

UNILEÃO  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HUGO GONÇALVES DE OLIVEIRA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA  
PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2024

HUGO GONÇALVES DE OLIVEIRA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA  
PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico,  
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em  
Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio,  
em cumprimento às exigências para a obtenção do grau  
de Bacharel.

Orientador: Prof. ME. LUIS JOSÉ TENÓRIO BRITTO

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2024

HUGO GONÇALVES DE OLIVEIRA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA  
PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do Trabalho de Conclusão de Curso de HUGO GONÇALVES DE OLIVEIRA, em cumprimento às exigências para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da Apresentação: 19/06/2024

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. ME. LUIS JOSÉ TENÓRIO BRITTO

Membro: Prof. MA. IAMARA FEITOSA FURTADO LUCENA/UNILEÃO

Membro: PROF. MA. DANIELLE PEREIRA CLEMENTE/UNILEÃO

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2024

# ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA

Hugo Gonçalves de Oliveira<sup>1</sup>  
Prof. ME. Luís José Tenório Britto<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo: **ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA**, trata do estudo sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade descrita no § 5º do artigo 217-A, do CP, tendo em vista as mutações constantes na Cultura, analisando se tal mutação alteraria a presunção absoluta ora estabelecida. Ademais, tendo em vista a relevância do tipo, é vital que este esteja em plena consonância com a realidade a qual é aplicado. Portanto, a análise focou nos seguintes tópicos: analisar a dualidade do Direito e Cultura, entender o porquê da permanência dos debates quanto ao critério objetivo do crime e o estudo do Estupro de Vulnerável frente as Teorias e Jurisprudências que relativizam o tipo. Assenta-se que o estudo reflete a necessidade de reformulações quanto à aplicação do tipo.

**Palavras Chave:** Estupro de Vulnerável. Cultura. Presunção Absoluta. Relativização. Teoria do Romeu e Julieta.

## ABSTRACT

This article: **VULNERABLE RAPE: DOCTRINARY AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE ABSOLUTE PRESUMPTION OF VIOLENCE**, deals with the study of the absolute presumption of vulnerability described in § 5 of article 217-A, of the Penal Code, in view of the constant changes in Culture, analyzing whether such a mutation would alter the absolute presumption now established. Furthermore, given the relevance of the type, it is vital that it is fully in line with the reality to which it is applied. Therefore, the analysis focused on the following topics: analyzing the duality of Law and Culture, understanding why debates persist regarding the objective criterion of the crime and the study of Rape of Vulnerable in light of Theories and Jurisprudence that relativize the type. It is assumed that the study reflects the need for reformulations regarding the application of the type.

**Keywords:** Rape of Vulnerable. Culture. Absolute Presumption. Relativization. Romeo and Juliet theory.

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio - Unileão. E-mail: huggon15@gmail.com

<sup>2</sup> Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO E-mail: luistenorio@leaosampaio.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se destina a estudar o grande embate sobre a (des)necessidade da reformulação do tipo penal disposto no artigo 217-A, a saber: Estupro de Vulnerável. Pontua-se que, é atribuído proteção absoluta àqueles que são considerados vulneráveis para o tipo, sendo irrelevante, para tanto, o fato da vítima consentir para a prática do ato ou, até mesmo, já ter praticado relações sexuais anteriores ao fato, conforme entendimento disposto na Súmula 593 do STJ, que foi positivada, pela Lei nº 13.718/2018, no art. 217-A, § 5º, do CP.

Nota-se que, a redação do estupro de vulnerável presente no art. 217-A, do CP (1940) - dada pela Lei 12.015/09 - representa o produto de reformulações anteriores, realizadas tanto pelo legislativo como pelo próprio judiciário. No Código Penal Republicano (1890), considerava-se vulnerável àqueles menores de 16 (dezesseis) anos, sem a presença das figuras equiparadas expostas no § 1º do art. 217-A, CP (1940). Após a instauração do Código (1940), a promulgação da Lei 12.015/09 e o advento dos entendimentos jurisprudenciais, passou-se a considerar para configuração do crime a idade da vítima (critério etário), ser portadora de doença ou deficiência mental (critério biológico) ou não possuir o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico).

A problemática nasce de decisões jurisprudenciais que relativizam a vulnerabilidade, afastando a aplicação do crime em casos concretos, bem como os debates doutrinários a respeito da presunção absoluta do tipo, a qual desconsidera a realidade social vivenciada por ambas as partes, bem como a mutação da cultura ao decorrer dos anos. Destas críticas, surgiram teorias a fim de promover uma maior análise valorativa do ilícito, como: Teoria do Romeu e Julieta e o Princípio da Derrotabilidade (*Distinguishing*), já utilizado pelo STJ em decisões sobre o tema.

