisado o grau de condição de saúde mental para verificar a vulnerabilidade.

Infelizmente nos deparamos com subterfúgios na doutrina e nos Tribunais, principalmente os Superiores para evitar a aplicação da lei às hipóteses expressamente previstas pelo tipo penal que prevê o estupro de vulnerável.

É constante observar o número de julgados em que o acusado é absolvido e a vulnerabilidade não é absoluta. Predomina a vulnerabilidade relativa, mesmo ante a definição da redação da lei e Súmula 593.

Outro caso importante para se debater, ocorreu no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás- Apelação criminal nº 512148-35.2009.8.09.0069- Comarca de Guapó. Relator Desembargador Leandro Crispim.

Trata-se de caso em que o réu constrangeu uma vítima menor de 14 (catorze) anos e portadora de deficiência mental. Cuida-se de estupro de vulnerável, na modalidade ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Segundo relatório médico, a vítima apresenta retardo de desenvolvimento neuropsicomotor. quanto ao relatório psicológico, a vítima descreve claramente sem confusão. Foi muito segurada ao dizer que foi molestada pelo réu. A palavra da vítima tem credibilidade com as demais provas.

Vejamos a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL**. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. Impõe-se referendar o **édito condenatório pela prática do crime de estupro de vulnerável**, vez que se comprova que o apelante praticou conjunção carnal com a vítima, portadora de

deficiência mental. Com efeito, o substrato probatório harmônico amalhado aos autos, mormente as declarações da vítima para seus familiares, bem como a prova testemunhal, **comprovam a materialidade e a autoria do crime tipificado pelo art. 217- A, § 1º, do Código Penal. (...)**, (TJGO, 2ª Câmara Criminal, AC n. 158354-33.2011, Rel.^a Des.^a Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira, DJe 2320 de 02/08/2017).

“APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. (...). ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA ABSOLVIÇÃO IMPROCEDENTE.** Nos crimes contra a liberdade sexual, geralmente praticados na clandestinidade, **a palavra da vítima reveste-se de valor probatório relevante.** Máxime quando coerente com os demais elementos colhidos durante a instrução processual. Assim **confirma-se a condenação do réu pela prática do crime de estupro de vulnerável, tipificado pelo Ar. 217-A, caput, do Código Penal, quando segura palavra da vítima, que admite a prática de atos libidinosos, indicando- o como o responsável, compatibilizada com os depoimentos testemunhais, incute a certeza da conduta criminosa, afastando, pois, a pretensão absolutória. (...)**” (TJGO, 2ª Câmara Criminal, AC n. 165081-18.2012, Rel. Dr. Jairo Ferreira Júnior, DJe 2475 de 27/03/2018).

“APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE LAUDO DE CONJUNÇÃO CARNAL IMPROCEDENTE. A inexistência do laudo de conjunção carnal não invalida a condenação no crime de estupro de vulnerável.** Sobretudo porque a conjunção carnal não é a única modalidade capaz de caracterizar o referido crime, **que também pode se concretizar com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal e que, em sua maioria, sequer deixam vestígios, como no caso vertente. (...)**” (TJGO, 2ª Câmara Criminal, AC n. 167-92.2016, Rel. Jairo Ferreira Júnior, DJe 2327 de 14/08/2017).

A vítima, menor, é portadora de deficiência mental, e o réu a constrangeu mediante violência pela prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Conforme apresentado, ocorreu a efetivação do crime. Portanto, é correta a sentença condenatória do apelante pelo crime de violência sexual contra pessoa vulnerável.

O comportamento neutro da vítima não justifica o acréscimo da pena- base. Quanto a esse assunto a jurisprudência: “(...) O comportamento das vítimas, portanto, porque em nada contribuíram para a prática do seu próprio homicídio, não poderia, por isso, prejudicar o recorrente e enseja a análise negativa da vetorial. (...)” (STJ, T6, REsp 11279962/AL, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 20/09/2017).

