



UNIVERSIDADE TIRADENTES–UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO– ARTIGO CIENTÍFICO

**PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL EM RELAÇÃO AOS MENORES DE 14 ANOS**

Sheldon José Santos Cruz
Júlio César do Nascimento Rabelo

Aracaju
2020

SHELDON JOSÉ SANTOS CRUZ

**PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL EM RELAÇÃO AOS MENORES DE 14 ANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso–Artigo–
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes–UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em //.

Banca Examinadora

Júlio César do Nascimento Rabelo
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM RELAÇÃO AOS MENORES DE 14 ANOS

RESUMO

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência quanto à natureza da presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável em relação aos menores de 14 anos. Por sua vez, por meio dos objetivos específicos, observaram-se as inovações jurídicas promovidas pela lei 12.015/2009; analisou-se o tipo penal do estupro de vulnerável; e registrou-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto à natureza da presunção de vulnerabilidade do art. 217-A, em relação ao menor de 14 anos. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem que a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável é de natureza absoluta (*iureatiure*). Contudo, os princípios da adequação social, da ampla defesa e do contraditório, evidenciam que a presunção de vulnerabilidade no crime do art. 217-A, do CP, em relação aos menores de 14 anos, é de natureza relativa, devendo-se ser analisadas as circunstâncias fáticas que comprovem a capacidade de autodeterminação da vítima.

Palavras-chave: Art. 217-A, CP. Vulnerabilidade. Menor de 14 anos. Presunção relativa.

ABSTRACT

The general objective of this research is to analyze the positions of doctrine and jurisprudence regarding the nature of the presumption of vulnerability in the crime of rape of the vulnerable in relation to children under 14 years of age. In turn, through the specific objectives, the legal innovations promoted by law 12,015 / 2009 were observed; the criminal type of rape of the vulnerable was analyzed; and the doctrinal and jurisprudential positioning regarding the nature of the presumption of vulnerability of art. 217-A, in relation to children under 14 years old. The Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice recognize that the presumption of vulnerability in the crime of rape of the vulnerable is of an absolute nature (*iure at iure*). However, the principles of social adequacy, broad defense and

contradictory, show that the presumption of vulnerability in the crime of art. 217-A, of the CP, in relation to minors under 14 years of age, is of a relative nature, having to be analyzed the factual circumstances that prove the victim's capacity for self-determination.

Keywords: Art. 217-A, CP. Vulnerability. Under 14 years old. Relative presumption.

1 INTRODUÇÃO

O crime de estupro de vulnerável foi inserido no art. 217-A, do Código Penal com o advento da lei 12.015/2009, a qual também lhe conferiu natureza hedionda.

Trata-se de delito que somente é punido a título de dolo, ou seja, o agente tem que dirigir a sua conduta dolosamente a praticar ato libidinoso ou ter conjunção carnal com as pessoas elencadas no artigo 217-A, *caput* e § 1º, do CP, não se exigindo finalidade específica.

No que diz respeito ao sujeito ativo, o crime é comum, uma vez que pode ser praticado por qualquer pessoa. Já em relação ao sujeito passivo, trata-se de crime próprio, uma vez que as vítimas só podem ser: indivíduo menor de 14 anos, ou portador de enfermidade ou deficiência mental; ou incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

Segundo a doutrina, o crime de estupro de vulnerável consuma-se quando o agente pratica qualquer ato libidinoso com a vítima, sendo irrelevante se houve ou não penetração, ou se esta foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

A doutrina e jurisprudência divergem quanto à natureza da presunção de vulnerabilidade do crime do art. 217-A, do CP, quanto ao menor de 14 anos, havendo posicionamentos no sentido de que se trata de presunção de natureza absoluta, de modo que o ato libidinoso ou a conjunção carnal praticados com quaisquer das pessoas identificadas como vulneráveis, torna a conduta típica. Bem como entendimento de que a presunção é de natureza relativa, uma vez que o menor de 14 anos tem capacidade de autodeterminação para consentir ou não com a prática sexual ou libidinosa.

Desta forma, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 593) reconhecem que a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, em relação ao menor de 14 anos, é de natureza absoluta (*iure et iure*), não se admitindo, dessa forma, prova em contrário.

