



A Presunção da Vulnerabilidade nos Casos de Estupro do Menor de 14 Anos

Felipe José Fonseca¹

Resumo: O tema “sexualidade” vem ganhando grandes proporções à medida em que se distancia de sua principal função pra espécie humana: a reprodução. O instinto sexual mostra-se intimamente ligado à um relacionamento entre os envolvidos e, para tanto, supõe-se que há nessa relação um respeito mútuo, necessário para que se preserve a dignidade dos envolvidos. Esses sentimentos de respeito à dignidade se sobrepõe à vontade dos envolvidos na relação sexual, passando ao Estado a regulação normativa da relação, quando se observa algum tipo de violação aos princípios básicos inerentes ao cidadão previstos em nossa Carta Magna. O Código Penal age, de forma reguladora e repressiva, severamente quando se trata de crimes contra a dignidade sexual. Com a entrada em vigor da Lei 12.015/09 foi criado um novo tipo penal que tutela a dignidade sexual daqueles considerados vulneráveis. A nova Lei prevê uma severa pena de 08 a 15 anos para aquele que a infringir. Observando o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, buscaremos esboçar um estudo geral do crime contra a dignidade sexual daquele considerado vulnerável.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana – Sexualidade – Vulnerável – Código Penal.

1 Introdução

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 trouxe uma nova concepção do que se entendia como crimes sexuais. A nova redação veio com a nomenclatura reformada do antigo Título que tratava tais crimes como Crimes contra os costumes. A partir da entrada em vigor da nova Lei, passamos a ter o Título VI do Código Penal com o nome de Crimes Contra a Dignidade Sexual.

Com o novo *nomem iuris* caiu em desuso a expressão de crimes contra os costumes devido à não necessidade de o Direito Penal interferir em assuntos tão particulares. Vê-se, com tal mudança, que o Direito vem se transformando com a crescente modernização da sociedade e do seu modo de pensar e agir, afastando a ideia de que o Direito Penal devia reger como as pessoas devem se comportar sexualmente.

¹ Graduando do 9º Período do Curso de Direito. UNIPTAN – Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves. felipe.fonseca91@hotmail.com

Como o legislador adotou a expressão “crimes contra a dignidade sexual”, tem-se como bem jurídico tutelado a dignidade sexual, procurando, com isso, a proteger a dignidade da pessoa humana observando os preceitos fundamentais contidos em nossa Carta Magna. Com efeito, busca-se a proteção da individualidade e liberdade de cada um gerir sobre sua liberdade e desenvolvimento sexual.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe consigo um grande avanço no que tange a proteção da dignidade da pessoa humana, que passou a ser considerado um Princípio Constitucional Fundamental. O conceito da dignidade da pessoa humana amplia-se no tocante à proteção da sexualidade, observando-se que tal tutela se mostra imprescindível para garantir uma proteção efetiva à tal preceito fundamental.

A penalização dos crimes previstos no Título VI se mostra cabida na forma que tais crimes se mostram os mais reprováveis e indignos. O legislador, ao alterar o nome do Título do Código Penal, buscou criminalizar aquilo que fosse cabido à luz da nova Constituição. Com isso, explana Guilherme de Souza Nucci:

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento sem ofender direito alheio, ainda que para alguns sejam imorais ou inadequados. (NUCCI, 2005, p. 33)

Com isso, temos a dignidade sexual como um bem fundamental protegido pela Constituição de forma efetiva e sem ofender a sexualidade de nenhum indivíduo, como a antiga redação ofendia. Tal mudança procurou eliminar o entendimento machista de que mulheres que não eram mais virgens eram “impuras”.

A nova Lei 12.015/09 enfatizou, ao criar um novo tipo penal, o Art. 217-A, a proteção da criança e do adolescente, universalizando a figura inocente daquele que não tem completo discernimento para gerir sua sexualidade. O novo tipo penal tem base sólida firmada em nossa Constituição no Art. 227, que aduz que é dever de todos assegurar e proteger a dignidade das crianças e todos os seus demais direitos.

