

FACULDADE DO ESTADO DO MARANHÃO - FACEM  
CURSO DE DIREITO

**NATHALY CARVALHO CORREIA**

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CRIME DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL:** de acordo com o STJ, a idade é critério absoluto ou relativo?

São Luís

2017

**NATHALY CARVALHO CORREIA**

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CRIME DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL:** de acordo com o STJ, a idade é critério absoluto ou relativo?

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em  
Direito da Faculdade do Estado do Maranhão, como  
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jorge Luís Ribeiro Filho

São Luís

2017

Correia, Nathaly Carvalho

O consentimento do ofendido no crime de estupro de vulnerável: de acordo com o STJ, a idade é critério absoluto ou relativo? /Nathaly Carvalho Correia. – 2017.

39 f.

Monografia (Graduação-Direito) – Faculdade do Estado do Maranhão - FAcEM, São Luís, 2017.

Impresso por computador (fotocópia)

Orientação: Prof.º Esp. Jorge Luís Ribeiro Filho

1.Vulnerável. 2. Violência. 3. Estupro. 1. Título.

CDU:343.541

**NATHALY CARVALHO CORREIA**

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CRIME DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL:** de acordo com o STJ, a idade é critério absoluto ou relativo?

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em  
Direito da Faculdade do Estado do Maranhão, como  
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em:        /        /

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Esp. Jorge Luís Ribeiro Filho** (Orientador)  
Faculdade do Estado do Maranhão

---

Luís Felipe P. Heilmann (Examinador)  
Faculdade do Estado do Maranhão

---

Rafael Machado Passos Vale (Examinador)  
Faculdade do Estado do Maranhão

Dedico este trabalho, com imenso carinho, aos meus pais, por fazerem dos meus sonhos algo possível. Aos meus avós, Astrogildo e Lucilene, símbolos de trabalho e luta. Ao meu namorado, com todo meu amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, que se faz presente em todos os momentos da minha vida. A ele toda honra e toda glória.

Agradeço aos meus pais, Flávio Gomes e Keila Carvalho, aos quais devo a vida. Eles acreditaram nos meus sonhos de uma criança e, quando eu tinha apenas quatorze anos, fizeram todo esforço possível para que eu fizesse uma mudança drástica de uma pequena cidade do interior, para capital, a fim de investir, única e exclusivamente, na minha educação. Obrigada por apoiarem as minhas maiores decisões, por me darem força todo esse tempo que estive longe. Obrigada por entenderem minhas ausências em algumas datas comemorativas, em razão de compromissos da Faculdade que ocorriam nas mesmas datas. Agradeço todas ligações de preocupação, incentivo e cobranças, pois elas me fizeram ter forças pra continuar. Obrigada por sempre estarem presentes, mesmo distantes fisicamente.

Agradeço, também, a minha irmã Thalia Carvalho, que sempre acreditou e apoiou os meus projetos.

Agradeço imensamente ao meu namorado, Jorge Luís, por se fazer presente em minha vida, tanto social quanto acadêmica. Obrigada por acreditar no meu potencial, por crescer junto comigo no último ano, por abrir as portas da sua vida pra mim. Por me ajudar durante muitas madrugadas a estudar, por incentivar a lutar pelos meus objetivos, por viver intensamente comigo cada palavra aqui colocada, por tirar de letra minha impaciência e nervosismo frente a este trabalho. Obrigada por me orientar e fazer parte deste projeto.

Agradeço, grandemente, ao Prof. Jorge Luís Ribeiro Filho, por assumir o papel de orientador como ninguém, fazendo do seu trabalho a sua vida. Sou grata pelo suporte integral ao meu trabalho, apesar das inúmeras atividades cotidianas.

Por fim, a todos que fizeram parte desta etapa na minha vida, o meu muito obrigado.

“Não dá para separar de todo o homem de sua obra. O homem deixa sempre sua marca, seja boa ou má, por onde vai passando. E isto já se vê nas pegadas que deixamos na praia.”

William Douglas R. dos Santos, 2005

## **RESUMO**

O presente trabalho foi projetado com o objetivo de esclarecer, sob o ponto de vista jurídico, como o nosso Código Penal tem protegido as crianças e adolescentes contra atos libidinosos. De forma específica, fomentou-se discussão sobre a forma como o Superior Tribunal Justiça interpreta o artigo 217-A do Código Penal, principalmente no que diz respeito à presunção de violência, verificando-se se a mesma é absoluta ou relativa. No mesmo sentido, serve o presente trabalho para aferir se o eventual consentimento à prática sexual ou a existência de relacionamento amoroso prévio entre autor e vítima podem afastar a ilicitude do ato, levando à absolvição do réu. Para cumprir os objetivos propostos, executou-se pesquisa documental e bibliográfica. Como resultado, verificou-se que o STJ firmou posicionamento no sentido de que o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Palavras-chave: Vulnerável. Violência. Estupro.