Faz-se necessário realizar o estudo do tipo frente a atual conjectura da cultura brasileira, considerando, também, as novidades jurisprudenciais e doutrinárias, a fim de que se possa prestar auxílio em possíveis debates acadêmicos sobre o tema. Ademais, considera-se fundamental tal análise, uma vez que, buscando evitar-se a plasticidade do direito, buscará estudar a inter-relação entre o tipo e a atual cultura em que tem sido aplicado, uma vez que se influenciam de forma mútua.

Socialmente, o presente trabalho possui relevância em razão de patentear o estudo do tipo em conjunto com a atual cultura em que tem sido aplicado, sendo, esta, de extrema importância

no processo de criação e aplicação das leis, buscando evitar-se a plasticidade do direito, a fim de regular as relações de forma que todos se sujeitem ao ordenamento brasileiro.

Por fim, o trabalho se justifica juridicamente em razão do papel basilar do poder judiciário em encarar o caso concreto e os efeitos decorrentes da aplicação do tipo, tanto para o agente como também para vítima, tornando-se imprescindível que a tipificação tenha a plena correspondência com a realidade, evitando, assim, que o julgador, buscando a solução mais justa, tenha que recorrer ao chamado ativismo judicial. O crescente protagonismo do judiciário tem sido responsável por muitas decisões que transcenderam o âmbito legal, com julgados que se opõem ao que fora estabelecido. Assim, é inquestionável entender o dever que o poder judiciário possui ao decidir os casos concretos, o qual buscará a solução mais justa ao caso concreto, sem se desincumbir de aplicar a norma, para, assim, gerar maior segurança jurídica deste instituto em sede de julgamento.

Para tanto, a presente pesquisa dividiu-se em três capítulos, sendo o primeiro destinado à analisar o estupro de vulnerável frente as mutações sofrida pela cultura. O segundo dirige-se à análise da presunção absoluta e da relativa pela ótica da doutrina. Por fim, o terceiro e último capítulo será responsável pela análise das teorias relativizadoras do tipo, mencionadas em algumas jurisprudências nos casos concretos, e o quanto isso está em consonância com o ordenamento jurídico.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A MUTAÇÃO DA CULTURA**

#### **2.1.1 Direito e Cultura**

É inquestionável a dinamicidade entre o Direito e a Cultura, principalmente pelas alterações recorrentes que essa relação ocasiona no âmbito dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), no campo doutrinário e, até mesmo, na sociedade. O fato é que, assim como a cultura está sujeita às mutações no decorrer das gerações, as normas, em sentido amplo, também se submetem a tais mudanças, não podendo ficar ultrapassadas. Portanto, o ordenamento jurídico deve, sempre que necessário, se adequar às metamorfoses da Cultura, a fim de garantir a máxima eficácia de suas normas.

Logo, entende-se que a Cultura é uma das balizas na criação de um Direito Estatal, pois, como defende LASSALLE (1998), se a lei de um país não tiver correspondência com a realidade, será considerada apenas uma “folha de papel”, ou seja, não haverá finalidade jurídica.

Nesse viés, o Código Penal também é produto dessa relação, por fazer parte do ordenamento jurídico e, em razão da sua natureza fragmentária – a qual protege apenas os bens essenciais – regular diretamente algumas condutas e comportamentos da sociedade estritamente ligados à Cultura. Afirmo Rogério Greco (2021), apoiado em BIRNBAUM, que, quanto à finalidade do Direito Penal, o Brasil adota a proteção dos bens jurídicos em seu caráter minimalista (somente os bens mais importantes). Assim, por ser este o ramo do Direito considerado como a *última ratio*, atuando quando nenhum outro ramo for capaz de impedir os acontecimentos, é que se justifica a obrigatoriedade de as normas penais estarem em consonância com a situação da sociedade. Portanto, no âmbito penal, a Cultura participa tanto no processo de desenvolvimento do tipo, como de sua aplicação.

Ademais, assim como a cultura tem um papel fundamental no Direito, este também possui um grande protagonismo naquela, atuando de forma basilar no seu desenvolvimento. Contudo, pontua-se que não é a regra. Assim, mesmo que o Direito aponte para um caminho, é possível que a cultura siga por outro. E é a respeito desse ponto que o presente capítulo se desenvolverá.

### 2.1.2 Do Estupro de Vulnerável

O Estupro de Vulnerável, disposto no artigo 217-A, do Código Penal (1940), com alterações pela Lei 12.015/09, define o crime da seguinte forma:

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.**

[...]

