

## O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Rafaela Oliveira Silva<sup>1</sup>

Marcco Antônio da Hora de Jesus Botêlho Nogueira<sup>2</sup>

Geraldo Calasans da Silva Júnior<sup>3</sup>

### RESUMO

As mudanças referentes ao Código Penal Brasileiro, em relação ao crime de estupro de vulnerável, tuteladas especificamente na Lei n 12.015/2009 trazem consigo perspectivas a respeito de diferentes situações que questionam o consentimento da vítima e sua capacidade. Desta forma, o objetivo deste artigo, é fomentar discussões sobre uma prática recorrente de pessoas consideradas plenamente capazes como crianças e adolescentes, que ainda não mensuram as suas consequências da sua liberdade sexual. Para a elaboração deste artigo, foi adotado o método de pesquisa qualitativa, com o uso de bibliografia, para analisar empregou-se o método indutivo observando o fenômeno, interligando a relação entre as partes e seus elementos constitutivos para fomentar a discussão do projeto. Em síntese, o jovem adolescente não possui discernimento necessário para desempenhar a liberdade sexual, devido a falta maturidade biológica, física, psicológica e emocional.

**Palavras Chaves:** Consentimento da vítima. Estupro de Vulnerável. Discernimento. Código Penal Brasileiro.

---

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito da Faculdade UNEX de Itabuna/BA, e-mail: rafaela.oliveira.silva@hotmail.com.

<sup>2</sup> Discente do curso de Direito da Faculdade UNEX de Itabuna/BA, e-mail: marccoantoniobotelho@gmail.com.

<sup>3</sup> Docente Orientador da Faculdade UNEX de Itabuna/BA. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC. Advogado. Professor Universitário da UniFTC/Itabuna-Ba. Professor convidado do Programa de Pósgraduação "latu sensu" da UniFTC/Itabuna-Bahia. Foi Professor da Faculdade Madre Thaís/Ilhéus, onde ministrou aulas das disciplinas Direito Constitucional I, II e III. Foi Consultor Jurídico da Câmara de Vereadores de ItabunaBa. Foi Juiz Leigo do Tribunal de Justiça da Bahia. Foi pesquisador/bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia - FAPESB. Coautor de capítulos de livros e artigos científicos na seara jurídica.

## THE CONSENT OF THE VICTIM OF VULNERABLE RAPE

### ABSTRACT

The changes related to the Brazilian Penal Code, concerning the crime of sexual assault on vulnerable individuals, specifically regulated by Law No. 12.015/2009, bring perspectives regarding various situations that question the victim's consent and capacity. Thus, the aim of this article is to foster discussions about a recurring practice involving individuals considered fully capable, such as children and adolescents, who do not yet grasp the consequences of their sexual freedom. For the development of this article, a qualitative research method was adopted, using bibliographic sources to analyze and employing the inductive method to observe the phenomenon, interconnecting the relationship between the parts and their constituent elements to foster the discussion of the project. In summary, the young adolescent lacks the necessary discernment to exercise sexual freedom due to a lack of biological, physical, psychological, and emotional maturity.

**Keywords:** Victim's consent. Statutory Rape. Discernment. Brazilian Penal Code.

### 1 INTRODUÇÃO

No decorrer da história os costumes sociais foram se modificando, o que conseqüentemente, levou os políticos jurídico-legislativos a implementarem novas medidas que acompanhassem o desenvolvimento da sociedade, de forma que as normas não ficassem obsoletas. No que pese, o aprimoramento da legislação relacionada aos "*Crimes contra a Dignidade*", anteriormente denominada como "*Crimes Contra os Costumes*", tornou os vulneráveis tutelados como bens jurídicos protegidos diante da Lei 12.015/2009. Desta forma, houve a tipificação da conduta lesiva do agente que cometesse ato sexual contra aqueles que possuem uma condição de vulnerável.

Desta forma, é visível que o crime que sempre existiu, porém anteriormente não recebia a devida tutela, todavia agora encontra-se tipificado de forma clara e específica no art.217-A do Código Penal Brasileiro, com intenção de punir devidamente o infrator e, sobretudo, buscando coibir crimes desta natureza.