Entretanto, importante destacar que o reconhecimento da presunção absoluta (*iureatiure*) de vulnerabilidade enseja a responsabilização objetiva do autor, o que não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência quanto à natureza da presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável em relação aos menores de 14 anos. Por sua vez, por meio dos objetivos específicos, observaram-se as inovações jurídicas promovidas pela lei 12.015/2009; analisou-se o tipo penal do estupro de vulnerável; e registrou-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto à natureza da presunção de vulnerabilidade do art. 217-A, em relação ao menor de 14 anos.

Esta pesquisa visa contribuir para a composição e robustecimento de materiais científicos concernentes ao tema objeto do estudo, qual seja a análise da natureza da presunção de vulnerabilidade do tipo penal previsto no art. 217-A, do CP.

2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 Do tipo penal

O crime de estupro de vulnerável está previsto no artigo 217-A, do CPB, cuja redação foi dada pela lei 12.015/2009.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)¹

¹BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>>. Acesso em: 24mar. 2020.

São verbos-núcleo do tipo penal: ter e praticar. Assim, o legislador define que incide no crime de estupro de vulnerável aquele que tem conjunção carnal ou pratica qualquer outro ato libidinoso com vítima menor de 14 anos; ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, não possuindo o necessário discernimento para a prática do ato; ou que não pode oferecer resistência por qualquer outra causa.

A conjunção carnal se caracteriza pela introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, ou seja, quando há o coito, a copulação. Já o ato libidinoso se configura no ato sexual sem conjunção carnal².

Importante destacar que após a promulgação da lei 12.015/2009o crime de estupro de vulnerável passou a ter natureza hedionda (art. 1º, inciso VI, da lei 8.072/90)³.

2.2 Objeto Jurídico e Bem Jurídico Tutelado

O bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, é a dignidade sexual.

Já o objeto jurídico é a liberdade sexual.

2.3 Elemento Subjetivo

O crime de estupro de vulnerável só admite a modalidade dolosa, ou seja, o agente deve dirigir a sua conduta dolosamente a praticar ato libidinoso ou ter conjunção carnal com as pessoas discriminadas no artigo 217-A, *caput* e § 1º, do CP.

O tipo penal não exige finalidade específica.

2.4 Sujeitos Ativo e Passivo

Em razão do tipo penal não exigir nenhuma qualidade específica do sujeito ativo, o crime de estupro de vulnerável é classificado doutrinariamente como comum, uma vez que pode ser praticado por qualquer pessoa.

Entretanto, quanto ao sujeito passivo, trata-se de crime próprio, já que as vítimas só podem ser: indivíduo menor de 14 anos; aquele que por enfermidade ou deficiência mental

²CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 104.

³BRASIL. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>>. Acesso em: 22 maio 2020.

não tenha discernimento necessário para a prática do ato; ou aquele que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

2.5 Consumação e Tentativa

Segundo Greco, o crime de estupro de vulnerável consuma-se com “a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação”⁴, ou “no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima”⁵.

2.6 Ação Penal

O parágrafo único do artigo 225, do Código Penal estabelece que a ação penal no crime de estupro de vulnerável é pública incondicionada.

3 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM RELAÇÃO AO MENOR DE 14 ANOS E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

Em 25 de outubro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 593, por meio da qual definiu que o crime de estupro de vulnerável se consuma com a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, ainda que haja eventual consentimento da vítima, independentemente da experiência sexual desta ou da existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.

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 agente⁶.

Assim, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos é de natureza absoluta, sendo irrelevante o

⁴GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 539.

⁵ GRECO, Loc. cit.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 593. Data de julgamento: 25 de outubro de 2017. Data de publicação: 06 de novembro de 2017. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

contexto social estabelecido, no sentido de o ato sexual, independentemente da idade de quem o pratique (princípio da razoabilidade), ser uma ação socialmente aceita.