**§ 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.** (Grifo Nosso)

O legislador usou do termo “ter” como núcleo do tipo, o qual difere do verbo “constranger”, presente no art. 213, do mesmo Código, ou seja, naquele, não há a exigência de que seja praticado com violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que haja, efetivamente, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra menor de catorze anos, mesmo que haja consentimento dessa. A respeito desse ponto, pontua-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.**” (Grifo Nosso)

Quanto ao objeto material, o tipo busca proteger a liberdade e desenvolvimento do menor de 14 (catorze) anos e da vítima que não possua discernimento necessário para a prática do ato ou não possa oferecer resistência, seja por enfermidade, doença mental ou qualquer outra causa. É válido destacar que, o art. 20 do ECA (Lei 9.069/1990) considera criança e adolescente aqueles que ainda não completaram 12 (doze) anos. Contudo, para fins de aplicação do tipo penal, permanece a idade inferior a catorze anos.

Por fim, o tipo define a pena de reclusão de, no mínimo, 8 (oito) anos, podendo chegar até 15 (quinze) anos.

### **2.1.3 Da Política Criminal**

Como outrora mencionado, o critério etário presente no art. 217-A do CP, é resultado de mudanças legislativas, pois, antes de 1940, considerava-se a idade de 16 (dezesesseis) anos. Com o advento do estudo da política criminal para o desenvolvimento do Código Penal de 1940, verificou-se que, aqueles menores de 14 anos não possuíam o desenvolvimento suficiente para consentir pela prática de atos sexuais ou libidinosos. Observa-se que, após o intervalo de 50 anos entre os códigos penais (1890 a 1940), houve uma diminuição de 2 anos na idade tutelada pelo tipo.

Tais mudanças foram vistas como essenciais, pois resultaria na devida aplicabilidade do direito penal, bem como em sua perfeita correspondência com a realidade. Ademais, é notório

ressaltar que a velocidade de informações e o pan-culturalismo naquele período da alteração ainda era defasado, vagaroso.

Com a instauração da internet, bem como o crescimento acelerado da tecnologia, tornou-se ainda mais dificultoso para o direito acompanhar as mutações sociais. Nota-se, também, que a geração que nasce no século XXI já se desenvolve neste meio, sendo comum, para elas, acessar e tomar ciência de qualquer assunto com apenas um "*click*".

De acordo com estudo realizado em 2021 pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic), o Brasil saiu de 89% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos que usam internet em 2019, para 93% em 2021. Ainda no estudo, relataram que 88% destas já possuem perfil em rede social.

Assim como há benefícios trazidos pela vigência da internet, também há malefícios, como a explosão de informações às quais as crianças e adolescentes estão sujeitas diariamente e que, muitas vezes, não possuem nem ao menos filtro ao que pode ou não ser acessado.

Assim, questiona-se: até que ponto se pode assemelhar as crianças e adolescentes do ano de 1940 com os do século XXI? A velocidade com que estes atingem a maturidade e a devida consciência dos atos foi alterada?

### **2.1.3 Da Cultura no contexto atual**

Considerando o processo natural da sociedade em se adaptar ao meio, já era comum que, em algumas décadas, fosse possível notar mudanças consideráveis na Cultura, seja nas formas de se vestir, de falar e, até mesmo, de escrever, como exemplos. Contudo, é notório o quanto a tecnologia tem influenciado e acelerado tais mutações, sendo dispendioso, até mesmo para as grandes empresas, em acompanhar tais mudanças, tendências e carências da sociedade. Na verdade, constantemente a cultura se renova e, com ela, o cotidiano dos seus pertencentes.

Tem-se observado o crescente índice de crianças e adolescentes que buscam alcançar a vida adulta de forma precoce. Segundo um estudo realizado no ano de 2002 na cidade de São Paulo/SP, concluiu-se que a mediana da idade daqueles que iniciam na vida sexual era de 15 anos, tanto para homens como para mulheres (BORGES, 2002).

Por outro lado, em pesquisa realizada no ano de 2021 no Estado de Minas Gerais, revelou que quase 50% dos entrevistados teve o início da vida sexual entre 13,8 e 14,5 anos, para o sexo masculino e feminino, respectivamente (VIEIRA, 2021).

Dessa forma, antes de se concluir duas décadas, a idade para o início da vida sexual já apontava uma diminuição em torno de um ano.

É descabida, pelos motivos já expostos, a ideia de que a cultura e o contexto em que os menores de catorze anos se desenvolvem no século XXI permanecem inalteráveis em comparação com o do século anterior, mais especificamente com o ano de 1940, quando o tipo sofreu a sua última alteração no critério etário.

Ademais, faz-se aproximadamente 85 anos da última alteração substancial na política criminal do estupro de vulnerável. Em razão disso, existem debates recorrentes sobre a aplicabilidade do tipo.

## 2.2 PRESUNÇÃO ABSOLUTA OU PRESUNÇÃO RELATIVA

### 2.2.1 Da Origem do Conflito

Como já mencionado, o estupro de vulnerável só surgiu no ordenamento brasileiro com a vigência do **Código Penal Republicano (1890)**, que tratava, em seu artigo 272, da presunção de violência nos crimes sexuais, a saber: “*Art. 272. Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos*”. Posteriormente, no **Código de 1940**, a idade foi alterada para catorze anos, e, desde então, se mantém.

