

## **ESTUPRO DE VULNERÁVEL E OS APONTAMENTOS ACERCA DA SUA RELATIVIZAÇÃO PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA<sup>1</sup>**

### **VULNERÁVEL RAPE AND NOTES ABOUT ITS RELATIVISION BY DOCTRINE AND JURISPRUDENCE**

**Isthefany Clara Souza e Silva <sup>2</sup>**

**Orientadora: Islamara da Costa <sup>3</sup>**

#### **RESUMO**

O presente trabalho tem como viés a análise dos aspectos relativos ao estupro de vulnerável e a possibilidade de relativização no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será realizado o estudo aprofundado sobre essa temática, buscando destacar seus principais aspectos a luz da constituição, do direito penal e da jurisprudência dos tribunais superiores, bem como abordar pontos importantes e relevantes sobre o estupro de vulnerável, visto que atualmente, apesar de a legislação apontar diretrizes no tocante a essa prática, ainda nos deparamos com muitas divergências jurisprudenciais em torno da relativização do estupro pelo menor de catorze anos, o que acaba gerando uma certa insegurança jurídica quando da aplicação das penalidades necessárias a serem aplicadas no caso concreto. Assim, é possível observar que por se tratar de um tema que está em constante evidência no meio jurídico, é importante que o estupro de vulnerável seja trabalhado analisando com cuidado tanto sob a ótica doutrinária quanto jurisprudencial, eis que ambas são necessárias para compreender de que maneira esse tema é tratado dentro do judiciário. Verifica-se, portanto, que essa temática possui uma grande relevância para o direito brasileiro, eis que afeta diretamente a sociedade que necessita de segurança jurídica a ser garantida pelo Estado, para que se possa obter um padrão de decisões de acordo com o caso concreto.

**Palavras-Chave: Estupro de vulnerável. Direito Penal. Divergências jurisprudenciais. Segurança jurídica.**

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado à Universidade Potiguar, como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em direito, em 2023.2.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar. E-mail: isthefanysilva18@outlook.com

<sup>3</sup> Orientadora: Islamara da Costa – Mestranda em Psicologia do Trabalho. Pedagoga, Psicopedagoga e Bacharela em Direito, com Especialização em Direito Tributário. Docente no Curso de Direito da Universidade Potiguar. E-mail: islamara.costa@ulife.com.br

## ABSTRACT

The presente work has as its bias the analysis of aspects related to the rape of vulnerable and the possibility of relativization in the Brazilian legal system. To this end, an in-depth study on this topic will be carried out, seeking to highlight its main aspects in the light of the constitution, criminal law and the jurisprudence of the superior courts, as well as to address important and relevant points about the rape of vulnerable people, since currently, despite although the legislation points out guidelines regarding this practice, we are still faced with many jurisprudential divergences. Around the relativization of rape by children under fourteen years of age, which ends up generating a certain legal uncertainty when applying the necessary penalties to be applied in the specific case. Thus, it is possible to observe that, as it is a subject that is constantly in evidence in the legal environment, it is important that the rape of a vulnerable person is worked on, analyzing it carefully both from a doctrinal and jurisprudential perspective, since both are necessary to understand what way this topic is treated within the judiciary. It appears, therefore, that this theme has a great relevance for Brazilian law, since it directly affects society that needs legal certainty to be guaranteed by the state, so that it can obtain a standard of decisions according to the concrete case.

**Keywords: Right to health. Constitutional guarantee. Reservation possible. State duty.**

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise acerca do estupro de vulnerável, que é um tema que sempre foi relevante em nosso meio jurídico, pois abarca uma série de questões essenciais a serem tratadas dentro do direito penal, juntamente com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que cercam essa matéria.

Assim, o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) busca evidenciar o estupro de vulnerável sob o viés da sua presunção absoluta e relativa dessa vulnerabilidade, sob o qual abordaremos as diversas características que englobam esse tema, desde o seu conceito e princípios, até aos aspectos jurídicos que envolvem a possibilidade de relativização dessa prática dentro do judiciário brasileiro através de uma pesquisa bibliográfica.