Dessa forma, consoante entendimento consubstanciado na Súmula 593, do STJ o princípio da adequação social não se aplica ao crime de estupro de vulnerável por atentar contra as garantias asseguradas à vítima pelo artigo 227 da Constituição Federal, bem como pelos artigos 3º e 4º, da lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Logo, para o Superior Tribunal de Justiça, a anuência da vítima quanto à prática do crime de estupro de vulnerável é irrelevante, não legitimando, portanto, o ilícito penal.

O Supremo Tribunal Federal também tem se manifestado no sentido de que a presunção de vulnerabilidade no crime do art. 217-A, do CP é de natureza absoluta, “sendo irrelevante para a caracterização do crime se o ato foi consentido pelo menor de 14 (quatorze) anos, face ao seu estado de vulnerabilidade de não ter a real consciência do significado e das conseqüências do ato sexual”⁷.

Contudo, é necessário observar que a realidade social, ao contrário do Direito, não é estática, mas variável, de modo que uma conduta formalmente típica pode ter sua materialidade afastada em razão da aplicação do princípio da adequação social.

Segundo Rogério Sanches, o princípio da adequação social estabelece que apesar de uma conduta estar prevista em lei, não será ela considerada típica em virtude de ser socialmente adequada ou reconhecida, ou seja, não há reprovabilidade social em relação àquela.

O princípio da adequação social foi idealizado por HANS WELZEL⁷⁰, definindo que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. O princípio da adequação tem duas funções precípuas: (A) de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal (limitando sua interpretação ao excluir as condutas socialmente aceitas) e (B) de orientar o legislador na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, atuando, também, no processo de descriminalização de condutas. Assim, o princípio da adequação social apresenta as mesmas funções do princípio da intervenção mínima, embora possuam fundamentos distintos- aquele, a aceitação da conduta pela sociedade; este, a ínfima relevância da lesão ao bem jurídico⁸.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 0207403-78.2009.8.23.0010. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 02 de maio de 2018. Data de publicação: 04 de maio de 2018. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574028293/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1113427-rr-roraima-0207403-7820098230010?ref=serp>>>. Acesso em 25 maio 2020.

⁸CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 81.

Assim, destoando do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e assentando-se no princípio da adequação social, o consentimento da vítima menor de 14 anos à prática de ato sexual pode sim afastar a tipicidade material do crime de estupro de vulnerável, uma vez que atualmente as crianças e adolescentes são expostas à sexualidade desde muito cedo, o que lhes ocasiona o amadurecimento e a autodeterminação sexual precoces.

4 DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

Segundo o Dicionário Aurélio, vulnerável é aquele que está sujeito a ser atacado ⁹.

O legislador infraconstitucional estabelece no artigo 217-A, do Código Penal que vulnerável é o menor de 14 anos; aquele que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato; ou o que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

Assim, diante do conceito legal, é possível depreender que o legislador, a fim de definir o vulnerável, utilizou-se de critérios etário, biológico e psicológico.

Realizando-se uma interpretação literal do art. 217-A, do CPB observa-se que para que reste consumado delito de estupro de vulnerável basta à prática do ato libidinoso ou da conjunção carnal com quaisquer das pessoas determinadas no tipo penal, afastando-se desse modo a incidência do princípio da adequação social e desconsiderando a capacidade de autodeterminação sexual da vítima no que atine à capacidade de consentir com a prática do ato.

Logo, observa-se que o legislador estabeleceu um critério objetivo quanto à definição do tipo penal do art. 217-A, do CPB em relação ao menor de 14 anos, afrontando a liberdade sexual deste, o qual, conforme dito, apesar da idade, mas em razão da realidade social em que vive, tem capacidade para permitir ou não a prática sexual ou libidínosa.

Nesse mesmo sentido, conforme já apresentado no item anterior, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 593, também estabelece que o art. 217-A traz um critério objetivo quanto à tipificação do estupro de vulnerável em relação aos menores de 14 anos, assegurando que a anuência da vítima quanto à prática delitiva é irrelevante, não legitimando, portanto, o ilícito penal

Entretanto, acertado é o entendimento de Bitencourt, ao afirmar que “a vítima pode ser vulnerável, ou pode não ser, devendo-se examinar casuisticamente a situação para

⁹ Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=Vulner%C3%A1vel+>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

constatar se tal circunstância pessoal se faz presente nela, ou não”¹⁰. Assim, é necessária a análise das circunstâncias do caso concreto a fim de se observar se o menor de 14 anos, à época do fato, tinha ou não capacidade para consentir ou não com a prática sexual.