No entanto, muitos doutrinadores questionam se, com essa mudança, tornaria o critério etário objetivo (absoluto) ou se seria subjetivo (relativo). Os que defendiam a relativização, fundamentavam suas teses no argumento de que a Cultura sofreria mudanças, e, com o passar do tempo, os jovens não veriam mais o sexo como um tabu. Foi nesse viés que, o STF, pela primeira vez, relativizou a presunção de violência no julgamento do HABEAS CORPUS nº 73.662-9/MG, tendo como ministro relator Marco Aurélio, o qual recortou parte de seu voto:

**A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. [...] A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas, décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem**

atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurge, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos - não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com bastante discernimento para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrar toda a sorte de consequências que lhes pode advir. [...]. (Grifo Nosso)

Assim, focaliza-se que, para o Ex.mo Relator, em 1996 (data do julgado), já se considerava a dificuldade de se atribuir uma idade exata que definisse o grau de maturidade das crianças e adolescentes.

Com o intuito de encerrar o debate sobre a natureza do critério etário, surge a Lei 12.015/09, a qual, além de trazer a redação do art. 217-A, atribui ao crime a sua aplicabilidade objetiva (absoluta).

Portanto, em tese, não poderia o julgador realizar uma análise valorativa do caso, ou melhor, para configurar o tipo penal considera apenas a responsabilidade objetiva do agente, desconsiderando, assim, a culpabilidade do mesmo. Dessa forma, seria possível falar em um regresso à Teoria Causal Clássica do crime e as suas "*falácias naturalísticas*".

No entanto, não foi suficiente para uniformizar os entendimentos, permanecendo os debates, os quais muitos doutrinadores reforçam o entendimento de que a presunção absoluta não seria o meio mais eficaz de aplicação do tipo.

Dessa forma, o que torna este estudo tão pertinente não é apenas a existência desse conflito, mas sim a sua permanência.

### **2.2.2 Da Permanência do Debate**

Para alguns doutrinadores, o debate a respeito da presunção absoluta de vulnerabilidade não se estende a todos aqueles descritos no tipo. No caso, Miguel Reale Junior (2023), ao levantar um questionamento sobre os casos de vítimas em estado de prostituição com idade entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos, afirma que, nesta realidade, a vulnerabilidade presumida é “radical”, vejamos:

Questão derivada de semelhante dúvida diz respeito à vítima que se encontra em situação prostitucional. Como seria de se considerar o fato de a vítima ser maior de 12 e menor de 14 anos e se encontrar em estado de prostituição? **Não havendo o conhecimento pleno de que se tratava de menor de 18 anos, poder-se-ia sustentar que a presunção não se faria presente. Duas respostas são possíveis. A primeira diria que a vulnerabilidade é presumida**, a exemplo do que fazia o antigo art. 224 do Código Penal, de modo absoluto. Assim, toda e qualquer pessoa abaixo de 14 anos que venha a ser submetida a qualquer contato libidinoso seria vítima de estupro de vulnerável. **Esse entendimento, no entanto, parece muito radical, pois, dada a extensão de possibilidades interpretativas, seria de imaginar, como se viu, que até mesmo impúberes enamorados entre 12 e 14 anos poderiam, em tese, ser vítimas de estupros bilaterais.** (Grifo Nosso)

Nota-se, ainda, que o referido autor defende, de maneira pontual, que a presunção absoluta decorre da herança de um movimento tutelar e que carece de alteração. Nesse ponto, Miguel Reale aduz ser necessária a alteração, propondo que, só seria presunção absoluta para os menores de 12 (doze) anos, enquanto para os maiores de 12 (doze) e menores de 14 (catorze), seria relativa, senão vejamos:

**A melhor resposta, como se viu, é a de ponderar em termos relativos para as supostas vítimas entre 12 e 14 anos. Dever-se-ia, pois, ter em mente que, abaixo de 12 anos, ou seja, para crianças propriamente ditas, a vulnerabilidade é sempre absoluta. Entre 12 e 14 anos, a vulnerabilidade é relativa, ou seja, comporta interpretações restritivas.** Assim, é de ver que, em relação à suposta vítima em estado de prostituição, poder-se-ia utilizar das mesmas considerações anteriormente vistas em relação à presunção de violência da antiga redação do art. 224 do Código Penal. (Grifo nosso)

Assim, além do critério etário, deveria ser atestado que a vítima não possuía a capacidade psíquica absoluta para entender os fatos, ou seja, se encontrava vulnerável.

Logo, para esse exímio Doutrinador, o tipo carece de reformulações, devendo a presunção absoluta ser reduzida para 12 anos, a fim de regular as questões onde envolva crianças. De outro lado, para os adolescentes, ou seja, para os maiores de 12 anos, haveria uma presunção relativa, cabendo às partes, no caso concreto, provar que, no ato praticado, o menor possuía a plena capacidade de consentir. Por conseguinte, somente com a devida comprovação da capacidade do adolescente, é que seria possível afastar a ilicitude do fato.