Dessa maneira, trataremos no primeiro capítulo acerca dos conceitos iniciais relativos aos princípios estabelecidos no direito penal a luz da Constituição Federal de 1988, dispendo acerca das inovações trazidas por ela e

demonstrando de que os princípios que encontramos no direito penal são reflexos da nossa constituição e devem respeitá-la como norma maior do nosso Estado.

No terceiro capítulo, faremos uma análise acerca do crime de estupro e sua trajetória no direito brasileiro, abordando seu conceito e demonstrando de que maneira esse crime está inserido em nosso ordenamento jurídico e quais apontamentos há na legislação sobre esse crime e suas penalidades.

No quarto capítulo, continuaremos a abordagem sobre o estupro, explicando agora os conceitos relativos ao estupro de vulnerável dentro do ordenamento jurídico brasileiro, aprofundando essa temática para buscar compreender os principais aspectos tratados acerca desse tema no judiciário e de que maneira o legislador definiu as diretrizes desse crime.

No quinto capítulo, será analisado a proteção da criança e do adolescente pelo legislador e qual sua relação com o estupro de vulnerável no sentido da busca que há em afastar do ordenamento jurídico a presunção relativa nesse crime, abordando de que maneira o legislador une essas temáticas com intuito de proteger o menor.

Por fim, será analisado as opiniões controversas que giram em torno da presunção relativa e absoluta acerca do estupro de vulnerável, demonstrando a insegurança jurídica que existe a partir dessas divergências. Abordaremos essa temática sempre a luz do ordenamento jurídico, com base principal na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal, bem como através de embasamento teórico e jurisprudencial necessário para desenvolvimento deste.

## **2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS PRINCÍPIOS DOUTRINÁRIOS DO DIREITO PENAL.**

Inicialmente, importa destacar que nosso ordenamento jurídico busca garantir uma representatividade das leis para a nossa sociedade, fazendo com que essas leis sejam reflexos do convívio existente entre as pessoas e buscando abranger dentro dessas leis, as necessidades sociais de todos para que todos estejam protegidos pela legislação.

Nessa esfera, podemos destacar que nossa Constituição Federal de 1988 age como um parâmetro para as demais leis que são criadas, no qual os códigos

e as legislações infraconstitucionais devem seguir os princípios e regras que se encontram garantidos na Constituição Federal de 1988.

Assim como as demais legislações infraconstitucionais, o nosso Código Penal foi criado pelo legislador a luz dos princípios e regras constitucionais. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2020, p. 191) explica:

A lógica estrutural, bastante simplificada, é a seguinte: os princípios, regras, e valores constitucionais condicionam os fins do Direito penal; o Direito Penal só pode cumprir seus fins (de tutela de bens jurídicos, de redução da violência etc.) por meio de normas; a estrutura e a lógica das normas condicionam a teoria do delito. Conclusão: a teoria do delito está diretamente atrelada ao modelo de Estado vigente, que é o Constitucional e Democrático de Direito.

Entende-se que o direito penal está intimamente ligado a Constituição Federal de 1988, eis que toda a teoria do delito que engloba o nosso Código Penal é condicionada pelos ditames constitucionais. Logo, observamos que os princípios que norteiam a aplicação do direito penal no Brasil estão explicitamente ou implicitamente constantes em nossa Constituição.

Acerca dos princípios utilizados pelo direito penal, destaca-se o da intervenção mínima, que busca garantir com que o direito penal se preocupe em combater apenas as condutas mais lesivas a nossa sociedade. Nessa esfera, esse princípio garante que o direito penal seja um fator subsidiário, utilizado apenas quando as demais legislações não forem suficientes para resguardar determinado direito que deve ser protegido.

Sobre o princípio da intervenção mínima, Rogério Greco (2021, p. 36) explica:

O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal.

Desse modo, devemos nos atentar para a proteção de bens especiais que devem ser protegidos pelo direito penal, ante a sua atuação subsidiária. Em

junção a isso, observamos também o princípio da lesividade, que garante que somente terá proteção efetiva para o direito penal o bem jurídico que seja relevante e mereça sua proteção.

Corroborando com esse entendimento, Bitencourt (2019, p. 55) assevera:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. [...] Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

Assim, observa-se que o legislador ao criar os crimes tipificados pelo direito penal, deve observar se aquela conduta demonstra um perigo concreto para a sociedade e que gere um efetivo dano ao bem jurídico que deve ser protegido.