Há correntes que se colocam contrárias à aludida mudança trazida pela nova Lei. Luís Augusto Sanzo Brodt levanta seus argumentos da seguinte forma:

A alusão à “dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/88, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego de coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou do déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que, estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes sem matéria de segurança jurídica. (BRODT, 2010, p. 170)

Após considerar os pontos levantados pelo Doutrinador, entendemos que não se encontram em pé de validade observando a dinamização do Direito nos dias atuais e na intenção constante de se proteger o bem tutelado sem exageros e discrepâncias.

Contudo, buscaremos um estudo sistemático com uma pesquisa qualitativa, pela qual, segundo Mezzaroba (2009), tem o intuito de identificar a essência do objeto a ser investigado, por meio de um exame rigoroso que se buscará, principalmente, o alcance e as interpretações possíveis para o fenômeno jurídico, que no presente caso abordará as consequências da aplicabilidade da Lei Penal nos caso de Estupro de Vulnerável.

Observando a dinamização do Direito, frente às mudanças da sociedade, o presente estudo busca uma compreensão sistemática acerca das divergentes posições doutrinárias existentes sobre o tema. Buscaremos defender uma posição que nos parece lógica, seguindo a ideia de diversos doutrinadores e juristas do Direito, que darão base à defesa de nossa posição quanto a presunção da vulnerabilidade, se esta deve ser considerada absoluta ou relativa.

2 Da Presunção da Vulnerabilidade nos crimes de estupro de menor de 14 anos

Para assegurar e garantir a dignidade sexual àqueles que não tem total discernimento ou por alguma circunstância não possui esse discernimento, foi

editada a Lei 12.015/09 que alterou a redação do Título VI do Código Penal, tendo como *nomem iuris* Crimes contra a Dignidade Sexual. Antes do advento da referida Lei, o título era tratado como Crimes Contra os Costumes, um pouco inadequado se formos observar o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal.

De acordo com Greco, (GRECO, 2014, p. 51): “O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade.” Esse princípio, também conhecido como *ultima ratio* preconiza que apenas os bens de maior relevância sejam tutelados pelo Direito Penal. A redação antiga do Título VI do Código Penal tratava como bem tutelado, por exemplo, a proteção à virgindade das mulheres. Vejamos, com o desenvolvimento e evolução da sociedade, realmente seria necessário a proteção de tal bem pelo Direito Penal? Analisemos a Lei pelos olhos do legislador, que a concebeu no século passado, onde se buscava arduamente proteger a honra e os bons costumes, sendo que, para isso, era necessário que o Direito Penal adentrasse na esfera de proteção íntima da mulher, colocando aquela que não fosse virgem como uma “mulher desonesta”. Hoje em dia, seria realmente necessário tal proteção? E essa tutela do Estado seria justa se aplicada apenas ao sexo feminino?

De acordo com o doutrinador Nucci, que nos mostra o quão é importante estender a ideia de estupro, antes exclusivamente aplicada ao gênero feminino:

Foi-se o tempo em que a proteção penal destinava-se somente à mulher honesta. Não mais é 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. (NUCCI, 2010, p. 48)

A nova Lei trouxe um real motivo para se tutelar um bem, a preocupação com a dignidade e a liberdade sexual, não só da mulher, como preconizava o antigo dispositivo, mas como a do homem também. A dignidade e liberdade sexual estão ligadas intimamente à Dignidade da Pessoa Humana, sendo assim, um bem protegido pela Constituição Federal de 88.

O crime de estupro é extremamente degradante para a vítima, sendo que tal crime se mostra mais indigno em sua forma tipificada no Art. 217-A, onde figuram, no polo passivo, menores de 14 anos. A Lei 12.015/09 não alterou a

hediondez do crime de estupro, antes previsto no Art. 224 (revogado) como presunção de violência.

A edição da Lei 12.015/09 mudou significativamente o Título VI do Código Penal, fundindo alguns tipos e extinguindo outros. A nova redação além de fundir os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, criou o Art. 217-A, objeto principal do presente estudo.