Nesse sentido, em referência ao parágrafo 1º do artigo supramencionado, cujo declara que aqueles que tiverem conjunção carnal ou quaisquer outros atos libidinosos um menor de 14 anos configura-se ao crime de estupro de vulnerável, no que pese questiona-se o porquê de um adolescente maior de 14 anos tem a autodeterminação suficiente para que tenha relações sexuais, mas não tem para exercer seus direitos cíveis, assim como pode vir a acontecer aos 16 anos, mediante emancipação?

O Estatuto da Criança e Adolescente declara no art.2º a delimitação de que considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Por obstante, é evidente que um adolescente de 14 anos é incapaz de ter autodeterminação para exercer sua liberdade sexual. A aceitação da prática apenas permite que sua dignidade sexual seja infligida, já que este não atingiu a maturidade biológica, física, psicológica e emocional, e ainda está desenvolvendo sua sexualidade.

O presente artigo tem de pôr finalidade atingir como objetivo geral, fomentar discussões sobre uma prática recorrente de pessoas consideradas plenamente capazes como crianças e adolescentes, que ainda não mensuram as suas consequências da sua liberdade sexual.

Para a elaboração deste artigo, foi adotado o método de pesquisa qualitativa (MONTEIRO & MAZZARROBA, 2017) que baseia na descrição de variáveis, através de pesquisa bibliográfica, que permite a ampliação de conceitos e percepções por meio de livros, artigos científicos, doutrinas, exame de Direito Comparado. A estudo visa demonstrar por meio de pesquisas e percepções sobre situações “comuns”, mas que são comportamentos que não deveriam ser normais. Tendo em vista que, a Magna Carta garante a todos os direitos e garantias fundamentais.

Para a análise dos dados, empregou-se o método indutivo (MONTEIRO & MAZZARROBA, 2017). Sendo realizado a partir de análise geral, observando o fenômeno para os autores, interligando a relação entre as partes e seus elementos constitutivos para que concluirmos o porquê de fomentar a discussão do projeto. Em vista, a vertente qualitativa deste estudo se concentrou na análise crítica e

interpretativa dos dados contidos em documentos legislativos já referenciados, nos artigos identificados relacionados ao tema e em doutrinas de juristas.

## 2 O CRIME DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA

O crime de estupro foi positivado pela primeira vez na antiga Mesopotâmia, pelo Código de Hamurábi, entre 1792 e 1750 A.C. Código esse que era norteado pela “Lei de Talião”, que determinava, que, o criminoso deveria ser punido na proporção do mal que causou a vítima. O texto explanava, que:

“O estupro sem pena alguma para a vítima era previsto nesse Código somente para ‘virgens casadas’ (como na legislação mosaica), ou seja, mulheres que, embora tenham o contrato de casamento firmado, ainda não coabitavam com os maridos” (CASTRO, 2017)

Tanto na Grécia quanto na Roma antigas os chamados “estupros de guerra” (violações cometidas por soldados, ou civis durante conflitos armados) eram muito comuns, bem como os atos sexuais realizados com crianças, sejam elas meninas ou meninos, como evidenciado claramente em seus mitos, nos quais seus deuses descem a terra e forçam-se aos mortais.

Entretanto, enquanto as relações com menores eram normalizadas em sua cultura e os estrangeiros não eram considerados sujeitos de direito, a conjunção carnal ilícita era considerada como *crimen vis* no direito romano, era punida com a pena de morte, quando ocorria a mulheres que não estivessem casadas ou viúvas.

Diversas sociedades ao redor do mundo, como: Inglaterra, Egito, Grécia, Espanha e França, dentre muitas outras, penalizavam o crime de estupro com a morte, embora possuíssem particularidades concernentes a cada povo.