Nesse contexto, Guilherme de Souza Nucci (2009) alega que a posição mais acertada é aquela em que seria possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, o qual irá avaliar o grau de conscientização do menor, dizendo que:

**O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.** Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se 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 do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.** (Grifo Nosso)

Infere-se, portanto, que Nucci reconhece a importância do tipo em se adequar com a realidade na qual é aplicado, ou seja, é fundamental que o Direito Penal acompanhe as mutações da cultura, a fim de se evitar que os princípios da intervenção mínima, da ofensividade e, até mesmo, da alteridade sejam violados. Ademais, tal fato se torna evidente no recorte: "*A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo [...]*". Nesse ponto, percebe-se a semelhança dos fundamentos e razões utilizados por este doutrinador para com o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio em 1996, na decisão outrora citada.

Em defesa ao tipo, Rogério Grego (2021) afirma que o tipo penal a nada se presume, pois, em decorrência das referidas alterações, o crime se limita tão somente a proibir que alguém tenha conjunção carnal com menor de 14 anos. Dessa forma, não caberia ao judiciário e, conseqüentemente aos juristas, uma análise valorativa das circunstâncias ou vontades nos casos concretos, devendo o julgador se limitar apenas à aplicação da lei, como exercício da sua função típica. Concretizando o instituto do *civil law*, que, a princípio, é aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, atualmente, a posição de Greco (2021), por mais correta que seja, pela ótica do legalismo, não é aplicada aos casos concretos. Não obstante, revela-se a crescente do ativismo judicial nas cortes de direito, as quais, por intermédio de teorias e teses, afastam as aplicações de normas de forma incidental.

Portanto, no caso do art. 217-A, do CP, é imprescindível analisar se o judiciário brasileiro está equivocado em não aplicar a literalidade do tipo ou se, em decorrência das mutações na realidade, estaria atribuindo uma aplicação mais justa da lei ao caso concreto, resultando na relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade.

## 2.3 RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE

### 2.3.1 Do *Distinguishing*

Não demorou para que a relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade encontrasse respaldo no poder judiciário. Atualmente, os julgados se valem de institutos como

base das decisões judiciais, a fim de trazer uma sentença mais justa, buscando evitar punições desproporcionais e desarrazoadas em casos concretos.

No caso, tem-se observado o uso reiterado do instituto denominado como *distinguishing*, o qual o julgador, ao fazer a análise do caso concreto, entende que os fatos jurídicos que embasam um precedente são diversos ao caso fático, não sendo justo, portanto, aplicar o precedente.

Logo, seria o caso do julgador entender que o precedente, outrora estabelecido, encontra-se ultrapassado, carecendo de reformulações. Assim preleciona o Exmo. Ministro Rogerio Schietti Cruz (2019) a respeito da aplicação do *distinguishing*:

**É possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (*distinguishing*), ou que o leve a sua superação total (overruling) ou parcial (overturning), de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico. (Grifo nosso)**

Considerando a presunção absoluta da vulnerabilidade, poderia ser colocado diante do judiciário o caso de um jovem de 18 (dezoito) anos ser condenado com uma pena superior ao de um estuprador que comete violência contra a vítima, pelo simples fato daquele beijar sua namorada com idade inferior aos 14 anos, a fim de que ambos satisfaçam suas lascívias. Fala-se, no meio acadêmico, que tal situação seria nominada como “Beijo da Morte”. Caso semelhante chegou ao judiciário.

A 6ª Turma do STJ, em 16 de maio de 2023, se valeu do instituto citado, buscando evitar eventual “vitimização secundária”, ou seja, afastar o sofrimento a ser suportado pela vítima em razão de não se considerar os seus anseios. No caso concreto, o agente de 19 anos havia contraído relações sexuais com menina de apenas 12 anos, resultando em gravidez e nascimento do filho. Pontua-se que, a relação era de manifestada vontade da adolescente, a qual desejava conviver com o réu, e de conhecimento e aquiescência dos pais.

Tais fatos, junto com a pouca diferença de idade entre as partes, possibilitou, a vista do STJ, a aplicação do *distinguishing*, restabelecendo a decisão que havia rejeitado a denúncia. Para o Exmo. relator Olindo Menezes, o bem jurídico protegido pelo art. 217-A, do CP, não foi colocado em risco:

**Não se evidencia relevância social do fato a ponto de resultar na necessidade de sancionar o acusado, tendo em vista que o Juízo de origem não identificou comportamento do denunciado que pudesse colocar em risco a sociedade, ou o bem jurídico protegido. As particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado,**

**denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal, de modo que não se evidencia a necessidade de pena, consoante os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.** Não se registra proveito social com a condenação do recorrente, pois o fato delituoso não se mostra de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. **Diversamente, e ao contrário, o encarceramento se mostra mais lesivo aos valores protegidos, em especial, à família e à proteção integral da criança, do que a resposta estatal para a conduta praticada, o que não pode ocasionar punição na esfera penal.**

[...]