O Art. 217-A foi criado para que aqueles que não possuem seu completo tenham sua dignidade e liberdade sexual tutelados pelo Estado. A criação de tal artigo trouxe consigo um grande embate doutrinário, pois os doutos Doutrinadores do Direito se desentendiam quanto à presunção de violência nos casos do estupro de vítima com menos de 14 anos. A presunção relativa (*iuris tantum*) coloca o caso em discussão, admitindo prova em contrário, já a presunção absoluta de tal vulnerabilidade (*iures et de iure*) não poderia ser contestada sob nenhum aspecto.

O que se observa é que o direito se tornou um molde, onde os casos tem que se comprimir e se encaixar nas peculiaridades da Lei. A vulnerabilidade é um desses casos onde simplesmente não se é observado o caso concreto e se torna, um adolescente menor de 14 anos, com vida sexual ativa, absolutamente vulnerável, não sendo admitido pela maioria dos tribunais que se amplie a visão da subjetividade. Deve-se analisar cada caso concreto para que, após um estudo sistemático por equipes multiprofissionais, seja constatado se o caso fático trata-se realmente de uma vulnerabilidade absoluta.

A maioria das jurisdições vem adotando a absoluta vulnerabilidade para os casos onde a vítima tenha menos de 14 anos. Nosso ordenamento jurídico tipifica o crime de estupro em seu Art. 213 do Código Penal, no capítulo que trata dos Crimes contra a liberdade sexual. No referido capítulo, há a tipificação de modalidades variadas de atentado contra a sexualidade de outrem, mas é no próximo capítulo que trata dos vulneráveis, que está o real objeto de estudo do presente artigo: o Art. 217-A, que trata do estupro de vulneráveis.

O tipo supra mencionado trata-se de tipo penal autônomo, cuja pena é de 8 a 15 anos em sua modalidade simples e, estudando-o com mais profundidade, afim de classifica-lo, podemos dizer que temos um crime de mão-própria apenas quando o comportamento delitivo do autor tiver o único cunho de se ter conjunção carnal com a vítima. Já quando o comportamento do autor se perfaz

em apenas praticar atos libidinosos contra a vítima, temos em tela um crime comum. Também enquadra-se no rol dos crimes comissivos, com a ressalva de poder ser também observado quando praticado via omissão própria, quando o agente causador possuir estado de garantidor, como preconiza o art. 13 da parte geral do Código Penal; pode ser de forma livre; monossubjetivo, plurisubstancial; transeunte ou não, dependendo da modalidade e forma que for observado, podendo deixar rastros ou não.

Desde a antiguidade os crimes sexuais já causavam grande repugnância, sendo, portanto, severamente apenados, como nos relata Prado:

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai. (PRADO, 2008, p. 193-194)

A vulnerabilidade está intimamente ligada à ideia de pessoas que não tem aptidão psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual ou possuem qualquer normalidade psíquica para manifestar seu desejo quanto à prática do ato sexual.

De acordo com o pensamento de Nucci (2009, p. 158), A vulnerabilidade contida no Art. 217-A, “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual, por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não tem a referida capacidade para consentir.”

Com o advento da nova Lei 12.015/09, a partir de 07 de agosto de 2009, foram feitas mudanças no Código Penal Brasileiro. Com a Criação do novo Art. 217-A, passou-se a punir os crimes do *caput* desse artigo com pena de reclusão de 08 a 15 anos, em sua forma simples.

Antes da edição da referida Lei, o crime de estupro era considerado um crime próprio, por apenas o homem figurar no polo ativo, sendo sempre a vítima do sexo feminino. Caso o fosse o contrário, a mulher que obrigasse o homem a manter relações sexuais com ela o crime em tela seria o extinto atentado violento

ao pudor ou constrangimento ilegal, abandonando-se o tipo penal do estupro em si.

A partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, tanto o sujeito do gênero masculino quanto feminino podem atuar nos dois polos da situação fática. Essa Lei introduziu o crime de Estupro de Vulneráveis no rol dos crimes hediondos, sendo justo esse posicionamento do legislador devido ao fato da gravidade do crime em tela.

O termo vulnerável tem sua origem etimológica na língua latina, do vocábulo *vulnerabilis*, que em sua raiz tem o significado de lesões, cortes ou feridas expostas, sem cicatrização, feridas sangrentas com sérios riscos de infecção que as tornam parcial ou totalmente expostas ao perigo iminente. No contexto da Norma aqui debatida expressa a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais.