Em relação ao resultado, o Desembargador redimensionou a pena- base do apelante de 09 (nove) anos para 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, culpabilidade considerada grave. Vejamos como ficou a Ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL** FORMA QUALIFICADA0- VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS E **PORTADORA DE DEFICIÊNCIA MENTAL (CP: ART. 217-A, § 1º).** ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DO FATO E AUTORIA DELITIVOS

COMPROVADAS. Comprovado, por meios de provas jurisdicionalizadas, em especial pelas palavras da vítima, cujas declarações gozam de presunção de veracidade, que o réu a constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a qual é menor de 14 (quatorze) anos e portadora de deficiência mental, à **prática de atos libidinosos** diversos da conjunção carnal, **não há que se falar em absolvição** da imputação do delito tipificado no artigo 217- A, § 1º, do Código Penal.

2. PENA-BASE. ATECNIA NA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA EM RELAÇÃO AO RÉU. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. Constatado atecnia na avaliação negativa do comportamento da vítima em relação ao réu, impõe-se o redimensionamento da pena- base. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE.

Nesse sentido, ora observamos a decisão que desfavorece o réu, vai de encontro com a uniformização da interpretação no tocante ao crime de estupro de vulnerável, detalhando os fundamentos e considerações relevantes à apreciação. Haja visto, que a abordagem atenta a palavra da vítima.

Conforme discutido inicialmente, a Constituição Brasileira estabelece, portanto, como sistema máximo de garantias, direitos individuais e sociais, dos quais fazem parte todas as pessoas, independente de sua situação social, ou mesmo de sua condição pessoal e de sua conduta. Como também, esclarece o Estatuto da Criança e Adolescente, que o mesmo tem um sistema de proteção destes direitos que lhe são atribuídos, que reconhecidos, promovem a correção diante da ameaça ou violação.

Percebe-se aqui a existência de fidelidade às bases constitucionais, com relação à proteção dos direitos sociais. É o que está disposto na Constituição Federal em seu artigo 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Cabe referir que não há inconformidade quanto aos fundamentos da decisão, visto que em síntese a decisão em apreço revela o posicionamento adequado ao caso, sendo que não houve incoerência interpretativa do ordenamento jurídico. Apresentou jurisprudência com particular ênfase na palavra da vítima.

Considerando que os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em tese, apresentam divergências quanto a vulnerabilidade ser relativa ou absoluta, vimos em prática o posicionamento do Tribunal ao referido caso, conforme a presunção de violência, sendo a vulnerabilidade absoluta.

Não obstante, os julgados anteriores apresentaram vulnerabilidade relativa, em que o Magistrado julgou com base nas alegações e provas dos autos, o mesmo tomou cuidados redobrados ao julgar, pois quando do seu posicionamento, compreende-se que o sistema do

livre convencimento tem o dever de fundamentar o posicionamento tomado, observando o ordenamento brasileiro. Foram apresentados os fatos e alegações para o julgamento, porém, entendeu o Magistrado que, os casos apresentados não referenciaram a informação cabível dentro do ordenamento jurídico brasileiro para manter os acusados privados de sua liberdade.

Decisões devem ser tomadas com intuito a retomar as bases jurídico constitucionais capazes de sustentar a proteção aos grupos sociais que compreendem os vulneráveis, no tocante às crianças e adolescentes e os portadores de deficiência mental ou enfermidade que não tenham capacidade de compreensão para o ato sexual. O uso de instrumentos penais necessários à preservação de seus direitos cada vez mais fortalece o sistema dos direitos aos vulneráveis, são intervenções penais que torna-se mais intensa para aqueles que se colocam contra esses vulneráveis em sua condição de desenvolvimento.

Outro julgado importante é a Apelação Criminal nº 0000216-82.2017.815.2002, oriunda da 6ª Vara Criminal da Capital- Paraíba. Juiz Carlos Eduardo Leite Lisboa. Entendeu a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba que o acusado do crime de estupro de vulnerável deveria ser absolvido. Ocorre que o acusado, com 21 (vinte e um) anos, à época dos fatos mantinha relacionamento com uma menor de 13 (treze) anos⁴⁰.

O Ministério Público pediu pela condenação do réu como incurso no Art. 217-A. A vítima declarou em juízo que as relações ocorriam naturalmente sem forçar, e que foram conviver juntos.