## **ABSTRACT**

The present work was designed to clarify, from the legal point of view, how our Penal Code has protected children and adolescents against libidinous acts. Specifically, a discussion was held about how the Superior Court of Justice interprets article 217-A of the Criminal Code, mainly regarding the presumption of violence, verifying whether it is absolute or relative. In the same sense, the present work serves to assess whether the possible consent to the sexual practice or the existence of a previous love relationship between the author and the victim can eliminate the illegality of the act, leading to the acquittal of the defendant. In order to fulfill the proposed objectives, documentary and bibliographic research was carried out. As a result, it was verified that the STJ established a position in the sense that the crime of rape of vulnerable is configured with the carnal conjunction or practice of libidinous act with less than 14 years, being irrelevant eventual consent of the victim for the practice of the act, his previous sexual experience or the existence of a loving relationship with the agent

**Keywords:** Vulnerable. Violence. Rape.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. ....</b>	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS E A POSSÍVEL EXCLUSÃO DA ILICITUDE PELO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO (VULNERÁVEL) .....</b>	<b>15</b>
<b>4</b>	<b>VISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A VALIDADE CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL) .....</b>	<b>27</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>37</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi projetado com o objetivo de esclarecer, sob o ponto de vista jurídico, como o nosso Código Penal tem protegido as crianças e adolescentes contra atos libidinosos, inclusive com a substituição da rubrica “crimes contra os costumes” (algo que pode passar a ideia de fato aceito culturalmente, bem como relativizar a gravidade de tais atos sexuais em desfavor de vulneráveis) pela expressão “crimes contra a liberdade sexual”.

Especificamente, o presente trabalho almeja fomentar a discussão sobre a forma como o Superior Tribunal Justiça (STJ) tem julgado, a partir da Lei 12.015, de agosto de 2009, o crime de “estupro de vulnerável”, presente no artigo 217-A do Código Penal (ato sexual ou libidinoso a envolver menor de 14 anos).

Cumprе esclarecer que, em repetidos casos, coloca-se em dúvida a postura do (a) ofendido (a), a partir de questionamentos como: “se a vítima já tinha experiência sexual, não pode ser considerada vulnerável”; “se há vínculo afetivo (namoro) entre as partes, não há falar em estupro”; “se houve consentimento da vítima, não há crime; etc.”

Diante dessas questões nebulosas, torna-se importante entender de que maneira o STJ tem qualificado o consentimento dado pela suposta vítima no crime de “estupro de vulnerável” (se ele é válido ou inválido), bem como qual é a natureza da presunção de violência nestas situações (se é absoluta ou relativa), pretendendo-se, ao final, demonstrar se a idade (menor ou igual a 14 anos) é fator essencial para caracterizar a presunção de violência no crime ora analisado.

Para cumprir os objetivos projetados, aborda-se, no capítulo inicial, um breve histórico sobre a proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico nacional. No segundo capítulo, discorre-se sobre a presunção de vulnerabilidade dos menores de 14 (quatorze) anos e a possível exclusão da ilicitude pelo consentimento do ofendido, no âmbito do crime capitulado no 217-A, do Código Penal. Em seguida, traz-se a visão jurisprudencial sobre a (in)validade do consentimento do ofendido menor de 14 (quatorze) no crime de “estupro de vulnerável”.

## 2 BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.

Não é novidade que a história de nossa civilização revela uma série de contradições quando vista sob a perspectiva da proteção da criança e do adolescente. Hoje, é possível falar em proteção integral, amplo reconhecimento de direitos e primazia quanto à destinação de recursos para a execução de políticas públicas voltadas para os jovens.

Por outro lado, o cenário jurídico e social relacionado às crianças e adolescentes nem sempre foi garantidor. Em diversos momentos da história nacional e mundial, pode-se concluir que a estes sujeitos eram negados os direitos mais basilares.