Como o direito não admite formas abstratas, o termo vulnerável deve ser bem explicado para não haver controvérsias nem analogias extremas “*in malam partem*”. Para não haver problemas quanto à interpretações extremas por parte dos magistrados, o Legislador conceituou, de forma bem objetiva, o que deve ser entendido por vulnerável na Norma Penal.

Para a configuração do delito descrito no Art. 217-A, entender-se-á por vulnerável todo aquele que tenha idade menor de 14 anos ou qualquer pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Pode-se dizer que o novo tipo penal utilizou da essência do antigo art. 224 do Código Penal Brasileiro que estipulava as hipóteses de presunção de violência.

De acordo com o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça e a nova redação do art. 217-A, trazida com a Lei 12.015/09, inclui-se os atos libidinosos praticados das mais variadas formas, como toques, beijos lascivos, e os contatos voluptuosos, como requisito para confirmação da consumação do delito.

A nova Lei trouxe consigo três hipóteses para que seja observada a vulnerabilidade. De acordo com o doutrinador Nucci:

A vulnerabilidade do portador de enfermidade ou deficiência mental que em razão da patologia não tem o necessário discernimento para a prática do ato, deve ser lida no sentido que o crime só ocorrerá se a patologia que acomete a vítima lhe retirar o discernimento para a relação sexual. (NUCCI, 2009, p. 95)

Com base no ensinamento acima exposto, pode-se dizer que o crime previsto no art. 217-A ocorrerá apenas se for provada a imaturidade mental, que serve como base norteadora para o entendimento da prática sexual. Após observar o fato, faz-se mister lembrar que para que o fato típico seja consumado, o autor tenha conhecimento da incapacidade mental da vítima e se aproveite desse fato para satisfazer sua lascívia.

A próxima hipótese de vulnerabilidade ocorre quando a vítima não pode oferecer resistência, concluindo-se que qualquer que seja o motivo que torne a pessoa momentaneamente vulnerável é motivo para que seja configurado o fato típico do estupro de vulnerável. Um exemplo claro da ocorrência de tal fato é quando tem, a vítima, sido embriagada ou entorpecida por qualquer outro tipo de droga, o que a torna momentaneamente incapaz de oferecer resistência à prática do ato sexual.

A terceira e última hipótese trata da vulnerabilidade do menor de 14 anos, tema principal do presente estudo. Atualmente duas posições doutrinárias vem levantando grande discussão no meio jurídico sobre o tema; a primeira preserva a ideia de que a vulnerabilidade (antes do advento da Lei 12.015/09, tratava-se a vulnerabilidade por presunção de violência) não seja absoluta, podendo ser admitida, em casos excepcionais, uma relativização. Os apoiadores dessa vertente doutrinária defendem que essa posição deve ser seguida nos casos onde são explícitas as provas que não houve violação nem sequer ameaça de uma possível lesão ao bem jurídico tutelado, que no caso supra citado é a dignidade sexual da vítima.

A segunda corrente doutrinária defendem que tal presunção de vulnerabilidade seja vista de forma absoluta, onde, qualquer ato que esteja descrito no tipo penal for praticado contra aqueles que tem o bem jurídico tutelado pela Lei, seja punido com a pena cabida.

De acordo com essa primeira posição doutrinária, as principais circunstâncias que poderiam tornar relativa a vulnerabilidade do menor de 14 anos seriam a experiência sexual anterior ao fato, ou sua promiscuidade em

relação à prática sexual, como também os casos de prostituição. Outro fato relevante seria a prática dos atos previstos na redação da Lei 12.015/09, em decorrência do autor manter relacionamento amoroso com o menor de 14 anos. Sob esse prisma, deve-se ressaltar o Princípio da Adequação Social devido ao fato dos adolescentes da atualidade estarem começando seus relacionamentos de forma cada vez mais precoce.