Outro princípio relevante para o direito penal é o da adequação social, que determina que o legislador busque atentar para as condutas que são aceitas e as que são rejeitadas socialmente, para a partir dessa observância, tipificar apenas as condutas sociais reprováveis por nossa sociedade, de acordo com seus costumes e regras.

Nesse sentido, Rogério Greco (2021, p. 67) destaca que o princípio da adequação social possui duas funções:

A de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.

Assim, é possível perceber que o princípio da adequação social age conjuntamente com os demais para buscar garantir que o direito penal tipifique as condutas sociais mais reprováveis, bem como busque proteger os bens jurídicos mais relevantes, ao passo que deve excluir da apreciação do direito penal aquelas condutas que são aceitas socialmente, pois entende-se que estas não devem ser objeto de proteção pelo direito penal.

O que iremos observar ao longo do desenvolvimento desse trabalho é a atuação do direito penal na prática, analisando se os princípios norteadores estão sendo respeitados dentro do nosso ordenamento jurídico e de que maneira a legislação infraconstitucional vem agindo diante do caso concreto, a partir dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que englobam a temática do estupro de vulnerável.

### **3. UMA ANÁLISE ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL.**

O direito penal no Brasil foi se modificando com o passar do tempo e a partir das transformações sociais que foram ocorrendo. Com isso, constata-se que passamos a ter um código que abrangeu um rol maior de condutas criminalizadas a partir da criação do Código Penal de 1940.

O Código Penal de 1940 é vigente até os dias atuais, mas vem sendo atualizado constantemente pelo legislador a partir das necessidades sociais que vão sendo inseridas em nosso meio, pois é importante que a legislação caminhe em conjunto com as mudanças que ocorrem.

O Código Penal tipificou e realizou modificações ao longo do tempo sobre diversos crimes. Dentre eles, o crime de estupro foi tipificado antes mesmo de o Código Penal passar a fazer parte do nosso ordenamento jurídico. Acerca do histórico desse crime na legislação brasileira, Souza (2020, p.38) explica:

No Brasil, no período de 1500 até 1830, as diversas legislações aqui vigentes, tais como as Ordenações Afonsinas (1500-1514), Ordenações Manuelinas (1514-1603) e Ordenações Filipinas (1603-1916), também tipificaram a conduta. Em 1830, entrou em vigência o Código Criminal do Império, o qual elencou vários delitos sexuais, o que foi duramente criticado pela doutrina da época. O legislador, à época, definiu o crime de Estupro no artigo 222, e o crime de Atentado Violento ao Pudor, embora não

denominado com esse nome, no artigo 223. A punição ao crime de Estupro era de prisão, de três a doze anos, bem como o dote à ofendida, além da possibilidade do réu se casar com a vítima, a fim de afastar a aplicação da pena, conforme dispunha o artigo 225. Em 1890, foi decretado o Código Criminal da República, que trazia os crimes de Estupro e de Atentado violento ao pudor sob o título de “violência carnal”.

Atualmente, estando em vigor a Lei nº 12.015/2009, o crime de estupro foi modificado no Código Penal, revogando o artigo 214, que tratava da tipificação desse delito, passando a considerar como estupro 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.

Nesse sentido, o Código Penal assevera em seu art. 213:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Sobre as alterações trazidas pelo advento da Lei nº 12.015/2009, Nucci (2019, p. 79) destaca:

A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009, no cenário do estupro e do atentado violento ao pudor, foi produto de política criminal legislativa legítima, pois não há crime sem lei que o defina, cabendo ao Poder Legislativo e sua composição. [...] Em primeiro lugar, deve-se deixar claro que não houve uma revogação do art. 214 do CP (atentado violento ao pudor) como forma de abolitio criminis (extinção do delito). Houve uma mera novatio legis, provocando-se a integração de dois crimes numa única figura delitiva, o que é natural e possível, pois similares. Hoje tem-se o estupro, congregando todos os atos libidinosos (do qual conjunção carnal é apenas uma espécie) no tipo penal do art. 213. Esse modelo foi construído de forma alternativa, o que também não deve causar nenhum choque, pois o que havia antes, provocando o concurso material, fazia parte de um excesso punitivo não encontrado em outros cenários de tutela penal a bens jurídicos igualmente relevantes.

