

ESCOLA DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

JÚLIA FLORIAN DE CASTRO

**O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E A
PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA DAS VÍTIMAS DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL PELA SÚMULA N. 593, DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Porto Alegre

2021

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA DAS VÍTIMAS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PELA SÚMULA N. 593, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Júlia Florian de Castro¹
Marcos Eduardo Faes Eberhardt²

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com a finalidade de verificar se o entendimento das Câmaras Criminais, acerca presunção de vulnerabilidade das vítimas de estupro de vulnerável, coincide com o conteúdo da Súmula nº 593, do STJ, e, em caso negativo, quais os critérios adotados que ensejam a relativização. Para tanto, a metodologia de pesquisa adotada utilizou-se dos métodos de abordagem dedutivo e dialético. As técnicas utilizadas para coleta de dados foram a revisão bibliográfica, a coleta de jurisprudência acerca do objeto de pesquisa e a análise da legislação nacional vigente. A partir da presente pesquisa, foi possível identificar que o Tribunal gaúcho, a depender do caso concreto, de fato, julga de encontro com o entendimento sumulado, utilizando-se, por vezes, de critérios vedados pela própria Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Dignidade sexual; estupro de vulnerável; artigo 217-A; súmula 593 do STJ; vulnerabilidade; presunção absoluta; presunção relativa.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em seu artigo 227, § 4º, prevê que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”³. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2020, foram registrados 44.879 boletins de ocorrência pelo crime de estupro de vulnerável, configurando 73,7% dos casos totais de estupro⁴.

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, tipificou-se o artigo 217-A, do Código Penal, crime de estupro de vulnerável, definido como a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”⁵. Assim, o

¹ Graduanda do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: juliafloriancastro@edu.pucrs.br

² Orientador: Professor da Faculdade de Direito da PUCRS. Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. E-mail: marcos.eberhardt@pucrs.br.

³ BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 out. 2021.

⁴ FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 15/07/2021**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/7-os-registros-de-violencia-sexual-durante-a-pandemia-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

⁵ BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em:

bem jurídico tutelado, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, é “a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental que não tenha capacidade de discernir a prática do ato sexual (art. 217-A, *caput* e § 1o)”⁶. Além disso, conforme ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete, o legislador, através da Lei nº 12.015/2009, ao extinguir “a presunção de violência contida no revogado art. 224 [...] teve a intenção de excluir possíveis indagações a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais”⁷.

Nesse sentido, anos depois, o Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso Especial 1.480.881-PI, Relator Min. Schietti Cruz, julgado em 26.08.2015⁸, decidido sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, CPC/1973), reconheceu o caráter absoluto de vulnerabilidade dos ofendidos menores de 14 anos⁹, fixando a Súmula nº 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.¹⁰

Entretanto, não obstante o entendimento firmado pela Corte Superior, de presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos, há na jurisprudência brasileira, mais especificamente, para os fins deste trabalho, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decisões que vão de encontro aos conteúdos sumulado e legislado, dizendo respeito ao consentimento da relação sexual ou sobre a conduta/pessoa da vítima, como no seguinte caso:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 13 ANOS À ÉPOCA DO FATO. ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE ERRO DE TIPO. CIÊNCIA, POR PARTE DO RÉU, DA IDADE REAL DA VÍTIMA. PROVA INSUFICIENTE NESSE PONTO. A vítima, com 13 anos de idade à época do fato, admite ter mantido um **breve relacionamento com o réu e ter consentido com a relação sexual**. No entanto, **não**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 out. 2021.

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4 - crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553617067. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617067/>. Acesso em: 03.10.2021. Pg. 114.

7 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597028010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. p. 466. Acesso em: 03 out. 2021.

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.480.881-PI**. Relator Min. Schietti Cruz, julgado em 26.08.2015. Recursos Repetitivos. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf]. Acesso em: 03 out. 2021.

⁹ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Crime de Estupro de Vulnerável e a Necessidade de Periculosidade da Conduta**. Revista dos Tribunais. Vol. 973/2016. P. 195-217. Nov/2016. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula nº 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. Dje 06/11/2017. RSSTJ vol. 46, p. 689. RSTJ vol. 248, p. 851. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@NUM=%27593%27&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 out. 2021.

esclarece o fato de ter ou não mentido sua idade, o que não pode ser presumida pela sua compleição física, pois apesar de não aparentar ter 18 anos, também não aparenta ter menos de 14 anos. Para a condenação do réu nos lindes do art. 217-A do Código Penal, tal como descrito na denúncia, era necessário que estivesse satisfatoriamente comprovado nos autos, não apenas que ele tenha praticado conjunção carnal com a adolescente, mas também que ele tivesse ciência inequívoca de que a vítima tinha menos de 14 anos de idade, uma vez que o sexo consentido com pessoas de 14 anos ou mais, não configura crime algum. Assim, não se pode manter a condenação do réu por estupro de vulnerável, se a prova dos autos não indica, com a certeza necessária, que o réu soubesse ou, ao menos, pudesse **inferir de sua compleição física, ou de outras circunstâncias, que a vítima tinha 13 anos de idade.** Absolvição que se impõe, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.(Apelação Criminal, Nº 70083656116, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em: 31-08-2020)¹¹

Dessa forma, o presente trabalho busca, em pesquisa mais aprofundada da jurisprudência, verificar o entendimento predominante da Corte estadual gaúcha acerca da presunção de vulnerabilidade da vítimas menores de catorze anos, no ano de 2021. Feita tal análise, se verificado o entendimento dominante pela relativização da vulnerabilidade, serão apontados os critérios arrolados pelo TJRS que embasem a confrontação com a posição sumulada do Superior Tribunal de Justiça.

2. BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO DOS CRIMES SEXUAIS

Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso “a função básica do Direito Penal é a de defesa social”¹², que se realiza:

[...] através da chamada *tutela jurídica*: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico).¹³

No Brasil, a legislação mais antiga à disciplinar as transgressões penais cometidas pelos indivíduos foi o Livro V, das Ordenações Filipinas, datada de 1603, cuja codificação perdurou até depois da Independência, em 1822¹⁴. A legislação, em seu Título XVIII, determinava que “Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro com

¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70083656116**, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em: 31-08-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 03 out. 2021.

¹² FRAGOSO, Fernando. **Lições de Direito Penal A Nova Parte Geral**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 02

¹³ *Ibidem*, p. 02.

¹⁴ RIBEIRO, Larissa Mariá Rodrigues. LOPES, Rosimeire das Dores. SILVA, Jéssica Maria Gonçalves Da. **Estupro De Vulnerável: Uma Análise Acerca Da Vulnerabilidade Das Vítimas Menores De 14 Anos**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.22, n.129, p. 42-60, ago./set. 2021. p. 02.

seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.”¹⁵ Nesses casos, a pena de morte era aplicada mesmo se “o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja per vontade dela, (...) assim como se com ela não houvesse casado”¹⁶. Dessa forma, pode-se dizer que o apenamento proposto para a conduta de conjunção carnal contra a vontade da vítima era demasiadamente severo, como disserta Fragoso sobre as características das penas instituídas à época:

A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade.¹⁷

Além disso, o Código Criminal do Império, advindo da Constituição do Império do Brasil de 1824, teve vigência a partir de 1830. Foi pioneiro na utilização do termo “estupro”, abrindo o tema dos delitos sexuais com o Capítulo II, intitulado “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra”, que tipificava a conduta do estupro nos artigos 219 a 224 (caso de menores de idade)¹⁸ que preceituavam:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.
 Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.
 Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.
 Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.
 Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.
 Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.
 Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.
 Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
 Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a ofendida.
 Se a violentada fôr prostituta.
 Penas - de prisão por um mez a dous annos.
 Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.
 Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.
 Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

¹⁵ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Livro 5 Tit. 18: Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade.** Ordenações Filipinas *on line*. Portugal. 1998. Disponível em: [www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm]. Acesso em: 07 out. 2021.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ FRAGOSO, Fernando. **Lições de Direito Penal A Nova Parte Geral**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 59.