“As antigas leis inglesas puniam com a morte o autor desse crime, com o passar do tempo a lei foi substituída pela castração (pênis) e pelo vazamento dos olhos. No antigo direito francês distinguiram-se o rapto violento e o estupro. O primeiro supunha a subtração violenta de donzelas, mulheres e viúvas de qualquer idade, contra sua vontade, com o fim de abusar delas. O segundo compreendia o emprego de força por parte do réu, contra virgem, mulher ou viúva, tendo em mira a conjunção carnal, o que só mudou tal qual como nas legislações atuais em 1810.” (LINHARES, 2020)

O Código Criminal do Império de 1830 definiu o crime de estupro, no artigo 222, impondo pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, entretanto, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão. Fica evidente, portanto, a valorização da pureza da vítima e o pensamento de que somente mulheres poderiam ser vítimas desse crime.

Em seus artigos 268 e 269, o Código Penal Republicano de 1980 incluía as penas e a tipicidade para o crime de estupro. Delimitando que o crime de estupro ocorre apenas em relação a mulher (equiparou mulheres “públicas” e prostitutas), trazendo também as definições de violência e estupro para os fins desse crime, além disso, trouxe penas mais leves que os códigos anteriores, pois culminava uma punição de um a seis anos. Muito criticado à época, foi determinante para a criação da Consolidação das Leis Penais de 1932. No que concerne ao crime de estupro não houve qualquer alteração entre os dispositivos do Código Penal de 1980 e 1932.

Para o Código Penal de 1940, o estupro foi definido no art. 213, situando-se no Título VI, no Capítulo referente aos crimes contra a liberdade sexual, em seu artigo 224, identificava o crime de estupro de vulnerável arguindo uma violência presumida quanto se era praticado o ato sexual (conjunção carnal) com determinados sujeitos passivos que se enquadrariam com aqueles tidos como vulneráveis.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a proteção da criança e adolescente fica em evidência, sendo que diversos direitos foram criados, sendo, posteriormente, legislado o Estatuto da Criança e Adolescente, pela Lei nº 8.069/90.

Como evidenciado pelo artigo 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 4º, que faz uma ponderação de extrema importância: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL, 1988). Assim, o núcleo de proteção que o direito brasileiro confere às crianças e adolescentes, tem como base o princípio da proteção integral, que foi descrito na atual Carta Constitucional e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir de sua emissão, em 07 de agosto de 2009, a lei 12.015/09, revolucionou o crime de estupro, não necessariamente na questão da pena, mesmo que mais detalhada quanto ao sujeito ativo, mas em relação ao crime em si. Houve a

junção de dois tipos penais em uma só figura denominada estupro, deixando de existir o artigo 214 (atentado violento ao pudor) do Código Penal. Desta modificação adveio uma abertura histórica, uma vez que até a publicação desta lei, era entendido que apenas a mulher poderia ser vítima, porém, após a alteração, pode ser qualquer pessoa.

## 2.2 CONCEITO E ELEMENTARES DO TIPO

O crime de estupro tipificado pelo art. 213 do Código Penal Brasileiro é conceituado como ato de:

“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”. (BRASIL, 1940)

Sendo assim, a conduta não necessariamente, se limita a conjunção carnal, mas um ato com a finalidade a ter conjunção carnal, sem o consentimento da vítima, ou a prática de ato libidinoso que abrange aos gestos como, apalpar, lambar, tocar, desnudar, masturbar-se ou ejacular. A linha pode vir a ser tênue entre o estupro e o assédio sexual, mas tudo dependerá da situação em que se encontra.

É disposto pela lei 12.015/2009, que altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o qual aplica a pena de reclusão de 6 a 10 anos para aqueles que realizarem a conduta contra a sanção.

Com fulcro no parágrafo 1º do artigo 213 do Código Penal brasileiro se esta conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14 (catorze) anos, será está uma qualificação do crime, pois mediante a violência, este causou lesões corporais a outrem. A lei n.12.015/2009, de 07/08/2009 dispõe em parágrafo que a penalidade desta será aplicada em reclusão de 8 a 12 anos.

Já o parágrafo 2º do artigo 213 do código penal brasileiro, fundamenta a respeito da conduta que resulta em morte, a penalidade será aplicada com base ao parágrafo e pena acrescentada pela lei n.12.015/09. Sendo está uma pena de reclusão, de 12 a 30 anos. Neste o estado, e condição da vítima, justificam sua rigorosidade, pois se refere a uma pessoa que é não tem uma capacidade absoluta para discernir nem resistir.