Das premissas fáticas delineadas no julgado, constata-se que **a punição do réu ocasionaria em face da vítima “a vitimização secundária”** que consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana" (REsp 1524494/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, De 28/05/2021). (Grifo nosso)

Por mais que não se tenha mencionado o instituto do *distinguishing*, é possível visualizá-lo nas entrelinhas da decisão. No recorte citado, o Desembargador mencionou, como forma de atenuação do caso concreto, o fato de que a vítima e seus familiares teriam consentido com a relação, bem como o fato de que houve o nascimento da criança. Assim, buscando a aplicação mais justa do tipo, afastou-se a sua aplicação.

Aqui, vê-se uma análise da presunção de violência na forma relativa, pois, ao alegar que o bem jurídico não foi atingido, o relator contrariou tanto a Súmula 593 do STJ, como o § 5º do art. 217-A, os quais definem que, para se configurar o crime - e, conseqüentemente, a lesão ao bem jurídico - bastaria a prática de relação sexual ou ato libidinoso contra menor de 14 anos (critério objetivo), independentemente de seu consentimento ou não. Tanto é que, de forma contrária ao relator, votou o Min. Rogério Schietti:

**1. a vulnerabilidade da vítima por sua idade não é sujeita a avaliação judicial e não pode ser relativizada**, com argumentos que tornem irrito o comando legal e a proteção que merecem todas as crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, conforme exaustiva e repetidamente asserido na jurisprudência do STJ sobre o tema; **2. a diferença de seis anos entre a idade do autor do ato e a da vítima não exclui a tipicidade e a antijuridicidade da conduta, por ausência de previsão legal (...).** (Grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que o conflito persiste até mesmo entre os próprios juristas, gerando, assim, insegurança jurídica na aplicabilidade do §5º do art. 217-A, do CP. Ademais, casos como esse tem-se mostrado comum na realidade brasileira, principalmente em razão do início precoce de crianças e adolescentes em relacionamentos e, conseqüentemente, na vida sexual. Em decorrência desta crescente que se desenvolveu a chamada Teoria do Romeu e Julieta.

### **2.3.2 Da Teoria do Romeu e Julieta (*Romeo and Juliet Law*)**

A Teoria do Romeu e Julieta (*Romeo and Juliet Law*), originária dos Estados Unidos, busca solucionar os casos de crianças e adolescentes que, de forma precoce, contraem relacionamento amoroso.

A teoria recebeu o nome da trágica obra de William Shakespeare, como forma de analogia ao seu enredo. Nesta, tem-se Julieta, com idade de 13 anos, e Romeu, com 16 anos, os quais se apaixonam perdidamente. Contudo, suas famílias e os estigmas da sociedade impedem que tal romance se concretize. A obra evidencia que o laço amoroso de ambos era insuperável, mesmo diante de tantas barreiras.

De forma semelhante, é aplicada a Teoria do Romeu e Julieta, que, existindo o consentimento entre as partes, em tese, não seria necessário a aplicação da penalidade, reconhecendo, assim, a maturidade emocional e, até mesmo, sexual dos integrantes.

Também entendida como “Exceção de Romeu e Julieta”, possui como requisitos de sua aplicabilidade que a diferença de idades dos envolvidos não pode ser superior a 5 (cinco) anos, como pretexto que ambos estariam “no mesmo momento de descobertas da sexualidade” (SARAIVA, 2009).

A utilização da teoria, como forma de exceção ao tipo, revela-se como solução ao conflito entre a liberdade sexual dos adolescentes e a restrição dada pelo § 5º, do art. 217-A, do CP. É possível vislumbrar sua aplicação no ordenamento brasileiro, uma vez que, como outrora citado, alguns julgados já utilizam a pouca diferença de idade entre a vítima e o agente e o consentimento de ambos para prática como fundamentos das decisões que afastam a incidência do tipo. Nestes casos ainda é comum se ter a presença de um terceiro requisito: gravidez, fazendo com que o julgador encare o interesse da criança que nascerá. Assim, caso se concretizasse o romance de Romeu e Julieta em território brasileiro, aquele seria responsabilizado por ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

Assim, não se pode inferir que a Teoria do Romeu e Julieta encontra terreno fértil no seu desenvolvimento, mas tampouco se pode afirmar que não seja possível ser desenvolvida. Há conflitos entre os juristas, principalmente entre os doutrinadores. Há ainda fatores que devem ser considerados, como a realidade da cultura atual no Brasil, reconhecida pela precocidade sexual.