O Magistrado entendeu, que o caso era inevitável a relativização do conceito de vulnerabilidade. Aqui neste caso, não há como compreender como vulnerabilidade absoluta, pelo critério etário. O caso trazido para apreciação do Poder Judiciário, requer vista de suas particularidades, pois, a relação íntima não foi praticada na forma de exploração sexual ou intuito de ultrajar a valorização e preservação da integridade e autonomia em relação a sexualidade da menor. Ocorreu um relacionamento afetivo com coabitação habitual. No caso apresentado não ocorreu violação ao bem tutelado, qual seja, a dignidade sexual da menor.

⁴⁰ TJPB. Tribunal de Justiça da Paraíba. Site de Notícias 04/06/2019. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/camara-criminal-relativiza-vulnerabilidade-da-vitima-e-absolve-acusado-de-estupro-de> Acesso em: 12 jun. 2023.

Em seu voto, o Magistrado citou outros julgados em que foi adotado o mesmo entendimento. “O processo 00001351720118150201, da relatoria do Desembargador Luiz Silvio Ramalho. De acordo com este julgado, "a relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento”.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA TJ-SC- APELAÇÃO CRIMINAL: APR XXXXX- 95.2018.8.24.00.51.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL** (ART. 217-A, CAPUT C/C ART. 71, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). **SENTENÇA CONDENATÓRIA**. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR EM PETIÇÃO APARTADA. PLEITO PARA DESENTRANHAMENTO DAS CONTRARRAZÕES MINISTERIAIS. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DAS CONTRARRAZÕES QUE CARACTERIZA MERA IRREGULARIDADE. PRECEDENTE. MÉRITO. **PLEITO PARA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA**. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA COM TREZE ANOS. **PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE**. EXEGESE DA SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO PARA RECONHECIMENTO DE ERRO DO TIPO. VIABILIDADE. COMPLEIÇÃO DA VÍTIMA E CARACTERÍSTICAS QUE PODEM TER LEVADO O ACUSADO EM ERRO. **ACUSADO QUE TERIA MANTIDO DUAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM A VÍTIMA**. ADOLESCENTE QUE SEGUNDO SUA GENITORA RESIDIA ANTERIORMENTE COM OUTRO HOMEM. ACUSADO E INFORMANTE QUE APONTAM QUE ACREDITAVAM QUE A VÍTIMA ERA MUITO MAIS VELHA PELA ESTRUTURA CORPORAL E PELO FATO DE TER VIVIDO EM “UNIÃO ESTÁVEL” COM TERCEIRA PESSOA. VÍTIMA QUE RESIDIA COM ANTIGO COMPANHEIRO PRÓXIMA À CASA DO ACUSADO. EXISTÊNCIA DE DUAS RELAÇÕES SEXUAIS OCASIONAIS QUE PERMITEM A HIPÓTESE DO RÉU NÃO TER INTERESSADO PELA IDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS JUDICIAIS DE QUE O RÉU CONHECERIA A IDADE DA ADOLESCENTE. DEPOIMENTOS NO SENTIDO DE QUE O ACUSADO NÃO SABERIA A IDADE DA VÍTIMA. COMPLEIÇÃO FÍSICA DA VÍTIMA E CARACTERÍSTICAS DO CASO CONCRETO QUE PERMITEM A HIPÓTESE DO RÉU TER SIDO LEVADO EM ERRO. **IN DUBIO PRO REO. ERRO DE TIPO CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. ACUSADO ABSOLVIDO**. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-SC 5ª Câmara Criminal. Relator Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer).

Analisando a jurisprudência, entendemos que o acusado inicialmente tem sentença acusatória em razão do tipo penal do Art. 217-A c/c art. 71, ambos do Código Penal brasileiro. Ele cometeu o mesmo crime duas vezes seguidas, no entendimento que a vítima não era menor, haja visto que sua estrutura corporal não indicava sua idade e a mesma já havia convivido com um outro homem em união estável. Diante do ocorrido e circunstâncias, entende-se que o acusado pode ter sido levado em erro. O erro sobre elemento constitutivo do crime, exclui o dolo do agente. Art. 20, § 1º, do Código Penal, isenta o agente que por erro

plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato, tornaria a ação legítima”. Após sentença reformada o réu foi absolvido.

Mesmo após a edição da Súmula 593- STJ objetivava universalizar as discussões acerca da vulnerabilidade, todavia, os magistrados em sua maioria, ao depararem-se com o caso concreto, encontram diversas questões que tendem a inocentar o acusado. Foi o que ocorreu na maioria dos julgados apresentados até o momento.