¹⁸ RIBEIRO, Larissa Mariá Rodrigues. LOPES, Rosimeire das Dores. SILVA, Jéssica Maria Gonçalves Da. **Estupro De Vulnerável: Uma Análise Acerca Da Vulnerabilidade Das Vítimas Menores De 14 Anos**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.22, n.129, p. 42-60, ago./set. 2021. p. 02.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.¹⁹

Chama a atenção que, à época, o diploma legal tratava dos menores de idade como sendo os menores de dezessete anos, não distinguindo se o crime era cometido contra crianças menores de catorze anos, como realizado atualmente. Ademais, o artigo 225, do Código Imperial, determinava que “Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.”²⁰. Todavia, a pena era reduzida significativamente quando a mulher vítima de estupro não era “honesta”, isto é, prostituta.

A partir da promulgação do Decreto nº 847 de 1890, vigente na República, o delito de estupro passou a ser retratado como sendo apenas a conjunção carnal, por isso no Título VIII “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultraje público ao pudor” era previsto o Capítulo I “Da Violencia Carnal”²¹. À vista disso, o estupro foi estabelecido pelos artigos 268 e 269, que descreviam:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcoticos.²²

Assim, visível o pequeno avanço trazido pelo agravamento da pena para o crime de estupro cometido contra as prostitutas. Contudo, em que pese mais grave, percebe-se, ainda, diferenciação com as mulheres “públicas” ou prostitutas, demonstrando tratar-se, nesses casos, de crime de menor gravidade, porquanto não eram consideradas “honestas”. Em tempo, continuou evidente a apreensão do legislador da época para com o modo que a mulher “honesta” seria vista pela sociedade depois de “deflorada”, visto que, mesmo tratando-se de grave delito, poderia ser obrigada a casar com seu abusador.

Desse modo, pode-se concluir que, para a sociedade da época e, portanto,

¹⁹ BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm]. Acesso em 07 out. 2021.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ RIBEIRO, Larissa Mariá Rodrigues. LOPES, Rosimeire das Dores. SILVA, Jéssica Maria Gonçalves Da. **Estupro De Vulnerável: Uma Análise Acerca Da Vulnerabilidade Das Vítimas Menores De 14 Anos**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 22, n.129, p. 42-60, ago./set. 2021. p. 03.

²² BRASIL. **Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm]. Acesso em: 07 out. 2021.

ao legislador, importava a imagem da mulher em momento prévio ao crime, para que fosse caracterizado como mais ou menos grave; e posterior ao delito, pois forçada ao casamento para que não ficasse “mal vista”. Dessa maneira, percebe-se que havia grande preocupação com a imagem e honra da mulher vítima de estupro sob a égide dos costumes sobressalentes do período histórico, ao que melhor uma mulher casada à uma mulher solteira de “deflorada”, e que o crime não seria tão grave, caso se tratasse de mulher que utilizava seu corpo como sustendo, mesmo que tenha sido acometida por crime tão bárbaro.

Igualmente, nesse diploma legal, evolução perceptível é vista pela criação do artigo 272, no Código Penal de 1890. Isso porque, foi concebida, pela primeira vez, a ideia de presunção de violência, a qual ocorria quando a vítima era menor de dezesseis anos²³. Ressalte-se que, até o momento, não havia menção sobre o tipo de ação penal que o cometimento do crime estupro ensejaria, tendo sido fixado pelo Código de 1890 que se trataria de ação penal privada em seu artigo 407, que estabelecia:

Art. 407. Haverá lugar a acção penal:

§ 1º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a.

§ 2º Por denuncia do ministerio publico, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se:

1º, os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante;

2º, os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calumnia e injuria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274.

§ 3º Mediante procedimento ex-officio nos crimes inafiançaveis, quando não for apresentada a denuncia nos prazos da lei.²⁴

A exceção à regra estava presente no artigo 274, que determinava a natureza pública da ação penal nos casos em que a ofendida fosse miserável ou asilada de algum estabelecimento de caridade; se do estupro resultasse morte, perigo de vida ou alteração grave da saúde da ofendida; ou se o crime fosse perpetrado com abuso do pátrio poder ou da autoridade do tutor, curador ou preceptor.²⁵

Na data de 07 de dezembro de 1940, foi promulgado o até então vigente Código Penal, o qual tipificou o crime de estupro no artigo 213, cuja pena prevista era de três a oito anos, e ainda explicitava o sujeito passivo do crime sendo a mulher. Além disso, passa a diferenciar adolescentes de crianças, visto que nos artigos subsequentes há tipificação e, até mesmo qualificação dos delitos, se as vítimas são menores de dezoito e maiores de catorze anos. Nesse sentido, ainda há a presunção de violência fixada pela legislação anterior, com a mudança para

²³ BRASIL. **Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Codigo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm]. Acesso em: 07 out. 2021.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ RIBEIRO, Larissa Mariá Rodrigues. LOPES, Rosimeire das Dores. SILVA, Jéssica Maria Gonçalves Da. **Estupro De Vulnerável: Uma Análise Acerca Da Vulnerabilidade Das Vítimas Menores De 14 Anos**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 22, n.129, p. 42-60, ago./set. 2021. p. 03.

vítimas menores de catorze anos.²⁶

Em seguida, foi deliberada a Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com objetivo principal de detalhar sobre a “proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, outorgando a estes o *status* de cidadãos especiais, de acordo com a Constituição de 1988, em razão de peculiaridades da personalidade infanto-juvenil”²⁷. De sua edição, o ECA alterou o artigo 213, do Código Penal, qualificando a conduta quando cometida contra menores de catorze anos, pelo que passaria a incursar uma pena de quatro a dez anos.²⁸

Grande mudança ocorreu no código repressivo com a edição da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. O Título VI deixa de chamar “Dos Crimes Contra Os Costumes”, vindo a ser intitulado “Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual”²⁹. Houve acentuado aumento de pena cominado ao artigo 213, do Código Penal, que passou a ser de seis a dez anos, qualificando a conduta nos casos de (§ 1º) lesão corporal de natureza grave ou vítima menor de dezoito e maior de catorze anos, em que a pena seria de oito a doze anos; e (§ 2º) se do crime resulta morte, prevendo pena de doze a trinta anos. Sendo assim, evidente que o crime de estupro tornou-se inexcusável, não dizendo mais respeito à pessoa da ofendida ou sua imagem perante a sociedade, e sim, ao comportamento abominável do estuprador. Conforme ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, “a violência é vedada em qualquer cenário, mesmo que se trate de comercialização do corpo humano e dos prazeres dele derivado”³⁰, e mais:

Foi-se o tempo em que a proteção penal destinava-se somente à mulher honesta. Não mais é a época para imiscuir os costumes sexuais (os tais bons costumes) no contexto das violações sexuais violentas. Qualquer estupro é atentatório à dignidade humana e, como tal, precisa ser punido.³¹

Além disso, através da legislação, foi alterada a nomenclatura do Capítulo II, antes chamado de “Da Sedução e Da Corrupção de Menores”, para “Dos Crimes

²⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS **Legislação Informatizada - Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940 - Publicação Original**. Publicação: Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911 (Publicação Original). Coleção de Leis do Brasil - 1940, Página 187 Vol. 7 (Publicação Original) Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 07 out. 2021.