5 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Tribunais de Justiça de diversos Estados no Brasil têm se posicionado no sentido de reconhecer que a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável em relação aos menores de 14 anos é de natureza relativa. Assim, se as circunstâncias do caso concreto demonstrarem que a vítima, apesar da idade, tinha capacidade volitiva para consentir para a prática do ato sexual, restará afastado o tipo penal do art. 217-A, do CP.

Diante disso, a seguir serão apresentados posicionamentos jurisprudenciais nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. ERRO DE TIPO. ART. 20, § 1º, DO CP. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. DESCONHECIMENTO PELO AGENTE. PALAVRA DA VÍTIMA. RECURSO NÃO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 593, DO STJ. 1. A negativa do réu de conhecimento da menoridade da vítima, corroborada pelas declarações harmônicas da vítima, inspira, sem nenhuma dúvida, a percepção de ser ela maior de 14 (quatorze) anos de idade, configurando o erro de tipo quanto à idade da ofendida. 2. O erro *in re* evidencia a ausência do dolo necessário à configuração do delito de estupro de vulnerável, ocasionando, conseqüentemente, o reconhecimento da atipicidade do fato, eis que ausente ameaça ou violência e presente o consentimento da menor. 3. No sistema processual penal brasileiro, vige o princípio do *in dubio pro reo*, consubstanciado na tese de que a existência de provas conflitantes nos autos, ou mesmo a ausência de elementos aptos a confirmarem a autoria do delito, conduzem à absolvição do acusado nos termos do Art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal. 4. A Constituição afirma que a família deve ser vista e protegida dentro de um contexto social, sendo reconhecida como imprescindível à própria existência da sociedade, se mostrando desproporcional, desarrazoado e contraditório dissolver a relação familiar existente entre o apelante e a vítima. 5. **Não há que se falar em aplicação da sumula 593, do STJ, posto que os fatos não se coadunam com seus termos.** Família constituída sobrevivendo exclusivamente a expensas do Recorrido, além do mesmo ter sido induzido a erro pela vítima. 6. Recurso desprovido¹¹.

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita#_ftn4>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação criminal nº 00017266920188010003, da Câmara Criminal. Relator: Pedro Ranzi. Data de julgamento: 30 de abril de 2020. Data de publicação: 04 de maio de 2020. **Lex:**

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE RELATIVIZADA ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSENTIMENTO DA MENOR. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. Se o substrato probatório produzido revela **que a vítima tinha conhecimento, discernimento e capacidade de resistir à conjunção carnal com ela praticada, à qual consentiu a absolvição, em tais casos, é a medida mais sensata, dada a atipicidade material da conduta** (art. 386, inciso III, CPP). APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA (grifo nosso)¹².

PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE RELATIVA DA VÍTIMA. MENOR DE 14 ANOS. INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Se o ilícito praticado não teve o condão de macular a integridade da vítima, menor de quatorze anos à época dos fatos, e tão pouco atentar contra valores fundamentais tutelados pelo tipo penal, de modo a incidir o princípio da intervenção mínima do Estado, na medida em que o Direito Penal deve servir como a ultimaratio, e neste caso específico, não subsiste fundamento firme o suficiente para sustentar a condenação do réu pela prática do crime de estupro de vulnerável, devendo ser confirmada a sentença absolutória. 2. Recurso conhecido e não provido¹³.