É notório que a relativização da vulnerabilidade, em alguns casos, melhoraria a situação do acusado, sendo que este poderia ser prejudicado se não houvesse a figura do Magistrado com interpretação a lei ao caso específico.

O crime de estupro é visto como rejeição, seja por apresentar violência que é empregada sobre a vítima, e por ser um crime que revolta, tem comoção social. O estupro de vulnerável é provavelmente aonde acontecem as maiores barbáries processuais dentro de todo sistema. Na ação penal o denunciado já entra como culpado pelo crime, devendo este fazer prova, invertendo o ônus do Ministério Público para si. No entanto, não é viável admitir a condenação “cega” de um acusado, pela prática sexual se consentida.

Vejamos mais uma jurisprudência:

CÓDIGO PENAL. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ART.217-A ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Réu, com 18 anos à época do fato, **manteve relação sexual com a vítima de 12** (doze) anos de idade, certa a existência do fato, bem como da autoria, pela palavra da vítima, das testemunhas e do próprio acusado, que **admitiu a prática sexual com o menor**. A ofendida, em que pese a tenra idade, consentiu com a relação, vindo a firmar laços afetivos íntimos com o réu, inclusive havendo um relacionamento estável e duradouro até hoje entre eles. Nota-se um amadurecimento mental e sexual precoce da vítima, de modo que é possível concluir, excepcionalmente, que a **violência presumida seja relativizada**, tendo em vista que a “innocentia consilli” do sujeito passivo, no caso concreto mostra-se inexistente, pois a sua vontade na época perdura até os dias de hoje, vindo a formar uma relação sólida e, possivelmente, madura. A diferença etária, as características específicas do fato, bem como a aquiescência da ofendida permitem concluir que **não houve crime**, tendo por fundamento os princípios norteadores do Direito, bem como a interpretação da norma estabelecida. Absolvição foi a melhor solução. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime nº 70057461378, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 18/12/2013. Data da Publicação: Diário da Justiça do dia 23/01/2014.

É perceptível que, a relativização da vulnerabilidade em face da análise na ocorrência em questão, possibilitou ver minuciosamente os aspectos que englobam os autos.

Ao tratarmos da Justiça Comum, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, existe uma divergência quanto ao reconhecimento da presunção absoluta de vulnerabilidade.

Isto ocorre porque a Súmula Vinculante 593 do STJ, não possui força vinculante, haja vista essa modalidade caber ao STF.

A aplicação da referida Súmula pelo STJ se dá na mesma proporção em teses que foram defendidas em instâncias inferiores, sendo necessário apenas a palavra da vítima que terá valor probatório. Visto que tal prática vem tomando cada vez mais as comarcas e tribunais do país.

Os julgadores e parte da doutrina, vem entendendo que pelas circunstâncias em que acontece o delito e pela gravidade da natureza do crime, é possível superar algumas prerrogativas de que deveriam gozar os agressores e condená-los com base em uma única prova.

Muitos julgados vêm revelando a proteção excessiva dada pelos juízes quando em sede de estupro de vulnerável e que afetam os direitos do agressor. Veja -se o trecho do julgado do TJ/MG:

“Inicialmente, quanto à sugerida fragilidade probatória, ao argumento em que teria a ofendida, de certa forma, consentido com o ato libidinoso, sugerindo ainda, a existência de uma “armação” para prejudicar o réu, ora apelante, tal assertiva, “data vênia”, encontra-se totalmente divorciada da realidade expressada nos autos, principalmente da palavra da vítima, que em circunstâncias como a presente, em sede de delito contra os costumes é dotada de grande validade probatória, dada a clandestinidade que o crime é cometido, pois não seria razoável esperar que alguém por mais ousado que fosse, pudesse cometer um estupro ou atentado violento ao pudor às claras, na presença de várias testemunhas. Ao contrário, são estes delitos, via de regra, praticados em surdina, em locais ermos, escondidos, na calada da noite, onde geralmente a única testemunha dos fatos é o da própria ofendida, que se vê pega de tocaia pelo agente, que, propositalmente, escolheu a oportunidade perfeita para atacar sua vítima, longe dos olhos atentos de terceiros. Ignorar, portanto, nestas hipóteses, a palavra da ofendida, que não tem interesse pessoal nenhum em prejudicar o acusado, mas tão somente em ver apurado o fato, fazendo prevalecer a dúvida gerada pelas declarações do réu que, sem nenhuma surpresa, irá negar o crime, é premiar a desenfreada concupiscência provocada pela insana e anormal lascívia que culmina em atos bárbaros como os verificados neste processo, levados a cabo clandestinidade. É fechar os olhos para a realidade que se mostra às claras em cada rua deserta, em cada beco escuro, em cada terreno baldio, ou em qualquer local semelhante que se desenha como cena