²⁷ RODRIGUES, Ellen. **Os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e os horizontes possíveis a partir da Justiça Restaurativa: influxos abolicionistas em tempos de expansão punitiva a partir da extensão acadêmica**. Revista Direito e Práxis [online]. 2021, v. 12, n. 01. pp. 642-686. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/57201>. Epub 03 Mar 2021. ISSN 2179-8966. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/57201. Acesso em: 08 out. 2021

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm]. Acesso em: 08 out. 2021.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art3]. Acesso em 08 out. 2021.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014. p. 47.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014. p. 48.

Contra Vulnerável”. Dessa forma, a origem do artigo 217-A, do Código Penal, que prevê sanção ao novo crime denominado “estupro de vulnerável” (cujas especificidades serão abordadas no tópico 3.2), revogando o antigo artigo 224:

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 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.³²

Em tempo, relevante anotar que a Lei nº 12.015/2009 também alterou a Lei nº 8.072/1990, classificando, tanto o crime de estupro, quanto o de estupro de vulnerável, assim como suas formas qualificadas, como sendo delitos hediondos, cujas limitações inerentes a essa característica estão presentes no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

Desse modo, a legislação penal brasileira, de seu princípio, preocupava-se com a imagem, a honra e os costumes, de modo que expiava a conduta do réu em detrimento da pessoa ofendida, seja por seu modo de vida, seja pelo olhar da sociedade perante a mulher solteira e “deflorada”. Evoluindo sensivelmente ao longo do tempo, evidente que a lei nacional era, e ainda é, um reflexo da sociedade do período. A cada alteração, seu objetivo passa a ser voltado para a conduta concreta perpetrada pelo agente responsável pelo evento criminoso, como há de ser, e menos em elementos que possam dizer respeito à vítima e sua imagem perante a sociedade.

3. OS DELITOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ARTIGO 213 X ARTIGO 217-A

A Lei nº 12.015/2009 alterou o Código Penal de 1940, a começar pelo Título VI nomeado “Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual”, bem como o Capítulo I, que foi intitulado “Dos Crimes Contra A Liberdade Sexual”. Bittencourt afirma que tal liberdade é “diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros”³³ e que a mudança trazida pela legislação reconheceu que “os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a

³² BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art3]. Acesso em 08 out. 2021.

³³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 48.

personalidade do ser humano”³⁴.

Além disso, a Lei nº 12.015/2009 também modificou o Capítulo II, do Código Penal, agora denominado “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, inserindo os crimes cometidos contra menores de catorze anos, sendo eles: (I) o estupro de vulnerável (artigo 217-A); (II) a corrupção de menores (artigo 218); (III) a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (artigo 218-A); competindo à finalidade do presente trabalho apenas o item “I”; mesmo modo outros delitos cuja norma define a vítima como sendo a pessoa menor de dezoito anos (artigos 218-B e 218-C).

Dessa maneira, nos seguintes subtópicos será realizado um breve comparativo entre os delitos de estupro e estupro de vulnerável, com o fim de apontar cada um de seus elementos específicos, tendo em vista a existência de similitudes nas condutas para consumação dos tipos penais.

3.1 O estupro (artigo 213 do Código Penal)

O crime de estupro, tipificado no artigo 213, do Código Penal, prevê uma sanção de seis a dez anos de reclusão para a conduta de “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”³⁵. Ademais, há o tipo penal do estupro em sua forma qualificada, quando (§ 1º) houver lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, em que a pena passa a ser entre oito a doze anos de reclusão; e (§ 2º) se da conduta resulta morte, cujo apenamento será de doze a trinta anos³⁶.

Sobre os elementos do tipo penal, constrangimento representa o ato de tolher a liberdade, forçar ou coagir³⁷, mediante violência ou grave ameaça, alguém, isto é, qualquer pessoa humana³⁸ à prática de ato sexual. Nesse sentido, o termo “conjunção carnal” pode ser entendido como a cópula vagínica, com penetração completa ou incompleta, do órgão genital masculino na cavidade vaginal³⁹. Já o vocábulo “ato libidinoso” seria “todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual”⁴⁰ à exemplo da “*fellatio in ore*, o lesbianismo, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus*, a sodomia etc”⁴¹.

Neste tipo penal, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual, ensinando a doutrina de Bittencourt como sendo:

[...] o direito de exercerem [a mulher e o homem] a sua sexualidade, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se

³⁴ *Ibidem*, p. 48.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 2.048, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 08 out. 2021.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.862

³⁸ *Ibidem*, p. 862.

³⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 49.

⁴⁰ *Ibidem*, 49.

⁴¹ *Ibidem*. p. 49.

assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, praticados sem o consentimento da vítima, o *bem jurídico* protegido continua sendo a *liberdade individual*, mas na sua expressão mais elementar: a *intimidade* e a *privacidade*, que são aspectos da *liberdade individual*; aliás, assumem dimensão superior quando se trata da *liberdade sexual*, atingindo sua plenitude ao tratar da *inviolabilidade carnal*, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro.⁴²

No tocante aos sujeitos do delito, Capano ensina que “tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativos e passivos do fato típico descrito na norma [...] não lhes sendo necessária nenhuma qualidade especial.”⁴³. Dessa forma, “o estupro pode ocorrer, indistintamente, em relação hétero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher)”⁴⁴. Sinala-se, todavia, pelas lições de Cezar Roberto Bittencourt, para a configuração da conjunção carnal, diferentemente do ato libidinoso, os sujeitos devem ser, obrigatoriamente, homem e mulher:

Em outros termos, a conjunção carnal implica sempre uma relação heterossexual, envolvendo homem e mulher, mulher e homem, que, teoricamente, podem ser sujeito ativo ou passivo, a partir da atual definição legal⁴⁵.

Por fim, outro requisito objetivo para configuração do crime de estupro é a presença de violência ou grave ameaça. Novamente, pela ilustre doutrina de Bittencourt, “O termo violência empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima.”⁴⁶. Já a grave ameaça, esta constitui “a intimidação, na ameaça de um mal grave e sério, capaz de impor medo à vítima”⁴⁷.

3.2 O estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal)

O artigo 217-A do Código Penal, engendrado pela Lei nº 12.015/2009, concebe o ato de “Ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”⁴⁸, impondo ao agente uma pena de reclusão de oito a quinze anos.

⁴² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 50.

⁴³ CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade sexual: Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009**. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 38.

⁴⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 52.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 52.

⁴⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 55.

⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 56.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 2.048, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 08 out. 2021.

Além do menor de catorze anos, o § 1º do dispositivo define que na mesma pena incorrerá aquele que praticar a conduta descrita no tipo penal 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 resistência⁴⁹. Ademais, a conduta pode ser qualificada se (§ 3º) resulta lesão corporal de natureza grave, impondo uma sanção de dez a vinte anos de reclusão; e (§ 4º) se resulta morte, prevendo o apenamento de doze a trinta anos de reclusão⁵⁰. Ratifica-se, ainda, que o estupro de vulnerável é, tanto em sua forma simples, quanto em suas formas qualificadas, considerado crime hediondo (Lei nº 8.072/1990)⁵¹.