Neste sentido, fica claro que o menor de 18 anos, será menor até um dia antes do seu aniversário de 18 anos. E o maior de catorze anos, é todo e qualquer adolescente que após completar 14 anos, independente de quantos dias que tenha completado os catorze anos, desde que estes estejam completos, aqui também se qualificará com base na lesão corporal grave e até mesmo a morte da vítima.

O elemento subjetivo do crime de estupro é o dolo e, além dele, implicando um especial fim de agir, direcionando à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, desta forma, estabelece que o autor agiu com a intencionalmente para realizar tais atos. Quanto ao bem jurídico tutelado assevera o doutrinador:

“[...] 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.” (BITTERCOURT, 2023, p. 32)

A consumação do crime de estupro se dar no momento que ocorre o ato típico, seja por penetração, quando envolve a conjunção carnal, ou quando ocorre qualquer outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça.

O Código de Processo Penal, o art. 158, determina ser indispensável o exame de corpo de delito. Contudo, há casos em que a prática do crime de estupro não deixa vestígios físicos, como em atos menos invasivos. Nessas situações existe entendimento jurisprudencial de que deve ser dada credibilidade ao relato da vítima.

É importante destacar que, trata-se de crime plurissubsistente, ou seja, os atos executórios podem ser identificados separadamente e, por isso, possibilita a admissão da tentativa. Ressalva o doutrinado que:

Crime plurissubsistente é quando a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso. (BITENCOURT, 2023, p. 57)

Quando a ação penal no crime de estupro, é pública, mas condicionada à representação conforme o art. 225 do Código Penal Brasileiro. O legislador permitiu à vítima o poder de decidir sobre o processamento do delito devido à natureza íntima da agressão. No entanto, se esta é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação penal é pública e incondicionada, pois há interesse primordial do Estado em apurar crime de estupro praticado contra o seletivo grupo.

### 3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável é tipificado pelo art. 217-A do Código Penal Brasileiro e é conceituado como um ato de:

“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.

§ 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.” (BRASIL, 1940)

Se trata de um crime hediondo que traz consequências impostas pela lei 8.072/90 como a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória com fiança, impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia e o cumprimento inicial em regime fechado. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) afastou a obrigatoriedade do sujeito ativo de cumprir pena em regime fechado, pois declarou inconstitucionalidade através do julgamento do Habeas Corpus 111.840/ES.

Antes a vigência da lei 12.015/2009 não havia uma norma que abarcava a proteção dos direitos concernentes à dignidade sexual dos menores de 14 anos, inimputáveis, daqueles que apresentavam enfermidade, bem como dos portadores de deficiências, vez que, quando ocorria a prática do ato ilícito era discutido sobre a presunção de violência ou, a depender da situação, ao atentado violento ao pudor. Em nenhum dos delitos era considerado o depoimento da vítima como meio probatório acerca da conduta ilícita. Pelo contrário, era questionado e verificado o histórico pessoal da vítima. Nesse sentido Rogério Greco traz que:

“Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento.” (GRECO, 2023)



A lei supramencionada passou a prever os crimes contra a dignidade sexual e estabeleceu uma sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana prevista no art.1, III da Constituição Federal. A criação do legislador trouxe a intenção de qualificar a conduta contra vulneráveis, vez que se afastou a presunção para somente a proibição do ato da conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com alguém menor de 14 anos e os elencados no §1º do art. 217-A do Código Penal Brasileiro. Por conseguinte, a definição da idade colocou um fim na discussão a respeito da figura de vulnerabilidade absoluta e relativa da vítima, sendo anteriormente discutido na presunção de violência, objetivando o sujeito que sofreu a transgressão advinda de alguém que necessariamente deve ter conhecimento da condição alheia. Portanto, é substancial arrazoar a inexistência de culpa do agente causador.

Ademais, é imperioso mencionar a distinção entre o estupro e o estupro de vulnerável, pois apesar de ambos possuírem o mesmo ato delituoso, seus requisitos são antagônicos. Enquanto o estupro exige a presença do verbo de ação “constranger” com violência ou grave ameaça, o estupro de vulnerável exige apenas a condição de “ter” a conduta com as vítimas descritas.