perfeita para o vulpino agente atrair ou surpreender sua próxima vítima”.⁴¹

Conforme observamos, este trata de mais um caso em que deve-se levar em conta as análises com maior aprofundamento, evitando assim aplicar uma injusta condenação ou deixá-la de fazer. Para cada caso uma dedicação que é recomendada é entender o mecanismo que será usado na busca da verdade, seja ela processual ou jurídica. Haja visto trata-se de crime considerado hediondo, cujo regime prisional não é permitido outro que não o integralmente fechado.

Tomamos esse exemplo referente a palavra da vítima pelo motivo de suma importância em muitos casos em que ocorrem o estupro de vulnerável, e embora a vulnerabilidade seja relativa, esta não deixa de ser uma prova. Os julgados ocorrem constantemente e a palavra da vítima é elemento probatório.

Como já apresentado anteriormente, é sabido que Guilherme de Souza Nucci em sua obra trata das mudanças sobre a Lei 12. 015/2009, defende que assim como era possível na norma anterior a consideração de caráter relativo à presunção de violência, no Art. 217- A do Código Penal, é possível também a relativização de vulnerabilidade por fundamentos semelhantes.

“[...] Agora subsumida na figura de vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode -se considerar o menor, com treze anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência comprovada? Ou será possível considerar relativa à vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Esta é posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muitos menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade”.⁴²

Contudo, sabemos que toda e qualquer conduta que envolva o menor de idade (14 anos), no que se refere a dignidade sexual, o bem tutelado, é vista como um ato horrível. O que vigora é uma presunção de violência absoluta, pois presume que a vítima seria incapaz de consentir, levando em conta a idade de 12 anos, importante ponderar, pois trata-se de uma criança. Portanto, afirmar que o menor de idade (14 anos) tem discernimento e entendimento

⁴¹ JUSBRASIL, Inteiro teor. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG: Apelação Criminal AP 1.0000.00.245308-2/000 (1) / MG. Relator: Tibagy Salles. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/5782085/inteiro-teor-11932829> Acesso em 22 jun. 2023.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37, 38.

sobre o intercuro íntimo não é para qualquer pessoa. É necessária uma análise adequada para se provar.

Pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não se admite mais a relatividade sexual quando no caso concreto estão envolvidos um adolescente de 17 anos e uma criança de 12 anos incompletos.

O dispositivo Súmula 593-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. Sua interpretação é inequívoca em relação ao 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. Anteriormente à Súmula, os tribunais discutiam acerca da opção pela vulnerabilidade absoluta do menor de 14 (quatorze) anos quando da prática sexual ainda que o mesmo tenha consentido. Esse posicionamento era majoritário, mas não absoluto.

Mas certos especialistas e jurisprudência, os posicionamentos optaram pela vulnerabilidade relativa em relação a esses menores de 14 anos. A vulnerabilidade do menor de 12 anos é absoluta, o que se discute é maior de 12 e menores de 14 anos.

Há casos e casos. No entanto, a minimização do impacto da vulnerabilidade da vítima é uma circunstância em que, conforme o caso concreto, afasta a situação de risco da ofendida. Vedação à responsabilidade penal objetiva. Vejamos um exemplo:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA – TJ/SC- Recurso Criminal: RCCR XXXXX Cunha Porã XXXXX- 3 Quarta Câmara Criminal. relator Jorge Schaefer Martins. EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL CONTRA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA COM BASE NO ARTIGO 516 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. MOMENTO INADEQUADO. NECESSIDADE DE PROVA JUDICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. RECURSO PROVIDO**

No julgado acima ficou demonstrado que o réu apresentou uma ação expressando sua irresignação sobre o modo como foi julgado.