APELAÇÃO CIVEL. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 17 anos, e a ofendida, de 13 anos. 2. **Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato.** Indemonstradas, ademais, a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. 3. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. RECURSO DESPROVIDO¹⁴. (grifo nosso)

Jurisprudência do TJAC. Disponível em: <<<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/840550907/apelacao-apl-17266920188010003-ac-0001726-6920188010003/inteiro-teor-840550970?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

¹²BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação criminal nº 02285950720118090004, da 1ª Câmara Criminal. Relator: Drª. Lília Mônica de Castro Borges Escher. Data de julgamento: 08 de fevereiro de 2018. Data de publicação: 15 de março de 2018. **Lex:** Jurisprudência do TJGO. Disponível em: <<<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/556941891/apelacao-criminal-apr-2285950720118090004?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

¹³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação criminal nº 00064776420148070006, da 1ª Turma Criminal. Relator: Cruz Macedo. Data de julgamento: 12 de março de 2020. Data de publicação: 30 de março de 2020. **Lex:** Jurisprudência do TJDF. Disponível em: <<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/826148857/64776420148070006-segredo-de-justica-0006477-6420148070006?ref=serp>>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

¹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70060949922, da 7ª Câmara Cível. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Data de julgamento: 22 de agosto de 2014. Data de publicação: 26 de agosto de 2014. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/70060949922/apelacao-civil-70060949922>>>.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. **Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes. Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada.** Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP¹⁵. (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRAACIONAL ANÁLOGO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INDEFERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME PERICIAL E DETERMINAÇÃO DE ARQUIVAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. É de ser mantido o indeferimento de realização de novo exame pericial, bem como a determinação de arquivamento do procedimento para averiguação de estupro de vulnerável. **No caso concreto, restou afastada a vulnerabilidade, em razão do consentimento na relação sexual, que ocorreu durante uma relação de namoro, consentida também por ambos os genitores.** NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. UNÂNIME¹⁶. (grifo nosso)

Assim, são circunstâncias fáticas que exemplificam a relativização da presunção de vulnerabilidade: relação sexual consentida durante período de namoro entre vítima e suposto autor; circunstâncias que evidenciam a capacidade de autodeterminação da vítima em

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136115890/apelacao-civel-ac-70060949922-rs?ref=serp>>. Acesso em: 25 maio 2020.

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70055863096, da 8ª Câmara Cível. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Data de julgamento: 28 de maio de 2014. Data de publicação: 09 de julho de 2014. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126884657/apelacao-crime-acr-70055863096-rs?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

¹⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070131503, da 8ª Câmara Cível. Relator: Alexandre Kreutz.. Data de publicação: 20 de julho de 2017. Data de julgamento: 13 de julho de 2017 **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/479896026/apelacao-civel-ac-70070131503-rs/inteiro-teor-479896044?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

consentir com a prática da relação sexual; e ausência de elementos indicativos de que a vítima foi coagida à prática sexual.

Reconhecer a presunção de vulnerabilidade no crime do art. 217-A, do CP como sendo de caráter absoluto (não cabe prova em contrário) enseja a consagração da responsabilidade penal objetiva, a qual não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, bem como atenta contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV, da CF/88, em razão da não possibilidade de produção de provas em contrário, nem tampouco da garantia dos meios de defesa.

Desta forma, Francisco Dirceu Bastos propõe uma nova redação ao art. 217-A, do CP, de modo que nele passe a constar a expressão “conhecendo o agente ativo esta circunstância”, locução esta que segundo ele, no caso concreto, evidencia a vulnerabilidade da vítima¹⁷.

Portanto, o reconhecimento da presunção absoluta (*iureatiure*) de vulnerabilidade enseja a responsabilização objetiva do autor, o que não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro; bem como atenta contra os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, já que subtrai do agente do direito de produzir prova em contrário e de defender-se.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto vale salientar determinadas reflexões acerca do presente trabalho, às quais se mostraram relevantes ao objetivo pretendido, qual seja, a demonstração de que é admissível o reconhecimento da presunção relativa de vulnerabilidade em relação ao art. 217-A, do CP.

A lei 12.015/2009 inseriu no Código Penal o art. 217-A, o qual tipifica o crime de estupro de vulnerável, tendo-lhe também conferido natureza hedionda (art. 1º, inciso VI, da lei 8.072/90).

O bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável a dignidade sexual, e o seu objeto jurídico é a liberdade sexual.

O crime do art. 217-A, do CP consuma-se quando o agente pratica qualquer ato libidinoso com a vítima, sendo irrelevante se houve ou não penetração, ou se esta foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

¹⁷BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais**. Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/17215/a-natureza-juridica-da-vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais>>>. Acesso em: 25maio. 2020.