Sobre o tema supracitado, temos a posição do jurista Guilherme de Souza Nucci:

Ter ato libidinoso de qualquer espécie com menor de 14 anos configura o crime, que é hediondo e apenado com o mínimo de oito anos de reclusão. Essa vulnerabilidade é absoluta ou relativa? Se for considerada absoluta, nunca admite prova em contrário, vale dizer, que o menor de 14 anos sabia o que estava fazendo, em matéria de relacionamento sexual; assim, jamais permite a atipicidade do fato. Se for tratada como relativa, admite prova em contrário, ou seja, é possível demonstrar que, num caso concreto, o menor de 14 sabia o que significava a relação sexual, possibilitando a atipicidade do fato. A tendência, hoje, da jurisprudência é considerar a vulnerabilidade *absoluta*. Minha posição é no sentido de ser ela absoluta apenas para crianças (menores de 12), mas relativa para adolescentes (maiores de 12). Já tive oportunidade de julgar um caso no qual a suposta vítima tinha 13 anos e o agressor 18; eram namorados há 3 anos e já mantinham relacionamento sexual; a família de ambos sabia e aprovava. Como condenar esse jovem de 18 anos a oito anos de reclusão, porque teve relação sexual com a namorada de 13? Para quem afirma ser a vulnerabilidade *absoluta*, o único caminho é a condenação. Não vejo sentido nisso, pois o Direito deve adaptar-se à realidade – e não o contrário. (NUCCI, 2016)

Além da posição do Douto Jurista acima citado, várias Cortes do país vem adotando a ideia de que a Norma Legal deve admitir uma adequação, partindo do ponto que cada caso tem suas peculiaridades. Com isso segue algumas Jurisprudências que dão base para a discussão do tema:

EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. EMBARGOS ACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70057504359, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/03/2014)

(TJ-RS - EI: 70057504359 RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 28/03/2014, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 12 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à comprovação de relacionamento afetivo entre réu e vítima que perdura até os dias de hoje, não conduzem à conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, é caso de manutenção da absolvição. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70068710516, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 30/08/2017).

(TJ-RS - ACR: 70068710516 RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 30/08/2017, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/09/2017)

A outra posição doutrinária defende que a vulnerabilidade do menor de 14 anos, seja absoluta, tal qual pede a letra da Lei, tratando-se, com isso, de um crime que não suportaria prova em contrário, sendo que nesse contexto, fere diretamente o Princípio Constitucional da Ampla defesa e do Contraditório. De acordo com tal linha de raciocínio, entende-se que o menor de 14 anos não teria completado sua maturidade psíquica para que possa consentir com a prática de tal ato, devendo ser tutelada de forma absoluta sua vulnerabilidade.

Da mesma forma que Cortes Superiores decidiram que há sim uma subjetividade na análise da vulnerabilidade do menor de 14, há também o entendimento que se deve seguir a Lei tal qual se pede, não admitindo formas contrárias que não estejam no Tipo Penal.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.

(STJ - REsp: 1371163 DF 2013/0079677-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 25/06/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: nte\~14-)

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE RELATIVIDADE DA VIOLÊNCIA E CONSENTIMENTO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA VULNERABILIDADE POR CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO CONCRETO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONSIDERADA PELO JUÍZO SINGULAR. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA NOS MOLDES FIXADOS NA SENTENÇA ATACADA. INTERPOSIÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS PELA DEFENSORIA PÚBLICA. INÉRCIA DO RECORRENTE E SEU PATRONO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. CONDENAÇÃO DO APELANTE AO PAGAMENTO DA VERBA SUCUMBENCIAL EM PROL DO FUNDO DE MODERNIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. PRECEDENTES DESTA CÂMARA CRIMINAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE. 1 – A jurisprudência é pacífica no sentido de que a vítima menor de 14 anos não possui capacidade volitiva de discernir sobre as consequências físicas e psíquicas da sua iniciação sexual precoce, não sendo possível afastar sua vulnerabilidade por qualquer circunstância do caso concreto. 2 – O reconhecimento da confissão, realizada perante o Juízo, é um direito público subjetivo do acusado. 3 – O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado de que a atenuante não pode levar a pena a ficar aquém do menor patamar previsto em lei. 4 – Apresentadas as razões recursais pela Defensoria Pública do Estado em decorrência da inércia do apelante e de seu advogado legalmente constituído, apesar de devidamente intimados, cabível impor ao réu o ônus de arcar com o pagamento de verba sucumbencial em favor do Órgão. 5 – Recurso conhecido e parcialmente provido.