Entende a doutrina que, a vulnerabilidade prevista pela legislação penal se refere à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual, abrangendo os menores de 14 anos, os portadores de condição de saúde mental, quando não tiverem capacidade de

compreensão para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual.

O legislador teve ótimas intenções, relativizar não é desconsiderar a norma. Ao relativizar o conceito, admite-se prova em contrário, com o objetivo de mitigar a vulnerabilidade do menor no caso em questão. Como ocorreu em alguns julgados apresentados acima. No entanto para o crime de estupro de vulnerável a condenação é medida obrigatória. O que o acusado deve fazer é buscar provar sua inocência.

A Constituição Federal autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da Lei. Quando o Magistrado confere caráter relativo à vulnerabilidade, estará afastando os vícios inicialmente apontados pela doutrina, garantindo constitucionalidade ao Art. 217- A.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, compreende a influência da liberdade individual no campo sexual.

Dessa forma, por todo o exposto, verificou-se que os princípios e normas previstos constitucionalmente transformam-se em regras de conduta, podendo suprir lacunas e omissões da lei, adaptadas a cada caso concreto pelo prisma constitucional, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. As alterações da lei ocorrem objetivando adequar à sociedade contemporânea ao ordenamento jurídico, destacadamente, no que tange à lesividade dos bens penalmente relevantes.

Complementa Nucci: “nesse contexto, o direito penal e constitucional penal, no campo da dignidade sexual, abomina qualquer espécie de constrangimento ilegal, embora em determinados casos a violência pode ser aceitável, desde que realizada com consentimento e entre adultos, pelo que se depara com o princípio da lesividade, em que o Estado só irá intervir quando lesado bem juridicamente tutelado, nesse caso, a dignidade sexual”⁴³.

O autor trouxe uma crítica ao sistema do Direito Penal brasileiro, no que diz respeito a uma notícia datada de 12 de novembro de 2010 (Folha de São Paulo e O Estado de São Paulo), em que relata a prisão de um jovem com idade de 18 anos, acusado de estupro de vulnerável, porque fora encontrado dando um beijo em um rapaz de 13 anos, no saguão de um shopping. Ao que se sabe o beijo era consentido e exposto, apenas, a relação homoafetiva de duas pessoas na juventude. Ocorre que, os frequentadores do referido shopping, acionaram a

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

polícia, o que restou suficiente para que o mesmo fosse preso. Nucci- “Dessa forma, “a relativização da vulnerabilidade é um imperativo de dignidade humana”.⁴⁴

A crítica trazida pelo autor refere-se à vulgarização do direito penal, reportando que caso fossem um casal heterossexual, com as mesmas condições de idade (13 e 18 anos), não sendo o jovem de 18 anos visto como um “estuprador”.

Para o posicionamento do autor, em conformidade com o que ele diz, a pesquisadora José Maria Palacios Mejía complementa: “É injusta a atribuição de estuprador ao jovem que tenha relação sexual com pessoa menor de 14 (quatorze) anos. Inexiste, no caso, relevância jurídico-penal tratando-se de comportamento que não entra em colisão com os cânones da vida saudável, nem afeta a comunidade onde vivem os protagonistas. Em suma, ninguém se inquieta por um fato dessa natureza.”⁴⁵

Entende-se que, não se pode descartar como absurda a ideia de relativizar a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para prática sexual, considerando as características específicas do caso, como pode ser observado através das correntes doutrinárias e dos julgados já referidos.

A doutrina tradicional entende que a vulnerabilidade é absoluta, sendo inválido o consentimento do menor vulnerável, não comportando prova em contrário; a doutrina moderna relativiza a vulnerabilidade, avaliando-se no caso específico, o grau de conscientização do vulnerável para a prática sexual.

Como observado, os princípios constitucionais penais decorrentes da dignidade da pessoa humana, em especial o da exclusiva proteção a bens jurídicos e da adequação social, se faz presente nessa convicção, na medida em que o Estado não pode decidir de tal forma a obstar a liberdade da pessoa no que diz respeito a sua dignidade humana, para punir conduta sem qualquer lesividade e relevância social.

Com base no disposto em lei e nos princípios da Constituição Federal, é evidente que o legislador e magistrado, interpretando o caso concreto poderá aferir ao conceito de vulnerabilidade natureza relativa. Considerações estas que, levará constitucionalidade do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217- A do Código Penal.