Ponto polêmico em relação ao crime de estupro de vulnerável é quanto à natureza da presunção de vulnerabilidade, no sentido de ser ela de natureza absoluta ou relativa. Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 593 pacificou o seu entendimento no sentido de reconhecer que o crime do art. 217-A, em relação ao menor de 14 anos, se consuma com a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso, ainda que haja eventual consentimento da vítima, independentemente da experiência sexual desta ou da existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.

O Supremo Tribunal Federal também se posiciona no mesmo sentido, reconhecendo que o estado de vulnerabilidade do menor de 14 anos é presumido em razão da vítima não possuir a real consciência do significado e das conseqüências do ato sexual.

Desta forma, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça reconhecem que a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, em relação ao menor de 14 anos, é de natureza absoluta (*iure et iure*), não se admitindo, dessa forma, prova em contrário.

Contudo, assentando-se no princípio da adequação social, é necessário observar a evolução social e moral no que atine às práticas sexuais, no sentido de se avaliar, diante do caso concreto, a capacidade de autodeterminação do menor de 14 anos para consentir ou não para a prática do ato sexual ou libidinoso.

Reconhecer uma presunção absoluta de vulnerabilidade é incidir na responsabilidade penal objetiva, a qual não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, bem como atentar contra os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável em relação aos menores de 14 anos é de natureza relativa, uma vez que o menor de 14 anos tem plena capacidade para decidir se quer ou não praticar o ato sexual ou libidinoso, devendo sua autodeterminação ser examinada de acordo com as circunstâncias concretas do caso.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais**. Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/17215/a-natureza-juridica-da-vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais>>>. Acesso em: 25 maio. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 593. Data de julgamento: 25 de outubro de 2017. Data de publicação: 06 de novembro de 2017. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação criminal nº 02285950720118090004, da 1ª Câ. Relator: Drª. Lília Mônica de Castro Borges Escher. Data de julgamento: 08 de fevereiro de 2018. Data de publicação: 15 de março de 2018. **Lex:** Jurisprudência do TJGO. Disponível em: <<<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/556941891/apelacao-criminal-apr-2285950720118090004?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70060949922, da 7ª Câmara Cível. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Data de julgamento: 22 de agosto de 2014. Data de publicação: 26 de agosto de 2014. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136115890/apelacao-civel-ac-70060949922-rs?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070131503, da 8ª Câmara Cível. Relator: Alexandre Kreutz.. Data de publicação: 20 de julho de 2017. Data de julgamento: 13 de julho de 2017 **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/479896026/apelacao-civel-ac-70070131503-rs/inteiro-teor-479896044?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação criminal nº 00064776420148070006, da 1ª Turma Criminal. Relator: Cruz Macedo. Data de julgamento: 12 de março de 2020. Data de publicação: 30 de março de 2020. **Lex:** Jurisprudência do TJDF. Disponível em: <<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/826148857/64776420148070006-segredo-de-justica-0006477-6420148070006?ref=serp>>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70055863096, da 8ª Câmara Cível. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Data de julgamento: 28 de maio de 2014. Data de publicação: 09 de julho de 2014. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126884657/apelacao-crime-acr-70055863096-rs?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação criminal nº 00017266920188010003, da Câmara Criminal. Relator: Pedro Ranzi. Data de julgamento: 30 de abril de 2020. Data de publicação: 04 de maio de 2020. **Lex:** Jurisprudência do TJAC. Disponível em:<<<https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/840550907/apelacao-apl-17266920188010003-ac-0001726-6920188010003/inteiro-teor-840550970?ref=serp>>>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 0207403-78.2009.8.23.0010. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 02 de maio de 2018. Data de publicação: 04 de maio de 2018. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574028293/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1113427-rr-roraima-0207403-7820098230010?ref=serp>>>. Acesso em 25 maio 2020.

_____. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>>. Acesso em: 22 maio 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita#_ftn4>. Acesso em: 16 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial (arts. 213 a 359-H).** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120).** Salvador: JusPodivm, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial.** 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.