Desse modo, constata-se que houve a união dos dois tipos de crime que antes eram tipificados distintamente, passando a ser atualmente classificados

como o mesmo crime o atentado violento ao pudor e o estupro. Além dessa atualização na tipificação do crime de estupro, temos também os seus desdobramentos, incluindo nessa temática o chamado estupro de vulnerável, no qual a menoridade da vítima entra em cena como sendo elementar do tipo penal.

#### **4. APONTAMENTOS ACERCA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.**

Visando garantir com que os princípios constitucionais fossem resguardados, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, o Código Penal trás um apontamento acerca do crime de estupro quando cria o chamado estupro de vulnerável, tipificando-o em seu art. 217-A. Vejamos:

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Nessa esteira, observamos que o legislador buscou tipificar mais um desdobramento do crime de estupro, intitulado uma outra modalidade em um novo artigo. Desse modo, passamos a ter em nosso ordenamento jurídico a caracterização do estupro de vulnerável, que é a prática do estupro no qual temos a vítima como sendo menor de catorze anos ou aquele que não possui o discernimento para a prática do ato.

Sobre o objeto desse crime, Vicente de Paula (2018, p. 36) defende:

O objeto jurídico do crime de estupro de vulnerável é a inviolabilidade sexual. O delito atinge, simultaneamente, a dignidade e o desenvolvimento sexual da pessoa humana, presumivelmente incapaz ou sem o necessário discernimento para a prática do ato, ou sem condições para oferecer resistência.

Corroborando com esse entendimento, Capez (2019, p. 80) complementa:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui a capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc.[...] A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade.

Com isso, é possível perceber que temos como objeto material o indivíduo que encontra-se em situação de vulnerabilidade sobre o qual recai a prática desse estupro. Por conseguinte, observamos como elemento objetivo a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso praticado contra esse indivíduo em situação de vulnerabilidade.

De outro lado, encontramos o elemento subjetivo desse crime o dolo. Sobre esse elemento, Vicente de Paula (2018, p. 40) complementa:

O elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de ter conjunção carnal ou de praticar outro ato libidinoso, devendo o agente conhecer a condição de vulnerabilidade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo (CP, art. 20, caput) e, conseqüentemente, poderá ser afastado o dolo e a tipicidade do fato.

Assim, percebemos que a tipificação do estupro de vulnerável buscou trazer para nosso ordenamento jurídico uma condição especial para que ele fosse caracterizado, qual seja, a situação de vulnerabilidade da vítima. Constatase ainda que o legislador buscou fazer com que fosse afastada as questões relativas acerca da presunção de violência.

Sobre essa presunção, tínhamos antes da tipificação do art. 217-A a chamada presunção absoluta, que não admitia prova em contrário do tipo penal exposto e a relativa, que permitia a prova em contrário. Esse debate girava principalmente em torno da questão da vulnerabilidade em razão da idade, ou seja, do menor de catorze anos.

Sobre essa temática, Nucci (2019, p. 97) explica:

o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em presunção - um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu -, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerando o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão violência presumida.

Apesar da criação de um novo tipo penal para tipificação desse delito, é certo que ainda não é possível excluir das discussões a presunção relativa e absoluta de violência, eis que é uma temática que ainda levanta questionamentos dentro da análise dos casos concretos, necessitando ainda de uma atenção por parte do legislador.

## **5. A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELO DIREITO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O ESTUPRO DE VULNERÁVEL.**

A Constituição Federal de 1988 busca assegurar uma maior proteção a criança e o adolescente, trazendo em seu texto, diversas garantias que defendam os direitos do menor. No tocante a essa proteção, o art. 227 da CRFB/88 traz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, observa-se que o legislador buscou evidenciar como sendo um dever de todos o cumprimento das obrigações para com o menor, tendo em vista que este encontra-se em uma situação mais vulnerável se comparado com as demais pessoas em nossa sociedade, necessitando assim de uma legislação que proteja seus direitos.

Além disso, encontramos a defesa dos direitos da criança e do adolescente pela Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e a proteção integral que estes devem receber. Corroborando com o artigo da Constituição Federal, o art. 5º do estatuto dispõe:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

O artigo acima visa dar ênfase ao direito já estabelecido pela Constituição Federal de 1988, protegendo os direitos fundamentais que o menor possui em qualquer situação na qual se encontre na eminência de sofrer algum tipo de negligência.