Em defesa da liberdade sexual, Estefam (2009, p. 166) afirma que a existência de vida sexual ativa e a voluntariedade para prática do ato libidinoso, nos casos dos adolescentes, torna inviolável o bem jurídico protegido, vejamos:

[...] Antes da Lei n. 12.015/2009, ainda vigorava a presunção de violência, pois a vítima “não era maior de 14 anos”. Agora, ela deixa de ser vulnerável exatamente no dia em que completa a idade mencionada. **Persistirá, desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual.** Justamente por essa razão, **entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua “dignidade sexual”).**  
(Grifo Nosso)

No ordenamento brasileiro, aplicar-se-ia a Teoria do Romeu e Julieta aos casos de vítimas superiores a 12 (doze) anos, pois estaria em consonância com o critério objetivo estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que é quando a lei autoriza a responsabilidade penal. Ademais, este é o posicionamento de alguns doutrinadores, que encaram o tipo como carente de reformulações, como Nucci (2009), Estefam (2009) e Reale (2023). Assim, com o uso da teoria, tornaria a aplicabilidade da lei mais justa para a realidade em que o povo brasileiro se encontra.

### **3 MÉTODO**

No presente trabalho foi utilizada pesquisa bibliográfica, uma vez que, o estudo em questão teve como base materiais já publicados, livros, doutrinas e a via eletrônica. E no que diz respeito à metodologia adotada na pesquisa, foi escolhido o método hipotético dedutivo, que se justifica por abordar fatos que ainda não foram consolidados, ou até mudança de uma tese, vez que se trata de um tema pouco discutido. Além disso, o procedimento foi o qualitativo, já que apresenta como característica a investigação exploratória e dedutiva, construindo uma tese com base nas pesquisas bibliográficas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura, que é baliza no desenvolvimento e na aplicação do direito, sofre mutações constantes, em proporções cada vez maiores, devendo o direito acompanhar tais mudanças, sob risco de se tornar inaplicável.

O presente trabalho concluiu, por meio de análises doutrinárias e jurisprudenciais, que o § 5º do artigo 217-A, do CP, enfrenta barreiras em sua efetiva aplicação, tais como: o direito à liberdade sexual e a mudança na cultura.

Quanto à cultura, retoma-se aos questionamentos feitos no corpo do trabalho: até que ponto se pode assemelhar às crianças e adolescentes do ano de 1940 com os do século XXI? A velocidade com que estes atingem a maturidade e a devida consciência dos atos foi alterada?

Com o que foi estudado e visto, é fato que se faz, aproximadamente, 85 anos da última alteração substancial na política criminal do estupro de vulnerável. E ainda, evidencia-se que, este lapso temporal, junto ao advento da internet e as constantes mutações da sociedade, revelam a necessidade de se estudar a aplicabilidade do tipo quanto ao seu critério etário, uma vez que a presunção absoluta, já estabelecida anteriormente, tem sido afastada por situações fáticas.

Logo, o contexto em que as crianças e adolescentes se desenvolvem no século XXI é completamente distinto das que viveram na década de 40. Sobre o prisma da realidade atual, resultado do processo natural de mutação da cultura majorado pela tecnologia, nota-se a naturalização e, até mesmo, o incentivo à inicialização precoce na vida sexual, não se respeitando, por grande parte da sociedade, as fases da vida. Despertando assim, nos mais novos, a vontade de assumir responsabilidades e realidades que não os cabem.

Quanto ao direito à liberdade sexual, questiona-se, portanto, se o Art. 217-A do CP é, em sua aplicação objetiva, proporcional, ou se a punição do mesmo não geraria desigualdade no caso concreto. O estupro de vulnerável difere do estupro presente no art. 213, do CP, não só quanto ao objeto jurídico, mas também pelo fato deste exigir, neste, o emprego de violência e grave ameaça contra a vítima, sendo punível com reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos; enquanto aquele se pune com pena entre 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Logo, caso um casal, com o devido consentimento de ambos, bem como a consciência e maturidade adequada, decidam contrair um relacionamento sexual, a penalização será mais severa do que se houvesse a violência ou grave ameaça contra uma das partes que, contra sua vontade, é obrigada a realizar o ato.

Este é o caso da aplicação, em território estadunidense, da Teoria do Romeu e Julieta, que visa corrigir a aplicabilidade do tipo em adequação com a situação cultural atual, sem violar a liberdade sexual e sem precisar punir, de forma desproporcional, aqueles que, de forma consentida e em descoberta mútua da sexualidade, decidem se relacionar.

Há ainda o instituto do *distinguishing*, o qual já foi usado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), para recusar denúncia oferecida, conforme demonstrado ao longo da pesquisa. Aqui, buscou-se solução justa ao caso concreto.