Recentemente o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou uma nova Súmula², que não admite uma relativização dessa presunção de vulnerabilidade. A Súmula 593 diz ser irrelevante o eventual consentimento da vítima, sendo que tal consentimento se mostra totalmente eivado de vício por não se mostrar válido, já que, para quem admite essa corrente, a vítima menor de 14 anos, mesmo com

² Súmula 593: "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."

uma vida promíscua ou até com um envolvimento amoroso com o autor, não possui completo desenvolvimento mental para praticar e permitir tal ato.

3 Considerações Finais

Com base no breve estudo, podemos concluir que a figura da vulnerabilidade expandiu-se da forma de presunção de violência para propor uma maior proteção àqueles que necessitam. Por outro lado, com o atual posicionamento dos Tribunais Superiores, observa-se que o acusado da prática de tal delito tem seus direitos às garantias Constitucionais inerentes ao cidadão como o Princípio do Contraditório, da Ampla Defesa e a Presunção da Inocência, cerceados. Por tal fato deve-se observar que cada situação fática deve ser tratada com individualidade, respeitando suas peculiaridades, ao contrário do que vem sendo adotado pelas altas cortes do país, que simplesmente colocam a Lei como algo absoluto, como um molde, onde os casos que devem se adequar, e não o contrário, como seria mais prudente.

Finalizando, podemos seguir o posicionamento doutrinário que afirma que atribuir um cunho absoluto à vulnerabilidade esbarra nos Princípios Constitucionais do Contraditório, Ampla Defesa e da Dignidade da Pessoa humana. Além de fugir de um dos principais fundamentos do Direito Penal que é a culpabilidade, se mostrando completamente desconexa a aplicação de tal presunção absoluta sem considerar o elemento culpabilidade, alicerce do fato típico.

Após atacar a corrente que defende a presunção absoluta da vulnerabilidade nos casos do estupro do menor de 14 anos, nos posicionamos a favor da aplicabilidade da possível relativização dessa presunção, observando os preceitos fundamentais, analisando o caso fático com bastante cuidado para não se ter injustiças nem aplicações de penas exacerbadas.

Após tudo o que foi exposto, concluímos que a edição da súmula 593, afasta a possibilidade do acusado se defender, produzindo prova em contrário. Com isso, o que se observa é um desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Destarte, com tais presunções absolutas, o Direito Penal inicia um

regresso à máxima do Direito *versari in re illicita* o que deve ser repudiado pelas Instâncias Julgadoras de nosso país.

Nos parece crível a possibilidade de tornar a relativização da vulnerabilidade algo concreto, com aplicabilidade no Direito Penal, dando, ao acusado chance de se defender e usar a seu favor o Princípio do Contraditório.

4 Referências Bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **STJ - REsp: 1371163 DF 2013/0079677-4**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 25/06/2013, T6 - SEXTA TURMA. Acesso em 27 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/62547516/djba-caderno4-04-12-2013-pg-58>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas - **TJ-AL - APL: 00046069120108020001 AL 0004606-91.2010.8.02.0001**, Relator: Juiz Conv. Maurílio da Silva Ferraz, Data de Julgamento: 23/08/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/08/2017) Acesso em 27 de novembro de 2017. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492478038/apelacao-apl-46069120108020001-al-0004606-9120108020001>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - **TJ-RS - ACR: 70068710516 RS**, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 30/08/2017, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/09/2017). Acesso em 27 de novembro de 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/496905206/apelacao-crime-acr-70068710516-rs>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas - **TJ-RS - EI: 70057504359 RS**, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 28/03/2014, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2014). Acesso em 27 de novembro de 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118761984/embargos-infringentes-e-denulidade-ei-70057504359-rs>

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora.** Ciências penais, vol. 13, jul/2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial.** 7ª. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral,** editora Atlas, 21ª ed, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crime conta a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro: parte geral.** 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Dignidade sexual e proteção no sistema penal.** Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]. 2011, vol. 21, n.2. Acesso em 10/10/2017. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822011000200001

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.