O ordenamento jurídico como um todo, busca enfatizar essas garantias de proteção ao menor, inclusive com a criação de mecanismos que possam assegurar essa proteção e dentre os tipos de proteção se encontra a preservação da dignidade sexual dessa criança e desse adolescente.

No tocante a proteção da preservação sexual do menor, observa-se que a tipificação do estupro de vulnerável pelo Código Penal em relação a vítima menor de catorze anos demonstra claramente a preocupação que o legislador tem em buscar proteger a criança e o adolescente de possíveis práticas lesivas, entendendo que o menor de catorze anos não possui o discernimento necessário para a prática do ato sexual.

A vista disso, o entendimento jurisprudencial vem sendo pacificado no sentido de que se houve prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com o menor de catorze anos, configura-se o estupro de vulnerável. É esse o entendimento já pacificado do Superior Tribunal de Justiça, que editou a 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.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando, o que acaba por pacificar dentro da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros o entendimento de que o menor de catorze anos não é capaz de discernir condutas relativas a atos sexuais e necessita da proteção do Estado por se encontrar em grau de vulnerabilidade.

Sobre o entendimento pacificado dos Tribunais superiores, Condé (2018, p. 54) aduz:

O legislador entendeu que a vulnerabilidade é absoluta, assim sendo, praticar atos sexuais com menor de catorze anos sempre será crime de estupro. Apesar da redação da legislação em vigor, a doutrina e a Jurisprudência pátria vêm admitindo flexibilizar o rigor da lei, admitindo a possibilidade de relativização da chamada vulnerabilidade.

O que ocorre ainda em nosso ordenamento jurídico é uma certa insegurança jurídica causada por esse entendimento de presunção absoluta que foi definido pelos tribunais superiores, eis que, apesar de pacificado o entendimento acerca da vulnerabilidade absoluta do menor de catorze anos, é sabido que dentro do judiciário e na doutrina ainda existem entendimentos diversos, o que tende a levantar novamente as questões sobre a relativização dessa conduta.

## **6. DIVERGÊNCIAS ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.**

Apesar de a legislação buscar afastar a incidência da chamada presunção relativa em relação ao crime de estupro de vulnerável que tem o menor como sendo a vítima e mesmo tendo sido pacificado o entendimento dos tribunais superiores no mesmo sentido, o que se extrai das situações corriqueiras que encontramos no judiciário são posicionamentos por vezes distintos dessa presunção.

Na prática, o poder judiciário enfrenta diariamente questões que podem levantar entendimentos distintos com relação a esse tema e muitas vezes, o que se deve analisar é a situação sob a ótica do caso concreto antes de aplicar uma penalidade que poderia vir a ser injusta.

Desse modo, ao expressar o caráter absoluto dessa presunção, o Código Penal passa a intervir em questões pessoais do indivíduo, eis que por vezes, o fator da idade não pode servir de parâmetro para todas as pessoas indistintamente se quisermos garantir a justiça nos casos jurídicos.

Acerca desse tema, Nucci (2020, p. 67) indaga:

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? A posição que nos parece mais acertada é a da vulnerabilidade relativa. 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.

Nesse sentido, Delmanto (2020, p. 45) complementa:

Nesse contexto, presumir de maneira absoluta a existência da violência, mesmo que de fato ela não tenha ocorrido, pela circunstância objetiva da vítima ser menor de 14 anos, encontra-se em dissonância com o princípio da *nulla poena sine culpa*, por duas razões: 1ª) pune-se com a pena igual aquele que realmente se utiliza da violência contra um menor de 14 anos e aquele outro que, por exemplo mantém relação sexual com uma menina de 13 anos, sem qualquer violência e com o seu consentimento, mesmo que esse consentimento não seja juridicamente aceito; 2ª) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando –se como uma mulher feita, pode ter mentido a respeito.

Assim, percebemos que é inegável a existência de casos em que não há violência no ato sexual, inclusive sendo dado o consentimento pelo menor de catorze anos, o que levanta muitos questionamentos acerca da presunção absoluta no crime de estupro de vulnerável.