Ao que diz com os sujeitos ativo e passivo admitidos pelo tipo penal, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, respeitando-se a limitação da relação sexual heterossexual nos casos em que haja conjunção carnal, diferentemente no tocante aos atos libidinosos diversos, que poderão ser praticados através de relação homo ou heterossexual, assim como no estupro. Quando ao sujeito passivo, este foi fixado, evidentemente, como sendo o menor de catorze anos, as pessoas enfermas ou deficientes mentais, ou, ainda, as pessoas que não tem discernimento ou não podem resistir à prática do ato sexual, podendo o vulnerável também pertencer à qualquer sexo⁵². Oportunamente, sinala-se, o presente trabalho cingirá seu debate de maneira mais aprofundada, no crime de estupro de vulnerável, unicamente quanto ao critério etário.

Ademais, através do dispositivo, são tutelados os aspectos da dignidade sexual do menor de catorze anos, quais sejam “o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”⁵³. Dessa forma, de acordo com o Código Penal, “vulnerável” é a pessoa “menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e à exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual”⁵⁴.

4. A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS MENORES DE CATORZE ANOS NA LEGISLAÇÃO E NA SÚMULA 593, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Código Penal afastou o critério etário utilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, onde condidera-se criança aquele com doze anos incompletos e adolescente quem possui mais de doze e menos de dezoito anos⁵⁵. Dessa forma, o código repressivo, cominado com a alteração ao Capítulo II pela Lei nº 12.015/2009,

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm]. Acesso em: 08 out. 2021.

⁵² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 105

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2**. 36ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597028010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 467

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2**. 36ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597028010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 466.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 466.

estabeleceu tratamentos diferentes entre o menor de catorze anos e o menor de dezoito e com até catorze anos⁵⁶, pelo que admite-se duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de catorze anos), que trataremos aqui, e outra relativa (menor de dezoito anos)⁵⁷.

Ocorre que, mesmo antes da alteração realizada pela Lei nº 12.015/2009, o atualmente revogado artigo 224, do Código Penal, referia que “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; [...]”⁵⁸, pois “a presunção de violência se fazia presente uma vez que a elementar violência constituía os tipos de estupro e atentado violento ao pudor”⁵⁹, isto é, “considerava-se violenta a relação sexual do agente com menor de 14 anos”⁶⁰. Todavia, discutia-se a natureza da ficção de violência criada pelo legislador, se relativa (*juris tantum*) ou absoluta (*juris et de jure*)⁶¹. O debate ocorria na jurisprudência, conforme explica André Vinícius Monteiro, da seguinte forma:

Para aqueles que advogavam a tese da presunção relativa, comprovada situação em que a vítima apresentara vida sexual ativa – ausente o constrangimento, restaria apenas a absolvição do réu –, posto não se configurar a elementar violência. Para aqueles, por sua vez, que se filiavam à corrente da presunção absoluta, a demonstração de aspectos subjetivos da vítima que concluíssem pela ausência de violência real não seria obstáculo à condenação.⁶²

Decorrente do Projeto de Lei nº 253/2004, de autoria da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito o Congresso Nacional sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes⁶³, o artigo 217-A, do Código Penal teria o escopo de findar os debates sobre presunção de violência, tendo como justificativa de sua inclusão:

Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança e adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPML 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

⁵⁶ *Ibidem*, p. 466.

⁵⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 101

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 2.048, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 09 out. 2021.

⁵⁹ MONTEIRO, André Vinícius. **Vulnerabilidade: análise de um novo paradigma para os crimes sexuais**. Revista Jurídica Da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v.5, p. 69-98, 2014. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2014/92997.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 04

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014. p. 112

⁶¹ MONTEIRO, André Vinícius. **Vulnerabilidade: análise de um novo paradigma para os crimes sexuais**. Revista Jurídica Da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v.5, p. 69-98, 2014. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2014/92997.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 04

⁶² *Ibidem*, p. 04.

⁶³ MONTEIRO, André Vinícius. **Vulnerabilidade: análise de um novo paradigma para os crimes sexuais**. Revista Jurídica Da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v.5, p. 69-98, 2014. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2014/92997.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 05

vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não 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.⁶⁴

Dessa maneira, teve o legislador a intenção de findar os debates acerca da relativização da presunção de violência, a substituindo pelo conceito de vulnerabilidade que não admitiria mitigação⁶⁵. No ponto, César Roberto Bittencourt considerou tal movimento uma “tentativa dissimulada [do legislador] de estancar a orientação jurisprudencial que ganhava corpo no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência”⁶⁶.

Com isso, o artigo 217-A não possibilitou a ideia de presunção, e sim, o pilar de ser uma norma unicamente proibitiva, que se baseia em dado exclusivamente objetivo, qual seja, a idade⁶⁷. Guilherme de Souza Nucci revela o melhor caminho ser a avaliação do grau de conscientização do menor de catorze anos para a prática de atos sexuais, porquanto “a lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade”⁶⁸. Além disso, faz a seguinte reflexão:

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.[...] Dispõe o art. 68 da Lei nº 12.594/2012 que “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima”. Incentiva-se, legalmente, a visita íntima, que é a prática de relações sexuais no estabelecimento estatal onde se encontra detido o menor infrator. Essa medida nada mais é do que a consagração da pura realidade, vale dizer, o reconhecimento do Estado de que menores de 18 anos começam cedo a vida sexual [...]. Diante disso, ao mesmo tempo em que a Lei nº 12.594/2012 autoriza a visita íntima (relação sexual) para todo adolescente, desde que viva em união estável (ou casamento), a Lei nº 12.015/2009 estipula constituir estupro ter qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. Ora, para

⁶⁴ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004**. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3638945&ts=1630442209066&disposition=inlin e]. Acesso em 10 out. 2021.

⁶⁵ MONTEIRO, André Vinicius. **Vulnerabilidade: análise de um novo paradigma para os crimes sexuais**. Revista Jurídica Da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v.5, p. 69-98, 2014. Disponível em: <http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2014/92997 .pdf>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 05

⁶⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 108.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014. p. 114.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 114.

o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se adolescente, permitindo-se a internação, a pessoa com, pelo menos, 12 anos. Diante desse conflito aparente de normas, parece-nos razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual.⁶⁹

Por sua vez, César Roberto Bittencourt sustenta que há pessoas que possuem graus mais e menos elevados de vulnerabilidade, e que, o legislador, na sua decisão de não prever o constrangimento carnal no artigo 217-A, mas tão somente a prática sexual com menor de catorze anos, considerou, como sujeito passivo, alguém absolutamente vulnerável⁷⁰. Nessa senda, o doutrinador afirma que a realidade prática da vulnerabilidade pode não se apresentar com tamanha gravidade, pelo que haveria a necessidade de um juízo de valoração segundo o caso concreto⁷¹.

Entretanto “tem prevalecido, nos tribunais, o entendimento de ser vulnerabilidade absoluta [a que trata o artigo 217-A, do Código Penal]”⁷². Tanto é assim que, em 26 de agosto de 2015, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, unanimemente, através do voto do Relator, Min. Rogério Schietti, no Recurso Repetitivo Resp 1.480.881/PI, fixou a Súmula nº 593, a qual determina que o crime de estupro de vulnerável ocorre mediante conjunção carnal ou prática de ato libidinoso diverso com indivíduo menor de catorze anos, apontando a irrelevância de consentimento do ofendido, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o perpetrador do ato sexual⁷³.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A fim de mapear a quantidade de julgamentos ocorridos, que digam respeito à matéria do estupro de vulnerável, bem como a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca da presunção de vulnerabilidade da vítima, foram considerados apenas recursos de apelação julgados e publicados no *site*⁷⁴, no período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2021.