A modernização trazida pela nova redação do Código Penal traz consigo a proteção da liberdade e dignidade sexual, em que a primeira se caracteriza pela pretensão de exercer livremente sua sexualidade, conservando o direito de escolha em detrimento de qualquer discriminação de gênero. Todavia, a dignidade sexual, visa conservar a integridade sexual da pessoa, impedindo que esta seja desrespeitada, garantindo o bem-estar existencial, psicológico e físico. Ela se configura como espécie da dignidade da pessoa humana.

Apesar da liberdade sexual ser pleiteada e exercida por todos, sem quaisquer discriminações de gênero, quando ocorre o crime de estupro contra vulnerável acaba-se por ferir a dignidade da pessoa humana, sendo assim, implicando danos a integridade física e psicológica da vítima. Disto isto, Cezar Roberto Bittencourt defende que:

“Em outros termos, ‘nos crimes sexuais que envolvem crianças e adolescentes, mais do que a liberdade sexual, são violadas também a integridade física, psíquica e a dignidade da pessoa humana, pois a sexualidade em crianças e adolescentes, jovens cujas personalidades ainda se encontram em desenvolvimento, não se pode, conseqüentemente, falar em ‘liberdade sexual’ ou autonomia para determinar seu comportamento no âmbito sexual’.” (BITENCOURT,2023)

É tangível esclarecer que o sujeito ativo do tipo pode ser qualquer pessoa, indistintamente, homem ou mulher, sobretudo se o crime for cometido por pessoa do mesmo sexo. O sujeito passivo, de igual forma, pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição de vulnerabilidade, seja por menoridade de 14 (quatorze) anos, ou em razão de alguma enfermidade ou deficiência mental, não dispondo do discernimento necessário para a prática do ato, ou não pode oferecer resistência física.

Ademais, quando a vítima oferece resistência à tentativa, se caracteriza como uma violência sexual do estupro, o qual é previsto no art. 213 do diploma legal criminal, afastando o delito do estupro de vulnerável, em virtude de este analisar a condição e não a violência, levando em conta que o delito discutido é classificado como um crime doloso, vez que não é mencionada a culpa no texto da lei. Da mesma forma, é essencial que o sujeito ativo tenha prévio conhecimento da condição do indivíduo em situação de vulnerabilidade.

Além disso, é importante considerar que a conduta descrita no art.217-A, caput, do Código Penal “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso [...]” (BRASIL, 1940) refere-se ao ato consumado desde a relação sexual até qualquer outro ato lascivo para que atinja a finalidade de satisfação sexual, como por exemplo, a contemplação lasciva. Rogério Grecco apresenta a caracterização da seguinte forma:

“[...]o delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação. Quanto à segunda parte prevista no caput do art. 217-A do estatuto repressivo, consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima.” (GRECO, 2023)

Adicionalmente, considerando as condutas descritas, pode ocorrer a hipótese da tentativa de consumir a transgressão, quando iniciou o ato, mas foi interrompido por diversos motivos.

### **3.2. REPERCUSSÃO DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA**

O art.224, alínea a, do Código Penal Brasileiro vigente antes da implementação da lei 12.015/2009 trazia uma abordagem diferente entre aqueles que tinham 14 anos e os menores de 14 anos. Muito era discutido a respeito da vulnerabilidade, podendo ela ser absoluta ou relativa. Quando a transgressão ia contra

o menor de 14 anos, falava-se da vulnerabilidade absoluta, sendo assim, indiscutível a respeito de sua vulnerabilidade. No entanto, quando a infração era direcionada contra o adolescente de 14 anos, a vulnerabilidade era questionada, tornando-a relativa.

A partir desse ponto, a relativização da vulnerabilidade decorre na presunção de violência, em que a vítima é avaliada na sociedade e seu histórico, se já houve relações anteriores ou não.