Na Antiguidade Clássica, especialmente em Roma, nota-se que a legislação permitia uma série de atrocidades contra as crianças e possibilitava a formação de um ambiente onde as mulheres e seus filhos não eram sequer considerados como destinatários de direitos. Em outros termos:

Em Roma (449 a. C), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante o julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, nº 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta, nº 2). Em Roma e na Grécia Antiga a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o Chefe da Família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família.<sup>1</sup>

Na era Medieval, da mesma forma, a criança era tida como insignificante, não se admitindo o seu tratamento prioritário e especializado em relação às demais pessoas. A infância era, portanto, ignorada e a criança tratada como adulto, sendo a estatura (altura) a única diferença reconhecida entre estes. Acerca disso, Philippe Aries esclarece:

Partimos de um mundo de representação onde a infância é desconhecida: os historiadores da literatura (Mgr. Calvé) fizeram a mesma observação a propósito da epopéia, em que crianças prodígio se conduziam com a bravura e a força física dos guerreiros adultos. Isso sem dúvida significa que os homens dos séculos X-XI não se detinham diante da imagem da infância, que esta não tinha para eles interesse, nem mesmo realidade. Isso faz pensar também que no domínio da vida real, e não mais apenas no de uma transposição estética, a infância era um período de transição, logo ultrapassado, e cuja lembrança também era logo perdida.<sup>2</sup>

À época, a criança era, basicamente, considerada uma representação precoce do adulto, o que acarretava a inserção delas num cenário incompatível com suas características e vulnerabilidades. Era muito comum encontrar infantes em ambientes projetados para adultos e exercendo, inclusive, atividades trabalhistas. Noutros termos: “Até por volta do século XII, a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa

---

<sup>1</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 181.

<sup>2</sup> ARIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006. p. 52.

ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade. E mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo”.<sup>3</sup>

A violência contra crianças era encoberta pelos costumes, pois não existiam regras expressas proibitivas de abusos, ou mesmo senso de resguardo da infância. Naquele tempo, o responsável pelo menor não tinha ideia dos possíveis transtornos que causaria ao seu desenvolvimento físico e intelectual, sendo referida fase marcada por desrespeito, bem como pela aceitação de práticas com cunho sexual, o que para os muitos era considerado perfeitamente natural.

Para convalidar a conclusão mencionada no parágrafo anterior, basta lembrar que os casamentos, antigamente, eram, em diversos casos, arranjos, possibilitando a união entre homens adultos e adolescentes (até mesmo crianças, considerado o padrão etário atual), prática que ostentava certa adequação social, já que eram comuns.

Com o desencadear dos anos, a imagem da criança foi sendo associada a representação de anjos, para passar a percepção de ingenuidade, na expectativa de que se mudasse a forma como ela deveria ser vista pela sociedade. Referida concepção trouxe uma maior proximidade da família, em especial da mãe para com os filhos.

Atualmente, a ideia predominante é a de que a criança representa o centro das atenções familiares, sendo necessário o crescimento e manutenção do sentimento de proteção e a noção de que esta necessita de maior apoio e direcionamento, se comparada aos adultos.

Transportando tais conclusões ao cenário jurídico atual, percebe-se que existem diversas normas criadas com o intuito de viabilizar a proteção que a criança e o adolescente precisam. A Constituição Federal atual, por exemplo, quando trata da criança e do adolescente, ressalta que este grupo precisa de proteção qualificada, tanto do Estado, quanto da família e da sociedade. No artigo 227, por exemplo, destaca-se que:

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.<sup>4</sup>

O artigo em destaque, especialmente quando destaca o direito à dignidade e a proibição de exploração e violência, fornece interessante embasamento para o assunto central desta monografia. Isto porque serão apresentadas considerações doutrinárias e

---

<sup>3</sup> ARIES, 2006, p. 50.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2017.

posicionamentos jurisprudenciais relativos ao cometimento de violência sexual contra vulneráveis (expressão adotada pelo Código Penal para designar os menores de 14 anos).