Afirmar que a legislação e o entendimento dos tribunais superiores estão agindo de acordo com o modelo social que nos deparamos hoje é ir de encontro com o modelo de justiça que buscamos para nossa sociedade, eis que se analisarmos com cautela, é possível perceber que a nossa sociedade está sempre em mutação e o que ontem poderia servir como base para a justiça que buscamos, pode ser modificado hoje por novos costumes e crenças.

Nesse sentido, Nucci (2020, p. 73) defende:

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. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Desse modo, resta claro que nossa legislação vigente não caminhou em conjunto com as mudanças sociais que foram ocorrendo ao longo dos anos, o que acaba por gerar uma insegurança jurídica quando nos deparamos com situações nas quais é evidente dentro do caso concreto em que a prática sexual não foi realizada por emprego de violência, mas o agente não possui o direito a relativização e acaba sofrendo as mesmas penalidades do indivíduo que age com violência.

Nesse prisma, Nucci (2020, p. 81) finaliza:

O Código Penal estava a merecer, nesse contexto, reforma urgente, compreendendo-se a realidade do mundo moderno, sem que isso represente atentado à moralidade ou à ética, mesmo porque tais conceitos são mutáveis e acompanham a evolução social. Na atualidade, há nítida liberação saudável da sexualidade e não poderia o legislador ficar alheio ao mundo real.

Assim, percebe-se a clara necessidade de dar uma maior atenção para essa temática, pois se trata de um assunto que levanta muitas questões

controvérsias, nas quais não há ainda um alinhamento da nossa legislação com as necessidades sociais que possuímos.

Por fim, é necessário que haja por parte do legislador um olhar mais amplo sobre essa temática, a fim de perceber que a nossa sociedade se encontra em constantes mudanças e que nosso ordenamento jurídico deve sempre buscar resguardar os interesses sociais que são evidentes e necessários e as questões referentes a relativização no tocante ao estupro de vulnerável é uma delas, pois não poderá haver justiça se a legislação e os interesses sociais andarem sempre de encontro.

## **5. CONCLUSÃO**

A presente pesquisa buscou evidenciar os principais aspectos relativos ao estupro de vulnerável e sua presunção absoluta e relativa no nosso ordenamento jurídico, abordando os conceitos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca desse tema.

Desse modo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica buscando embasar as principais questões acerca dos conceitos relativos a essa conduta que foi criminalizada dentro do nosso Código Penal, buscando aprofundar de que maneira os princípios penais e constitucionais são inseridos nessa temática.

Em seguida, buscou-se compreender os preceitos relativos a presunção absoluta e relativa dentro do crime de estupro de vulnerável e de que maneira nossa sociedade vem sofrendo transformações e até onde o nosso ordenamento jurídico acompanha essas mutações sociais dentro desse tema.

Assim, percebe-se que vem ocorrendo em nosso ordenamento jurídico uma controvérsia que precisa ser solucionada, eis que de um lado temos posicionamentos jurisprudenciais e legislativos que definem que somente será aceito por nosso ordenamento jurídico a presunção absoluta dentro do crime de estupro de vulnerável, ao passo em que nos deparamos com uma realidade social na qual muitas vezes dentro do caso concreto, para haver a justiça é necessário que haja essa relativização.

Portanto, conclui-se que é necessário que haja a implementação de mecanismos aptos a propiciarem uma regulamentação jurídica que busque acompanhar as mutações sociais que encontramos na nossa sociedade, para

evitar as controvérsias jurídicas que alastram nosso sistema atualmente, buscando sempre proteger a sociedade em busca do bem comum.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial. Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 6. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 12.015/2009, de 7 de agosto de 2009.** Código Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069,1990, de 13 de julho de 1990.** Código Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONDÉ, Teófilo Tavares Ducarmo. **Estupro de vulnerável: relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos.** 2018. Disponível em<<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-74b4f5118c3951acd24058e0dc8bbbbbb.pdf>> Acesso em: 06 jun. 2023.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. JUNIOR, Roberto Delmanto. DELMANTO, Fábio M. De Almeida. **Código Penal Comentado.** 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral (Arts. 1º ao 120 do Código Penal).** 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Curso de Direito Penal: Parte especial (Arts. 213 a 288-A).** Salvador: Juspodivm, 2018. vol. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.