Todavia, com a revogação do art. 224 do Código Penal Brasileiro e a implementação da lei 12.015/2009, anteriormente indicada, afastou-se a presunção de violência e o questionamento se a ofendida havia tido experiências sexuais anteriores ao fato. Dado que, a nova legislação tem por finalidade abordar a condição da pessoa lesada e proteger a dignidade sexual. Sendo assim, o autor Guilherme de Souza Nucci complementa que:

Entretanto, a Lei 13.718/2018 introduziu o § 5.º no art. 217-A (“As penas previstas no caput e nos §§ 1.º, 3.º e 4.º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”), ratificando o entendimento formado pela jurisprudência majoritária de que a vulnerabilidade é, sempre, absoluta para qualquer menor de 14 anos em qualquer situação. (NUCCI, 2022)

O estudo das consequências da sexualidade para os menores de 14 anos é complexo, na medida em que a sexualidade é uma construção biológica e social, e reflete nas crenças culturais e religiosas. Sendo indiscutível o impacto que a sexualidade causa nesse momento repleto de curiosidade, exploração e pela iniciação sexual das crianças e adolescentes, bem como é inevitável que a sociedade exerça forte influência nesse interesse que aflora em tal período do desenvolvimento humano.

Com isso dito, em decorrência dessas constantes mudanças socioculturais, os “pais e adultos representam um papel fundamental no desenvolvimento da compreensão do mundo pela criança. Eles agem como fortes exemplos que as crianças invariavelmente imitam e copiam” (SANDERSON, 2005).

Desta forma não se pode afirmar que um adolescente que esteja apto biologicamente para vida sexual, estará apto para o envolvimento afetivo e vice-versa,

isso porque crianças e adolescentes se desenvolvem de maneiras distintas, sendo a idade apenas uma reflexão representativa do desenvolvimento de suas capacidades.

O Estado, portanto, acaba por retirar a autonomia no que se refere aos direitos sexuais por um critério exclusivamente etário, que, embora importante, não é o único vetor que define a maturidade e autonomia do adolescente para desfrutar de sua liberdade sexual como direito fundamental.

É impossível negar que a sociedade atual experimenta uma adolescência cada vez mais precoce, na qual os jovens atingem uma maturidade além de seu tempo. Muito disso se deve ao acesso facilitado à informação, bem como a postura da sociedade diante da naturalização dos relacionamentos amorosos entre adolescentes, que frequentemente envolvem-se afetivamente já no início da adolescência com total convivência dos pais e familiares, sem causar qualquer estranheza à sociedade em geral, nesse sentido o Estado vem coibir a liberdade dos jovens com intuito de protegê-los.

Com as alterações efetuadas pela Lei nº 12.015/2009 ganha foco o desenvolvimento sexual do menor de 18 anos, tendo o legislador se preocupado em proteger as crianças e adolescentes dos recorrentes abusos sexuais, bem como da proliferação da prostituição infantil, assim como outras formas de exploração sexual, guardando sobretudo, a dignidade sexual do menor de 14 anos.

A partir disso, o legislador excluiu “possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais” (MIRABETE, 2010) entendendo de maneira absoluta, que o menor de 14 anos não tem a necessária maturidade para usufruir de sua liberdade sexual plena.

Ou seja, nessa modalidade de estupro (de vulnerável), o legislador não exige que o indivíduo empregue violência ou grave ameaça para caracterização do delito, sendo o suficiente a efetivação da conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável. Caso haja o emprego de violência, grave ameaça ou fraude para consumação do delito, essas circunstâncias deverão ser devidamente valoradas pelo juiz na fixação da pena em consideração ao princípio da culpabilidade.

Transparece então, a impossibilidade de a vítima resistir à prática dos atos sexuais como sendo uma incapacidade de autodeterminação, tendo em vista que a pessoa vulnerável não tem a necessária compreensão do ato sexual, ou até mesmo possui uma incapacidade de externar sua oposição à conduta do agente, por condições preexistentes.

Em fato, a letra fria da lei não se reporta mais à presunção de violência, mas sim, impõe ao julgador o dever de aplicar a pena prevista no referido artigo, independentemente do consentimento da vítima, logo, tendo este, total irrelevância jurídica.