Como visto, a aplicação de caráter relativo à vulnerabilidade é fruto da interpretação da lei penal conforme o que estabelece a Constituição Federal. Levando em conta que a

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 837.

⁴⁵ Ibid., p. 838

prática sexual entre os menores vulneráveis e, ou, os enfermos e deficientes mentais é fato aceito no contexto social, não devendo ser ignorada pelo legislador. Entende-se que para tal avaliação atribuiu o conceito da falta de discernimento (caráter absoluto) ou o discernimento incompleto (caráter relativo).

Portanto, considerando que o direito penal não tem o poder de se afastar da realidade, assim como também deve intervir consideravelmente para solucionar as relações jurídicas, entende-se que no referido contexto, é importante considerar a aplicação relativa do conceito de vulnerabilidade como uma abordagem apropriada.

Mas, no entanto, ao se tratar da proteção de crianças menores de 12 anos deve em casos relacionados ao cenário sexual, muitos sistemas legais consideram uma abordagem absoluta. Pois, a lei é clara em garantir a proteção integral dessas crianças e a punição severa dos infratores.

CONCLUSÃO

Desde o Código de 1940 até a presente Lei 12.015/2009, o Direito Penal sofreu diversas alterações quanto aos crimes sexuais. Uma dessas mudanças é a equiparação da punição do estupro e do atentado violento ao pudor, através da Lei dos Crimes Hediondos (1990), no qual descreve que o sujeito passivo pode ser o homem ou mulher, bem como a modalidade do ato sexual relativo à vítima.

A Lei 12.015/2009 trouxe maiores e significativas mudanças no texto legal, entre as quais destacamos a alteração do Título VI do Código Penal brasileiro, em que se reuniu a figura do crime de estupro Art. 213 e do atentado violento ao pudor Art. 214- em um único tipo penal, o estupro de vulnerável que está disposto no Art. 217- A. O referido Título mudou de “Dos crimes contra Costumes” para “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”.

Essa mudança teve como perspectiva maior valorização com relação a sexualidade, pautando-se no princípio da dignidade humana. Ao tipo penal estupro de vulnerável, permite maior amplitude de proteção aos direitos do menor de 14 anos, e os vulneráveis do § 1º do referido artigo, reforçando que há condutas graves e reprováveis como o ato sexual praticado contra a vítima do delito.

A punição prevista para o crime de estupro de vulnerável é respaldada pela necessidade, é fundamentada pela importância, é embasada na proteção efetiva dessas pessoas

vulneráveis, evitando a impunidade e promovendo o afastamento dessa prática criminosa. A Constituição Federal estabelece um mandamento claro nesse sentido, e qualquer tentativa de enfraquecer ou desvirtuar essa proteção seria considerada inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade e garantir uma proteção deficiente ou insuficiente às vítimas de estupro de vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça, preceitua dois posicionamentos, sendo um que vislumbra a relatividade da violência, ou seja, situações fáticas de “experiência sexual” ou “consentimento”, como fatores que excluem a conduta típica, contradizem a visão constitucional da infância defendida pelo Supremo Tribunal Federal. Em contrapartida, temos outra vertente que entende pela presunção absoluta de violência, no que afasta qualquer espécie de julgamento sobre a conduta da vítima.

Como disposto na Súmula 593 do STJ, seguiu-se as lentes de proteção integral, sendo irrelevante julgamento moral e sexual de crianças e adolescentes nos casos de estupro de vulnerável. A decisão reafirma um compromisso básico ao resultado diverso do pretendido com a legalidade e o Estado de Direito, ao impedir que os limites permitidos legitimem a desproteção de direitos básicos do cidadão em desenvolvimento.

Devido ao fato do tema complexo e de grande repercussão social, com finalidade de garantir constitucionalidade ao disposto no Art. 217- A do Código Penal brasileiro, fez-se necessária a interpretação do dispositivo citado em conformidade com os direitos e garantias determinados na Constituição da República.

Observou-se que ao conferir caráter absoluto ao elemento da vulnerabilidade pode entrar em conflito com alguns princípios do Direito Penal, certos dos quais, o do contraditório, a ampla defesa e presunção de inocência. Além disso, isso poderia consagrar a responsabilidade objetiva, o que é excluído do fundamento do Direito Penal contemporâneo, que se baseia na culpabilidade.