Complementando o raciocínio anterior, destaca-se que, no parágrafo 3º mesmo artigo acima citado, encontra-se disposição de índole punitiva, a indicar que, quando os delitos forem cometidos contra crianças e adolescentes merecem punição mais rigorosa: “§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”<sup>5</sup>

De forma mais específica, a legislação infraconstitucional também fornece interessantes subsídios para a análise do tema desta monografia. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) estabelece que os menores de 18 (dezoito) anos destinatários de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e precisam de proteção integral, tanto do Poder Público, quanto da sociedade e da família.<sup>6</sup>

Sobre a dita doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, entende-se que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.<sup>7</sup>

Consolidou-se, portanto, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma rede protetiva, cujo objetivo pode ser resumido da seguinte forma:

Com o fim de garantir efetividade à doutrina de proteção integral a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, através de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, abuso e proteção jurídico social por entidade da sociedade civil. [...].<sup>8</sup>

Com se viu, a Lei em foco incumbiu a família, a comunidade, a sociedade e o poder público da efetivação dos direitos a eles referentes, de forma prioritária, com vistas à consolidação do desenvolvimento físico, mental e moral destes. Quanto a isso, o artigo 3º dispõe que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei,

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição (1988), não paginado.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2017.

<sup>7</sup> CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

<sup>8</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15.

assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.<sup>9</sup>

De forma semelhante, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente consagra que as questões que envolvem estes sujeitos são dotadas de prioridade absoluta, garantindo-se a: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer casos; b) a garantia de atendimento privilegiado em serviços públicos ou de relevância pública; c) a preferência na criação e execução de políticas públicas destinadas à observância dos direitos garantidos na Constituição e nas leis; d) a alocação prioritária de recursos públicos para os projetos voltados à infância e à juventude:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.<sup>10</sup>

Logo no artigo seguinte, o sobredito Estatuto, adentrando na seara punitiva, determinou, mais uma vez, que as quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra as crianças e adolescentes fossem punidas severamente:

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.<sup>11</sup>

Conforme foi possível perceber, houve um significativo avanço quanto ao reconhecimento e garantia de direitos às crianças e adolescentes. Em muitos momentos, a legislação, inclusive, presume a violência de atos praticados contra estes sujeitos, determinando punição exemplar para os causadores de ameaça ou danos.

A partir do próximo capítulo deste trabalho, as análises serão voltadas, de forma mais precisa, à seara criminal, pois, neste campo, legislação, doutrina e jurisprudência dão aos

<sup>9</sup> BRASIL, 1990, não paginado.

<sup>10</sup> Ibid., não paginado.

<sup>11</sup> Ibid., não paginado.

acusados de crimes praticados contra crianças e adolescentes tratamento diverso daquele dados aos demais criminosos.

Por outro lado, alguns dispositivos legais ainda despertam interpretações dúbias, como é o caso da presunção de violência nos crime de “estupro de vulnerável”, registrado no artigo 217-A do Código Penal brasileiro, quanto praticado contra menor de 14 (quatorze) anos objeto central deste estudo.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2017.



### 3 A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS E A POSSÍVEL EXCLUSÃO DA ILICITUDE PELO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO (VULNERÁVEL)

No âmbito da Teoria Geral do Crime, existem diversos conceitos através dos quais é possível definir a estrutura e o conteúdo das infrações penais. Com base num conceito estritamente material (voltado para o conteúdo do delito), define-se o crime como uma conduta ofensora a um bem juridicamente protegido, merecedora, portanto, de reprimenda. O conceito é, portanto, “aberto e informa o legislador sobre as condutas que merecem ser transformadas em tipos penais incriminadores.”<sup>13</sup>

Já sob o ponto de vista formal, baseado numa visão legislativa do fenómeno criminal, projeta-se o crime como uma conduta proibida por lei, sob ameaça de sanção. Tem-se, nesse sentido, a primazia a visão formal do delito, a partir do momento em que “a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal.”<sup>14</sup>

O ponto central das reflexões deste trabalho académico, por outro lado, é o conceito analítico de crime, estabelecido com base em uma teoria tripartite. Referido conceito é o dominante na atualidade e inova por definir o delito a partir de uma estrutura dividida em 3 (três) partes interligadas. Pode-se explicitar tal definição da seguinte forma:

Como tivemos oportunidade de antecipar, o conceito analítico de crime compreende as estruturas do delito, isto é, os substratos que, somados, formam a infração penal. Prevalece, hoje, que, sob o enfoque analítico, crime é composto por três substratos: (i) fato típico, (ii) ilicitude (ou antijuridicidade) e (iii) culpabilidade. Presente os três, o direito de punir do Estado se concretiza, surgindo a punibilidade (não é substrato do crime, mas sua consequência jurídica).<sup>15</sup>

Nesse sentido, de acordo com a doutrina majoritária, das três definições acima elencadas, a mais completa é a analítica, baseada em uma concepção segundo a qual a composição da infração penal depende da presença concomitante de 3 (três) elementos: fato típico, ilicitude (antijuridicidade) e culpabilidade.