Em um primeiro momento, para se ter o panorâma geral dos acórdãos publicados atinentes à matéria, a pesquisa foi realizada no site mediante o filtro

⁶⁹ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 111.

⁷¹ *Ibidem*, p. 111.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014. p. 115.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula nº 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. Dje 06/11/2017. RSSTJ vol. 46, p. 689. RSTJ vol. 248, p. 851. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@NUM=%27593%27&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁷⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Pesquisa de Jurisprudência**. Porto Alegre/RS: 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-olr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa]. Acesso em: 15 out. 2021.

“Ementa”. Com isso, utilizando-se da palavra-chave “estupro de vulnerável”, constatou-se a presença de 744 (setecentos e quarenta e quatro) julgados, incluindo todos os tipos de recursos. Em seguida, aplicado o filtro “Tipo de Processo”, utilizando a opção “Apelação Criminal” e a palavra-chave antes referida, o número de julgados reduziu, significativamente, para 256 (duzentos e cinquenta e seis) Apelações Criminais julgadas no período.

A partir disso, refinou-se a busca com a finalidade de abarcar a Súmula nº 593, do STJ, com os filtros antes referidos, exceto ao local da busca, a qual ocorreu no “Inteiro teor” das decisões, acrescentadas as palavras-chave “súmula 593” e, em uma segunda busca, alterando o termo para “súmula nº 593”. Assim, a filtragem resultou em um total de 38 (trinta e oito) acórdãos de Apelações Criminais sobre estupro de vulnerável e que citam o entendimento sumulado, julgadas entre 01/01/2021 e 31/10/2021.

Dessa maneira, foram reunidos julgados das Câmaras Criminal com o objetivo de demonstrar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do RS acerca do crime estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade da vítima.

5.1. A 5ª Câmara Criminal do TJRS

A Apelação Criminal nº 70084532662, de Relatoria da Desembargadora Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, julgado em 25.02.2021, trata-se de recurso defensivo à decisão do juízo *a quo*, que condenou o réu às penas de 09 anos e 06 meses de reclusão, pelos crimes descritos no artigo 217-A, do Código Penal e no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente. A defesa do acusado teria alegado a “pertinência da tese de relativização da presunção de violência no caso concreto, considerando para tanto a prova de consentimento nas relações sexuais entre vítima e denunciado”⁷⁵.

No acórdão, acerca do caso concreto, a Magistrada referiu que “dos autos, todas as testemunhas ouvidas em juízo - além do próprio réu e da ofendida - afirmam [...] a ocorrência de relações sexuais entre vítima e acusado”⁷⁶. Mantendo a condenação exarada em primeiro grau, a Desembargadora fundamentou o seguinte:

Assim, tenho como impossível cogitar de aplicação da tese de relativização da presunção de violência ao caso concreto, uma vez tratar-se de situação em que vítima e réu - pai de três filhos - possuíam, ao início das relações sexuais, respectivamente, 12 e 30 anos de idade, não refletindo hipótese em que a ofendida estava na iminência de completar 14 anos de idade - momento em que não mais seria considerada vulnerável pelo ordenamento jurídico. O critério etário do artigo 217-A, do Código Penal, e a consequente vulnerabilidade da vítima representam ficções legais que se amoldam exatamente à presente situação fática, onde, embora comprovado o consentimento nas relações sexuais, não restam dúvidas quanto à existência de manipulação e domínio psicológico por parte do inculpado em desfavor da ofendida, o que serve ao endosso fático da violência presumida pela legislação. E essa conclusão não se baseia

⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70084532662**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, Julgado em: 25-02-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁷⁶ *Ibidem*.

apenas pela grande diferença de idade entre ambos - 18 anos -, mas, especialmente, a partir da extensa prova documental acostada aos autos, consistente em diálogos via WhatsApp entre acusado e ofendida. [...] Ao passo que a vítima, com a ingenuidade própria de uma menina que está entrando na adolescência, dirigia-se ao réu sempre com muita admiração, entusiasmo, apreço, buscando falar sobre assuntos da vida em geral e de seu dia a dia, chegando inclusive próximo de certa dependência sentimental - ativamente incentivada por G. J. C. -, o inculpada limitava-se a responder o que a adolescente falava sem grande atenção, demonstrando muito mais interesse quando mandava mensagens com conteúdo sexualizado - o que ocorria com considerável frequência -, pedindo fotos nuas da vítima ou então falando sobre a relação sexual que mantinham [...]. É certo que a adoção de um critério etário objetivo na redação do tipo penal de estupro de vulnerável não se mostra juridicamente a melhor escolha. Explico. Ao assim estabelecer, a decisão legislativa ocasionou situações em que o texto legal impede a necessária individualização do caso concreto pelo julgador, permitindo com isso a produção de resultados judiciais injustos, não à luz da concepção individual de justiça desta julgadora, mas à luz dos preceitos constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade que, em matéria penal, orientam a análise acerca da tipicidade da conduta e da aplicação da lei penal. Tanto é assim que, não obstante as redações do art. 217-A, do Código Penal, e da Súmula nº 593, do STJ, construiu-se entendimento jurisprudencial pelo TJRS em sentido contrário aos dispositivos normativos mencionados, sendo inúmeros os precedentes onde entendeu-se como correta, de acordo com a situação fática posta em cada feito, a relativização da presunção de violência contra vítima menor de catorze anos nos casos de estupro de vulnerável. Entretanto, entendo como impossível cogitar de adequação entre a tese jurídica de relativização da presunção de violência - consagrada nos Tribunais - e o caso concreto. [...] Portanto, impossível relativizar a presunção de violência estabelecida pelo texto legal, sobretudo quando o conjunto probatório endossa exatamente a ficção jurídica consagrada no tipo penal em questão.⁷⁷

Assim, optando pela não relativização do critério etário, a Magistrada motivou seu posicionamento em três pontos. (1) A ofendida não estava na iminência de completar catorze anos, (2) a diferença de idade entre réu e vítima – dezoito anos -, não obstante o consentimento das relações sexuais, em razão da (3) evidente manipulação do acusado para com a ofendida, baseada nas conversas que os sujeitos mantinham no *Whatsapp*.⁷⁸

Na Apelação Criminal nº 70084491596, de Relatoria da Desembargadora Lizete Andreis Sebben, julgada em 25.02.2021, tem-se recurso defensivo de sentença condenatória às penas de doze anos de reclusão, pelo crime previsto no artigo 217-A, do CP, e de dois anos e 10 dias de prisão simples, pela prática da contravenção penal do artigo 63, I, da Lei nº 3.688 de 1941. Conforme o acórdão, o

⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70084532662**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, Julgado em: 25-02-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁷⁸ *Ibidem*.

acusado era motorista de ônibus escolar e teria mantido relações sexuais com a ofendida, que contava com 13 anos de idade na data do fato. Na oportunidade, a Desembargadora manteve a condenação do acusado pelo crime de estupro de vulnerável, sob a seguinte fundamentação:

Ademais, depreende-se das provas dos autos que a vítima sofreu os abusos sexuais em análise desde os 13 anos de idade, conforme certidão de nascimento da fl. 16. [...] Ainda que os fatos tenham se perpetrado até que a vítima tenha completado 14 anos de idade, a lei presume e protege a inocência da criança e do adolescente como pessoas em pleno desenvolvimento. Desse modo, não há o que se considerar sobre eventual anuência ou intenção em praticar atos libidinosos. É o entendimento da súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): [...] Da mesma forma, os esforços da defesa do réu para descrever alegada promiscuidade da vítima, repetindo-se tais colocações em diversos depoimentos, denotam a intenção de se apresentar suposta justificativa para eventual relação entre as partes. [...] ⁷⁹

Nesse caso, a Desembargadora frisou acertadamente a inviabilidade de se considerar o consentimento da ofendida, quando menor de catorze anos, conforme a Súmula nº 593, do STJ, bem como de acatar aos argumentos defensivos que apontavam promiscuidade por parte da vítima⁸⁰, isto é, experiência sexual anterior.