Essa afirmação, como sugerem alguns doutrinadores, sugere que as lacunas deixadas pelo legislador serão satisfeitas com a interpretação baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e, secundariamente, pelos demais princípios fundamentais instituídos em nossa Carta Magna, notadamente, o princípio da adequação social.

Entretanto essa presunção absoluta não poderia ser afastada (relativizada) mesmo que a vítima tivesse dado seu “consentimento” porque nesta idade este consentimento seria viciado (inválido). Logo, mesmo que a vítima tivesse experiência sexual anterior, mesmo que fosse namorado do autor do fato, ainda assim haveria o crime.

Assim sendo, a prática sexual envolvendo menores de 14 anos não pode ser considerada como algo dentro da “normalidade social”. Visto que, o afastamento do princípio da adequação social nos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado, que é o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes.

Afetando desta forma adultos capazes que pratiquem o ato, bem como jovens de idade aproximada, um garoto de 13 anos e sua namorada de 12 anos praticando de sexo consensual por exemplo, ocorrendo desta forma o “estupro bilateral”, quando dois menores de 14 anos praticam conjunção carnal ou outro ato libidinoso entre si. Ou seja, tanto o garoto como a garota, neste exemplo, serão autores e vítimas, ao mesmo tempo, de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

### 3.3. ASPECTOS JURÍDICO-PROCESSUAIS E O ENTENDIMENTO DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal da Justiça (STJ), diante de recursos repetitivos que busca a prevalência da inocência do ofensor em defesa ao princípio da inocência, decidiu fixar a tese entre os tribunais através da Súmula 593, o qual garante o afastamento do consentimento no ato que configura a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente da vida social e sexual pretérita da ofendida. Como estabelecido em precedentes anteriores, cita-se a Súmula 593 do STJ:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (SÚMULA 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017)

Apesar disso, a caráter de exceção, o STJ flexibilizou como condição especial a tese defensiva “Romeu e Julieta”, a qual afasta a tipicidade, para isso é vital que entre o ofensor e a ofendida haja pouca diferença de idade, estejam em relacionamento, que foi aprovado pelos pais da menor, e durante a união conceberam um nascituro, que conseqüentemente devido as circunstâncias, passaram a residir juntos. Neste sentido, a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL – Agravo regimental contra decisão que indeferiu a liminar – Crime de Estupro de Vulnerável – Condenação – Réu que namorou a vítima e constituiu família gerando um filho – Irrelevância social do fato (Precedente do STJ) – Exceção Romeu e Julieta – Presença dos elementos autorizadores da concessão de liminar – Precedentes do TJSE e do STJ – Liminar deferida – Agravo Regimental conhecido e provido – Decisão por maioria. - A irrelevância social do fato aliada à jurisprudência do STJ que consignou que a aplicação da Súmula 593 depende de cada caso concreto, é suficiente para justificar o ‘fumus boni iuris’, autorizador da concessão de liminar. - A proteção constitucional à família coloca ‘em xeque’ a condenação ou a pena de um cidadão que praticou crime sem violência, ao contrário, foi criminoso com amor, dividiu o lençol com a vítima, juraram o enlace e tiveram um filho. Apenar o Requerente, é punir a vítima e, mais ainda, punir o filho de ambos. A criança, filha do casal, conta hoje com quase 06 anos de idade e as partes, efetivamente, constituíram união estável, conforme escritura pública de União estável juntada aos autos. - Liminar deferida para suspender a execução da pena até o julgamento da revisão criminal. (Agravo Regimental (Crime) Nº 202100138287 Nº único: XXXXX-26.2021.8.25.0000 - TRIBUNAL PLENO, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Ricardo Múcio Santana de A. Lima - Julgado em 04/03/2022)

Por obstante, após a ofendida sofrer o ato ilícito é necessário realizar o exame de corpo de delito para que seja encontrado vestígio do crime. Sendo apresentada pelo art. 158 do Código Penal:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

I - violência doméstica e familiar contra mulher;

II- violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência

Entretanto, importante ressaltar que a possibilidade da ausência de vestígio não impede de que sejam produzidos os efeitos jurídicos sobre o ofensor, considerando apenas a palavra da vítima. Como descrito no art. 167 do Código Penal:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Pode inferir, portanto, os artigos e decisões supracitados possuem a intenção de proteger os bens jurídicos em função de viabilizar melhores condições de vida que são garantidos na Constituição Federal de 1988. Como forma a promover melhor bem-estar social para a família.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste ponto, vislumbra-se aclarar a maneira como os legisladores e juristas compreendem a presunção de vulnerabilidade dos indivíduos considerados vulneráveis diante do crime de estupro de vulnerável. De maneira geral, o entendimento aplicado no Brasil é a presunção absoluta da vulnerabilidade, não havendo a lei permitido a verificação de outras circunstâncias que não a ocorrência do fato, pelo que o mero enquadramento ao dispositivo legal caracteriza a ocorrência do crime de estupro de vulnerável.

Como discutido, isso ocorre pelo fato de que, um adolescente mesmo que esteja apto biologicamente para a vida sexual, não estará necessariamente apto para o envolvimento afetivo, pois crianças e adolescentes se desenvolvem de maneiras distintas, sendo a idade apenas uma reflexão representativa do desenvolvimento de suas capacidades.

Conclusão que leva ao cerne deste estudo, o questionamento da capacidade de autodeterminação do jovem de quatorze anos completos no que tange a sua liberdade sexual, estabelecendo a impossibilidade de a vítima resistir a prática dos atos sexuais, tendo em vista que, a pessoa vulnerável não tem a necessária compreensão do ato sexual, ou até mesmo possui uma incapacidade de externar sua oposição à conduta do agente, por condições preexistentes.

Todavia, responder esta questão é imprescindível para o estudo das normas e princípios constitucionais e de direito penal, bem como o estudo de casos análogos, de forma a subsidiar sua aplicação. Foi conseqüentemente, essencial esclarecer o que caracteriza um vulnerável e como se conceitua o estupro. Nesse sentido, utilizou-se da análise do desenvolvimento das legislações através do tempo para exemplificar o progresso e relevância da discussão acerca do crime de estupro, para a partir disso, começar a tratar do crime de estupro de vulnerável.

Entretanto, mesmo a luz da pacificação de entendimento pelo STJ acerca do tema, ainda é relevante fomentar uma discussão acerca da capacidade de autodeterminação daqueles jovens que completaram 14 anos e têm menos de 16, embora, somente aos 16 anos de idade poderia vir a pleitear os direitos civis em nome próprio mediante emancipação. Ao passo que, para o direito criminal, jovens de 14 anos são julgados aptos para exercer sua liberdade sexual apesar de, em sua maioria, não terem capacidade julgamento ou responsabilidade para tomar essa decisão. Sendo assim, não há embasamento para argumentar que um adolescente de 16 anos tenha o desenvolvimento necessário para exercer a liberdade sexual sem que prejudique a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública (arts. 213 a 311-A). v.4. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. ISBN 9786553626706.



BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 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: 10 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm); Acesso: 15 de setembro de 2023

BRASIL. Lei de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm); Acesso em: 15 de setembro de 2023

BRASIL. Lei de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial da União. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm); Acesso: 10 de setembro de 2023

CANELA, K. C. O Estupro no Direito Romano. **Cultura Acadêmica**. São Paulo: Editora UNESP 2012. ISBN:978-85-7983-287-1

DE CASTRO, F. L. **História do Direito Geral e do Brasil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. ISBN:108551900323

GRECO, R. **Direito Penal Estruturado**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. ISBN: 9786559647651.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN: 9788522458042.

MONTEIRO, C. S; MEZZAROBA, O. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. Saraiva Educação SA, 2017. ISBN:108547214615

NUCCI, G. de S. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. ISBN:9786559642816

RODRIGUES, J. F.; AGUIAR, R. **Manual de História do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jurídicos, 2022. ISBN: 9788553607150



SANDERSON, C. **Abuso sexual em crianças**. São Paulo: M. Books, 2005.  
ISBN:10589384764

SOARES, F. R. Dos S. **A violência contra mulheres e meninas: Sistema de justiça e responsabilidade do estado a partir do caso “Lidiany”**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Goiás, Cidade Goiás, 2021.