Logo, conclui-se o presente trabalho, entendendo que o legislativo e os juristas devem avaliar se a aplicabilidade do tipo, no meio social atual, é eficaz, considerando, ainda, se o objeto material que busca proteger, bem como o que se pretende punir, estão em consonância com todo o ordenamento jurídico, assim como as garantias e direitos fundamentais.

### REFERÊNCIAS

Borges, Ana Luiza Vilela, and Néia Schor. "Início da vida sexual na adolescência e relações de gênero: um estudo transversal em São Paulo, Brasil, 2002." *Cadernos de Saúde Pública* 21.2 (2005): 499-507.

ESTEFAM, André. Crimes sexuais: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. P.166.

GRECO, Rogério. Direito Penal Estruturado. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993412. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 21 out. 2023.

GRECO, Rogério. Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência/ Rogério Greco. - Niterói, RJ: Impetus, 2016.

[https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20221121120124/tic\\_kids\\_online\\_2021\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20221121120124/tic_kids_online_2021_livro_eletronico.pdf)

JÚNIOR, Miguel R. Código penal comentado. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786555599510. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599510/>. Acesso em: 24 out. 2023.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual - comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 37.

REsp 1656322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019

REsp 1977165/MS, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, julgado em 16/05/2023, DJe 25/05/2023

SARAIVA, João Batista Costa. O “Depoimento Sem Dano” e a “Romeo and Juliet Law”: Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. Boletim IBCCRIM. Ano, v. 17. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414592/mod\\_resource/content/1/O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20romeo%20and%20juliet%20law.%20Artigo%20Boletim%20IBCCRIM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414592/mod_resource/content/1/O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20romeo%20and%20juliet%20law.%20Artigo%20Boletim%20IBCCRIM.pdf).

STF, 28 Turma, HC 73.662-9/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21.05.1996, DJU 20.09.1996.

STJ, 6 Turma, HC 721.869/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 11.10.2022, Dje 09.12.2022

Vieira, Kleber José, et al. "Início da atividade sexual e sexo protegido em adolescentes." Escola Anna Nery 25 (2021): e20200066.

## PARECER DE REVISÃO ORTOGRÁFICA E GRAMATICAL

Eu, Waneila Mayara do Carmo Macedo, professor(a) com formação Pedagógica em Letras: Língua Portuguesa-Licenciatura, pela Instituição de Ensino Superior Universidade Regional do Cariri, realizei a revisão ortográfica e gramatical do trabalho intitulado Estupro de vulnerável: Análise doutrinária e jurisprudencial da presunção absoluta de violência, do (a) Hugo Gonçalves de Oliveira aluno (a) Hugo Gonçalves de Oliveira e orientador (a) Prof. ME. Luis José Tenório Brito. Declaro este TCC apto à entrega e análise da banca avaliadora de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão.

Juazeiro do Norte, 15/06/2024

Waneila Mayara do Carmo Macedo  
Assinatura do professor

**PARECER DE TRADUÇÃO DO RESUMO PARA LÍNGUA  
INGLESA**

Eu, Waneila Mayara do Carmo Macedo, professor(a) com formação Pedagógica em Letras: Língua Inglesa-Licenciatura, pela Instituição de Ensino Superior Universidade Regional do Cariri realizei a tradução do resumo do trabalho intitulado Estupro de Vulnerável: Análise doutrinária e jurisprudencial da presunção absoluta de violência, do (a) aluno (a) Hugo Gonçalves de Oliveira e orientador (a) Prof. ME. Luis José Tenório Brito. Declaro que o ABSTRACT inserido neste TCC está apto à entrega e análise da banca avaliadora de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão.

Juazeiro do Norte, 15/06/2024

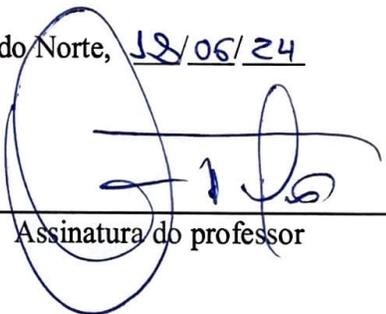
Waneila Mayara do Carmo Macedo  
Assinatura do professor

**TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA ENTREGA DA VERSÃO  
FINAL DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC II) DO  
CURSO DE DIREITO**

Eu, Luis José Tenório Britto, professor(a) titular do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio - UNILEÃO, orientador(a) do Trabalho do aluno(a) Hugo Gonçalves de Oliveira, do Curso de Direito, AUTORIZO a ENTREGA da versão final do Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) do aluno supracitado, para análise da Banca Avaliadora, uma vez que o mesmo foi por mim acompanhado e orientado, sob o título Estudo de Vulnerável: Análise Doutrinária e Jurisprudencial da Presunção Absoluta de Violência

Informo ainda que o mesmo não possui plágio, uma vez que eu mesmo passei em um antiplágio.

Juazeiro do Norte, 12/06/24

  
Assinatura do professor