5.2. A 6ª Câmara Criminal do TJRS

A Apelação Criminal nº 70080826167, de Relatoria do Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blates, julgada em 31.03.2021, reformou sentença proferida em primeiro grau, que condenava o acusado pelo crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal, às penas de 08 anos de reclusão, em regime semiaberto. O caso analisado pelo Magistrado, tratava-se do suposto cometimento de estupro de vulnerável, cometido contra a vítima qua possuía doze anos de idade, resultando, do relacionamento mantido entre as partes, uma gestação⁸¹. O Desembargador assim respaldou a absolvição:

[...] entendo que se mostra necessária a flexibilização da regra contida no artigo 217-A, caput, do Código Penal, considerando os argumentos que passo a expor e as particularidades do caso concreto. Inicialmente, registro que, em que pese assentado na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento no sentido de que “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”, conforme o disposto na Súmula

⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70084491596**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 25-02-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70080826167**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blates, Julgado em: 31-03-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

593 do Superior Tribunal de Justiça, entendo que em situações dotadas de extrema excepcionalidade se mostra admissível e necessária a flexibilização do critério etário do artigo 217-A, caput, do Código Penal. E isto porque, ainda que o verbete sumular antes mencionado sirva como orientação a ser seguida pelos demais órgãos julgadores, não possui efeito vinculante, devendo ser verificada sua aplicabilidade em cada caso concreto. Na espécie, cumpre ressaltar que o critério etário não pode ser apreciado de forma absoluta, na medida em que, assim sendo, estaríamos diante de manifesta responsabilidade objetiva, o que é vedado na esfera penal. [...] evidenciado que as relações sexuais mantidas pela vítima e o réu se deram de maneira consensual, em contexto de relacionamento afetivo que, ainda que não desde o princípio, era de conhecimento da família da ofendida e por esta autorizado, o que, somado às condições pessoais do acusado, que tinha 18 anos quando iniciou o namoro com a vítima [...].⁸²

No acórdão, não obstante comprovação de materialidade e autoria do fato, entendeu pela flexibilização do critério etário, vez que as relações sexuais ocorreram com consentimento da ofendida, em contexto de relacionamento afetivo que era de conhecimento e autorizado pela família da vítima, e o acusado possuir apenas dezoito anos⁸³, sendo “egresso da adolescência”⁸⁴.

De mesma Relatoria, a Apelação Criminal nº 70085019586, julgada em 24.06.2021, negou provimento ao recurso defensivo contra sentença condenatória proferida pelo juízo *a quo*, adotando a referida decisão como razão de decidir, que condenou o acusado à pena de 08 anos de reclusão, pelo crime de estupro de vulnerável⁸⁵. Eis a fundamentação levantada pelo Desembargador:

Registro que, em que pese entendimento jurisprudencial admitindo a flexibilização do critério etário do artigo 217-A, caput, do Código Penal, o que se mostra admissível apenas em situações dotadas de extrema excepcionalidade, está assentado na jurisprudência dos tribunais superiores que “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”, conforme o disposto na Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, referendando o espírito do legislador ao prever regramento mais severo às hipóteses de violência sexual contra menores de 14 anos. Embora desprovido de efeito vinculante, destaco que o verbete sumular antes mencionado serve como orientação a ser seguida pelos demais órgãos julgadores, prestigiando, inclusive, a segurança jurídica das decisões proferidas pelo Poder Judiciário e o tratamento igualitário entre os jurisdicionados, o que, aliás, ganhou maior força e relevância a partir dos artigos 926 e 927, ambos do Código de Processo Civil, versando sobre a uniformização da jurisprudência nos

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (6ª Câmara Criminal). Apelação Criminal, **Nº 70085019586**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blates, Julgado em: 24-06-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_.html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

Tribunais.

Na espécie, oportuno salientar que a opção do legislador, inquestionavelmente, detém critério objetivo, não sendo permitido ao julgador interpretar a regra de modo diverso do espírito legislativo, o que, ao fim e ao cabo, configura negativa de vigência ao ordenamento legislativo, em especial aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao caso que se encontra em julgamento.

A presunção absoluta de vulnerabilidade prevista no tipo penal é destinada a proteger a criança e o adolescente durante o período em que se constrói aquele discernimento necessário para a tomada de futuras decisões com maturidade e consciência nas demais fases da vida, sem que sejam alvos de um amadurecimento precoce e distorcido, prestigiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Contudo, ainda que se cogitasse de uma relativização da vulnerabilidade da vítima, esta deve ser cotejada em cada caso concreto. Na espécie, conforme devidamente esmiuçado na sentença recorrida, inexistente qualquer dúvida quanto ao consentimento da ofendida com a relação mantida com o apelante. Todavia, em seu relato judicial, a ofendida detalhou que sofria pressão por parte do réu por ser virgem, sendo, inclusive, obrigada e forçada a manter relações sexuais com o apelante em certas ocasiões.⁸⁶

No caso, tratava-se de vítima com 13 anos na data do fato, que constituiu relacionamento amoroso com o acusado, inclusive morando juntos⁸⁷. Foi apontado pelo magistrado, como fundamento para não se relativizar a presunção de vulnerabilidade, o fato de a ofendida ter referido que manteve relações sexuais com o acusado forçadamente, e de o agente possuir 25 anos de idade⁸⁸ - percebendo-se, portanto, a maior diferença de idade entre os sujeitos como um dos fatores determinantes. Por fim, objetivando fulminar a tese de erro de tipo levantada pela defesa, argumentou a evidente tenra idade da vítima, passível de verificação através de fotografias⁸⁹.

5.3. Posicionamento da 7ª Câmara Criminal do TJRS

Na Apelação Criminal nº 70084088483, de Relatoria do Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, julgada em 28.10.2021, trata-se de recurso ministerial contra sentença absolutória, do delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal, proferida em primeiro grau. Assim, os motivos que levaram o Magistrado a decidir pela absolvição:

Em que pese a declaração do réu de que os fatos se deram mediante o consentimento da ofendida, bem como de que não tinha ciência da idade da adolescente, a sua condenação se impõe. [...]

O laudo psicológico das fls. 102/104v, realizado pela psicóloga judiciária, aponta relatos de mudança no comportamento da menina.

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ *Ibidem.*

Descreve que a ofendida passou por um período conturbado, apresentando sintomas depressivos, como humor deprimido, perda de interesse e de disposição para a realização de atividades cotidianas, diminuição de apetite, com significativa perda de peso, perturbações do sono (pesadelos), diminuição da autoestima (sentia-se um lixo) e ideias de inutilidade (“não servia mais para nada”). Além disso, outros sintomas foram observados na adolescente, tais como reações agressivas, ansiedade e tristeza.[...]