Se a vulnerabilidade fosse tratada como elemento absoluto, isso poderia prejudicar a presunção de inocência, uma vez que a mera presença da vulnerabilidade seria suficiente para presumir a culpa do acusado, sem considerar outros fatores relevantes.

Embora o entendimento majoritário seja pela vulnerabilidade absoluta, a necessidade de se punir de forma justa e proporcional condutas específicas exige uma solução rápida. Se a lei comina pena desproporcional, acaba-se por facilitar a impunidade desses crimes.

É fundamental entender que, em função das mudanças sociais ocorridas e detalhes singulares do caso em questão, o entendimento da justiça deve garantir julgamento alinhado à realidade social brasileira e com garantia jurídico- penal necessária a preservação dos direitos fundamentais do vulnerável no país.

Ao fazer isso, podemos garantir que os julgamentos e as conclusões tomadas sejam baseados em evidências confiáveis e que reflitam a verdadeira natureza do caso, em vez de serem influenciadas apenas pela presunção de violência. Vale ressaltar que a interpretação da lei é uma tarefa que cabe aos profissionais do direito, com base nos princípios e diretrizes estabelecidos pela legislação e a Constituição.

Enfim, a Constituição Federal, ao estabelecer a proteção à dignidade humana e aos direitos desses vulneráveis dá respaldo à criminalização e à punição do estupro de vulnerável, conferindo constitucionalidade a esse crime. A legislação penal existente é uma resposta à necessidade de proteger os indivíduos mais vulneráveis e garantir o seu desenvolvimento saudável e seguro.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte especial:** crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública (arts. 213 a 311- A) - v 4. – 17. Ed. rev., e atual – São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553626706> Acesso em: 29 abr. 2023.

-----, **Parte geral- arts. 1º a 120 (vol. 1).** Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555597172> Acesso em: 10 jul. 23. p. 217

BRASIL. **Alteração do Título VI da parte especial do código penal, 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 20 de março de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 03 abr. 2023.

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em 07 abr. 2023

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v. 3:** Parte Especial Arts. 213 a 359-H -21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553624702> Acesso 04 abr. 2023.

CARNEIRO, Ivonete dos Santos. **EDUCAÇÃO E PRÁTICA PEDAGÓGICA. IN: A Educação sexual do deficiente intelectual:** Estudo, discussão e interação. Disponível em: https://anais.unicentro.br/seped/2010/pdf/resumo_25.pdf Acesso em 14 mai. 2023.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado.** p. 650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555593914> Acesso em: 15 mai. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública- Violência sexual infantil, os dados estão aqui, para quem quiser ver.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5> Acesso em: 03 abr. 2023

FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérghamo. **As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes.** Rev. Psicol., v. 27 – n. 2, p. 139-144, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1984-0292/805> Acesso em 12 mai. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559774319> Acesso em: 15 abr. 2023.

JUSBRASIL, Inteiro Teor. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG:** Apelação Criminal AP 1.0000.00.245308-2/000 (1) / MG. Relator: Tibagy Salles. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/5782085/inteiro-teor-11932829> Acesso em 22 jun. 2023.

MIGALHAS. **Relação entre jovens de 17 e 13 anos Não é Estupro: “Namoro Precoce”.** Redação 27 de março de 2023. At. 07:52. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/383692/relacao-entre-jovens-de-17-e-13-anos-nao-e-estupro--namoro-precoce> Acesso em: 11 jun. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597026825> Acesso em 29 abr. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017.

----- **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP).** Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/> Acesso em 14 mai. de 2023

----- **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

----- 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

------. **Manual de direito penal.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

------. **Manual de direito penal:** volume único - 19. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2023 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559646630> Acesso em 04 abr. 2023.

ONU, **Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em 22 abr. 2023.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça. Informativo 675.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Informjuris20/article/view/8857/8972> Acesso em: 22 jun. 2023.

TJPB. **Tribunal de Justiça da Paraíba.** Site de Notícias 04/06/2019. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/camara-criminal-relativiza-vulnerabilidade-da-vitima-e-absolve-acusado-de-estupro-de> Acesso em: 12 jun. 2023.