Em que pese a alegação relativa ao consentimento da adolescente, já que ela teria trocado mensagens com o acusado e, ainda, informado à esposa deste (mídia da fl. 25) que não fora forçada a manter contato físico com L., tal circunstância não afasta a configuração do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal. É incontestável a prática de relação sexual do réu com a menor de 14 anos, o que configura o referido delito, independentemente do consentimento ou do uso de violência ou grave ameaça. [...]

Contudo, a realidade escancara que o réu, um homem de 31 anos de idade, casado, vizinho da ofendida há aproximadamente um ano, que convivia com familiares desta, a apanhou perto da escola – destaque: Escola de Ensino Fundamental –, levou-a para um motel e protagonizou os atos sexuais que culminaram com a conjunção carnal.

Neste contexto, era dever irrefutável do réu questionar e certificar-se da idade da adolescente com quem pretendia manter relações sexuais.

Absurda, ainda, a alegação de que a adolescente insistiu para ir ao motel e, no local, forçou a conjunção carnal, mesmo diante da relutância do homem adulto. A tese defensiva é ofensiva ao bom senso.⁹⁰

O caso concreto demonstra que o acusado, vizinho da ofendida, possuía 31 anos, enquanto a vítima contava com 13 anos de idade, e que ele a teria levado a um motel, contra a vontade dela⁹¹. A decisão absolutória foi reformada pelo Tribunal *ad quem*, após o Magistrado apontar (1) as consequências sofridas pela ofendida em razão da prática do crime, e (2) a diferença de idade entre os sujeitos (dezoito anos), reforçando a superior maturidade do acusado com relação à da vítima⁹², fulminando a argumentação defensiva de que a ofendida poderia ter influenciado o réu à praticarem relações sexuais.

5.4. Posicionamento da 8ª Câmara Criminal do TJRS

A Apelação Criminal nº 70082622523, de Relatoria da Desembargadora Fabianne Breton Baisch, julgada em 30.06.2021, trata-se de recurso defensivo acerca de sentença proferida pelo juízo *a quo*, que condenou o réu à pena de 08

⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70084088483**, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em: 28-10-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_.html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

anos de reclusão, pela prática do delito de estupro de vulnerável⁹³. O acórsão negou provimento ao recurso, mantendo a condenação, sob a seguinte fundamentação aludida na decisão:

[...] E não se há falar na atipicidade da conduta do incriminado, por relativização da presunção da vulnerabilidade da vítima, ao argumento de que a prática sexual, no caso, ocorreu com o consentimento e mediante iniciativa da lesada. Com efeito, o consentimento da vítima, assim como o seu comportamento ativo na relação havida com o ora embargante, desponta absolutamente irrelevante na adequação típica da conduta, porque o tipo penal incriminador - estupro de vulnerável - não traz como elementar a ocorrência de qualquer modalidade de constrangimento. Após o advento da Lei nº 12.015/2009, à configuração do tipo penal em questão, basta ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Assim, indubitável que a mens legis do preceito supramencionado, visa justamente a proteger as crianças e adolescentes menores de 14 anos, pessoas incapazes de discernir, fazer opções responsáveis e maduras sobre sua sexualidade e tomar atitudes pelas quais se possam responsabilizar. Daí que, para a caracterização do delito, prescindível a comprovação do consentimento da vítima, bastando a prova de sua menoridade [...] hipótese em que se presume a violência do ato, a conduta do réu - jovem, porém adulto maduro - voltada a explorar essa condição, [...]. No ponto, não olvido que a prova angariada evidencia que as partes tinham certo envolvimento afetivo - porém, nem de longe, indicando relação equiparada à vida conjugal, a afirmação de que réu e vítima moraram juntos, exposta nas razões recursais, estando dissociada dos autos. Aliás, sequer relação de namoro havia entre eles, a natureza do envolvimento sendo classificada como “ficantes”. Ocorre que esse contexto não torna válido o consentimento expressado pela menina, porque a capacidade física, mental e emocional das crianças e pré-adolescentes ainda está em desenvolvimento, sendo, portanto, indivíduos extremamente influenciáveis e incapazes de dispor livre e conscientemente sobre seu corpo, sua sexualidade, justamente por isso certo o enquadramento legal de “vulneráveis”. [...]

Aliás, a 3ª Seção da Corte Cidadã, em 25 de outubro de 2017, aprovou a Súmula n.º 593, sedimentado, então, o entendimento de que, para a configuração do tipo previsto no art. 217-A do Estatuto Penal Repressivo, desimporta eventual consentimento da vítima, bem assim eventual experiência sexual anterior, além de relacionamento afetivo entre ambos. Veja-se aludido verbete: “O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”.

In casu, cabia ao acusado, indivíduo adulto, com 20 anos de idade, à época do evento, já prestes a completar 21 (1 mês depois dos fatos),

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70082622523**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 30-06-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

com 7 anos de diferença etária da vítima (nascida em 13.06.2000), refrear sua libido, o que não fez, agindo frontalmente contra os mínimos rudimentos dos padrões éticos vigentes. [...] aqui, em que se está diante de prática sexual eventual, ocorrida durante um final de semana em que vítima e réu passaram juntos, de forma clandestina, sem o conhecimento dos genitores, porque a menina teria mentido à mãe que iria para a casa do pai, transparecendo nítido que o acusado se aproveitou da vulnerabilidade, inocência e imaturidade da ofendida (inexperiente em questões sexuais, tendo sido a primeira relação sexual que teve, desvirginada que foi pelo réu), com ela mantendo conjunção carnal, mesmo sabedor de sua idade, o ato revelando-se claramente abusivo.⁹⁴

In casu, o acusado, com vinte anos, manteve relações sexuais com a ofendida, de treze anos. A defesa havia pugnado pela absolvição do réu por atipicidade da conduta, em razão do consentimento da vítima, “relativizando a vulnerabilidade desta”⁹⁵. A Desembargadora, mesmo reconhecendo que houve, de fato, o consentimento da ofendida, entendeu não ser caso de relativização da presunção de absoluta de vulnerabilidade, em razão do critério etário, e, mesmo modo, pois os sujeitos não mantinham um relacionamento amoroso duradouro, sendo, apenas, “ficantes”⁹⁶.

Na Apelação Criminal nº 70080602329, de Relatoria da Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta, julgada em 17.05.2021, trata-se de recurso ministerial à sentença que absolveu dois acusados pela prática de estupro de vulnerável, em que a vítima possuía doze anos⁹⁷. A Magistrada firmou pé na confiabilidade dos relatos da ofendida em juízo, bem como acostou a seguinte fundamentação:

Súmula 593 do STJ: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Embora o enunciado reflita o rumo tomado pela iterativa jurisprudência da mencionada Corte, este não possui força vinculante e efeito proibitivo de que se prolate decisões em sentido contrário, cabendo o detido exame das peculiaridades de cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário. Tanto que tenho me posicionado pela viabilidade da relativização da vulnerabilidade em casos muito pontuais, o que não é a situação dos autos, que tem como vítima uma adolescente com 12 anos de idade e o agressor com 34 anos à época dos fatos, primo do genitor da ofendida, relação da qual resultou uma gestação.

A presente discussão tampouco se limita à precoce iniciação sexual de jovens e à maximizada exposição destas a informações e até mesmo a estímulos circundando suas libidos.

Envolve, sobremaneira, infringência a dever de contenção e de

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70080602329**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 17-05-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

privação pelo réu, com maior experiência frente à adolescente, questão ainda hoje sopesada pelo Legislador Infraconstitucional a partir da redação do artigo 217-A do Código Penal, recrudescendo a reprimenda a ser imposta ao agente que se comporta como o acusado.⁹⁸

Na decisão, a Magistrada explica que, em que pese seu posicionamento usual sobre a possibilidade de relativização da vulnerabilidade em casos pontuais, não é o que o caso concreto aludiria. Isso porque, ambos os acusados possuíam vasta diferença de idade para com a ofendida, sendo, inclusive, primos de seu genitor, e com ela mantiveram relações sexuais, vindo o crime à tona quando a vítima resultou grávida de um deles.⁹⁹

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, prevê grave apenamento à conduta de manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de catorze anos¹⁰⁰. Originado da promulgação da Lei nº 12.015 de 2009, teve como objetivo proteger “o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”¹⁰¹. Dessa forma, intentando fulminar os debates existentes na doutrina e jurisprudência acerca da presunção de violência, sem sucesso, a referida legislação extinguiu o artigo 224, do Código Penal, que determinava presumida a violência quando a vítima do crime de estupro possuía menos de catorze anos, incorporando-a ao próprio tipo penal de estupro de vulnerável.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Repetitivo Resp 1.480.881/PI, julgado em 26.08.2015, pela Terceira Seção do STJ, através do voto do Relator Min. Rogério Schietti, fixou a Súmula nº 593. De acordo com o entendimento sumulado, para configuração do crime de estupro de vulnerável, basta que a vítima possua menos de catorze anos. Assim, a vulnerabilidade da vítima foi imposta de maneira absoluta, não importando eventual consentimento, experiência sexual anterior ou anterior relacionamento amoroso com o agente.

Sendo assim, o objetivo do presente trabalho foi mapear o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através de julgados publicados no ano de 2021, bem como os critérios utilizados pela Corte gaúcha para relativizar ou não a presunção de vulnerabilidade das vítimas menores de catorze anos. A partir da seleção de Apelações Criminais, separando-as por suas Câmaras Criminais, pôde-se verificar que o Tribunal gaúcho possui, tacitamente, o posicionamento pela relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima.

Da análise dos acórdãos acostados, evidencia-se que a relativização ocorre em casos limítrofes, importando, para tanto, que, no caso concreto, vítima e agente possuam a menor diferença de idade possível. Ainda, percebe-se que, os casos em

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 2.048, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁰¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2**. 36ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597028010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. Acesso em: 10 nov. 2021. p. 465

que é admitida a presunção relativa de vulnerabilidade exigem que, além do preceito anterior, a existência de relacionamento amoroso duradouro entre os sujeitos e, finalmente, o consentimento da vítima, por óbvio, quando todos os outros critérios estão preenchidos. Ao mesmo tempo, a fim de fundamentar o entendimento de presunção absoluta de vulnerabilidade, a maioria dos julgados cuidam em determinar as consequências da prática do ato sofridas pelas vítimas, considerando que não estão preenchidos os critérios de pouca diferença etária, relação amorosa e consentimento da vítima.

Portanto, há confronto à legislação e ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça fixado na Súmula nº 593, pelo Tribunal de Justiça do RS. Os critérios acertadamente utilizados pela Corte gaúcha são quase que exatamente os vedados pela Súmula (com exceção a experiência sexual anterior, em que o Tribunal não utiliza como fator determinante à relativização) e os tacitamente enxertados pela legislação. Foi possível perceber que há grande preocupação com a justiça e em não desamparar nenhuma das partes. O Tribunal gaúcho esforça-se ao máximo em não cometer injustiças para com os acusados que praticaram relações sexuais consentidas com indivíduos menores de catorze anos, com pouca diferença de idade, bem como possuam relacionamento amoroso duradouro. Mesmo modo, tenta proteger o saudável desenvolvimento sexual e mental dos ofendidos vulneráveis, na medida em que, sendo preenchidos um ou outro critérios que ensejariam a relativização, sopesa as consequências trazidas, à vida dos vulneráveis, pela prática do crime de estupro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4 - crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553617067. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617067/>. Acesso em: 03.10.2021. Pg. 114.

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis /lim/lim-16-12-1830.htm]. Acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm]. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www .planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm]. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm]. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm# art3]. Acesso em 08 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula nº 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. Dje 06/11/2017. RSSTJ vol. 46, p. 689.

RSTJ vol. 248, p. 851. 2017. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@NUM=%27593%27&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS Legislação Informatizada - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Publicação Original. Publicação: Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911 (Publicação Original). Coleção de Leis do Brasil - 1940, Página 187 Vol. 7 (Publicação Original) Disponível em:
[\[https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html\]](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html). Acesso em: 07 out. 2021.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade sexual: Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009.** 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 38.

FBSP. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 15/07/2021. Disponível em:
<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/7-os-registros-de-violencia-sexual-durante-a-pandemia-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Crime de Estupro de Vulnerável e a Necessidade de Periculosidade da Conduta.** Revista dos Tribunais. Vol. 973/2016. P. 195-217. Nov/2016. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-19.

FRAGOSO, Fernando. **Lições de Direito Penal A Nova Parte Geral.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 02

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2.** São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597028010. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. p. 466. Acesso em: 03 out. 2021.

MONTEIRO, André Vinicius. **Vulnerabilidade: análise de um novo paradigma para os crimes sexuais.** Revista Jurídica Da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v.5, p. 69-98, 2014. Disponível em:
<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/2014/92997.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 04

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014. p. 47.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.862

RIBEIRO, Larissa Mariá Rodrigues. LOPES, Rosimeire das Dores. SILVA, Jéssica Maria Gonçalves Da. **Estupro De Vulnerável: Uma Análise Acerca Da Vulnerabilidade Das Vítimas Menores De 14 Anos.** Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.22, n.129, p. 42-60, ago./set. 2021. p. 02.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). **Apelação**

Criminal, Nº 70084491596, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 25-02-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em: 09 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70084532662**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, Julgado em: 25-02-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em: 09 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70080826167**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blates, Julgado em: 31-03-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70085019586**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blates, Julgado em: 24-06-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70083656116**, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em: 31-08-2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 03 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70084088483**, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em: 28-10-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70080602329**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 17-05-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal, Nº 70082622523**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 30-06-2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em 09 nov. 2021.

RODRIGUES, Ellen. **Os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e os horizontes possíveis a partir da Justiça Restaurativa: influxos abolicionistas em tempos de expansão punitiva a partir da extensão acadêmica.** Revista

Direito e Práxis [online]. 2021, v. 12, n. 01. pp. 642-686. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/57201>>. Epub 03 Mar 2021. ISSN 2179-8966. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/57201>. Acesso em: 08 out. 2021.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004**. Disponível em: [<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3638945&ts=1630442209066&disposition=inlin>]. Acesso em 10 out. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.480.881-PI**. Relator Min. Schietti Cruz, julgado em 26.08.2015. Recursos Repetitivos. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf]. Acesso em: 03 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Pesquisa de Jurisprudência**. Porto Alegre/RS: 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-olr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa]. Acesso em: 15 out. 2021.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Livro 5 Tit. 18: Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade**. Ordenações Filipinas *on line*. Portugal. 1998. Disponível em: [www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm]. Acesso em: 07 out. 2021.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br