O raciocínio exigido pelo conceito analítico é sistemático e impõe ao intérprete uma análise ampla do fenómeno criminal. Isso porque, de nada adianta, para fins de caracterização do delito e consequente responsabilização criminal, ter-se o fato típico

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**: parte geral/parte especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a, p. 161.

<sup>14</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>15</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 155-156.

(padrão de comportamento previsto em lei), se a conduta do agente tiver abrigo no ordenamento, ou seja, se ela for lícita.

Transformando tal raciocínio em exemplo, destaca-se que não basta a constatação de que ocorreu um fato típico (ofensa à integridade corporal de alguém, conforme previsto no artigo 129 do Código Penal, por exemplo), pois, para a configuração plena do delito, há que se provar, ainda, que tal situação não ocorreu em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de um direito, ou outra causa que exclua a ilicitude. Em resumo, sem um dos elementos da teoria tripartite (conceito analítico de crime), deixa de existir a infração penal.

Em outras palavras, tem-se:

Sabemos que a antijuridicidade, como elemento estruturador do fato punível, representa a oposição do comportamento a uma norma legal (antijuridicidade formal). E que, sob o aspecto material, representa contrariedade do fato às condições vitais de coexistência social. Seu conceito é obtido por exclusão: será antijurídica toda ação típica que não encontrar uma causa, na própria lei, que a justifique. Logo, a tipicidade não é a certeza de antijuridicidade, mas apenas *indício*.<sup>16</sup>

O mesmo raciocínio se aplica para aquelas situações nas quais existe o fato típico e a ilicitude, mas, por algum motivo, não se encontra presente o terceiro substrato do delito, qual seja, a culpabilidade. Assim, um menor de 18 (dezoito) anos, pelo conceito analítico de crime, não pode receber pena (e sim medida de segurança), já que, caso mate alguém (conduta prevista pelo artigo 121 do Código Penal brasileiro), por exemplo, irá dar azo a um fato típico, ilícito, mas não culpável, por ausência de “imputabilidade”, um dos elementos da culpabilidade. Por isso, em casos que envolvem menores como sujeitos ativos, fala-se em “ato infracional”, e não em crime.

Nessa toada, quando o ordenamento jurídico nacional recepcionou o conceito analítico de crime, dando-lhe até certa primazia sobre as demais definições (formal e material), passou-se a entender, quanto à infração penal, que:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, destaca-se que, por fato típico, deve-se entender um modelo de comportamento previsto em lei como criminoso, sendo composto, necessariamente, por 4 (quatro elementos): a conduta, o resultado, o nexa causal e a tipicidade. A ilicitude,

<sup>16</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 60-61.

<sup>17</sup> NUCCI, 2009a, p. 161.

resumidamente, simboliza a relação de contrariedade existente entre o fato praticado pelo infrator e o ordenamento jurídico. A culpabilidade, por sua vez, corresponde ao juízo de reprovação que recai sobre um fato criminoso, possuindo como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.<sup>18</sup>

Com efeito, invoca-se o conceito analítico acima referenciado por ser ele a viga de sustentação do estudo aqui desenvolvido. É que um dos substratos do crime, a saber, a ilicitude (antijuridicidade), pode, nos termos da doutrina e da jurisprudência, ser afastado pelo consentimento dado pelo ofendido, causa excludente não prevista legalmente, resultando em inexistência de crime.

A título de esclarecimento, relembra-se que a ilicitude, quando considerada elemento do conceito analítico de crime, passa a assumir a seguinte feição:

É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado).<sup>19</sup>

Ocorre que, por razões (causas) legais ou supralegais, a ilicitude pode ser afastada, redundando em inexistência da infração penal, pois, quando uma conduta que parecia ilícita se torna lícita (quando o fato típico encontra uma “justificativa” no ordenamento jurídico ou se adequa a ele), não há mais interesse a ser protegido pelo Direito Penal em sua via repressiva. Sobre isso, destaca que:

Se presente uma das causas relacionadas no art. 23 do Código Penal, está-se afastando um dos elementos do crime, que é a contrariedade da conduta ao direito. Ensina Maggiore que o conceito de justificação não é particular e exclusivo do direito penal, pertencendo ao direito em geral, tanto público como privado, pois é faculdade do ordenamento jurídico decidir se uma relação determinada é contrária ao direito ou está de acordo com ele. A excludente de antijuridicidade torna lícito o que é ilícito. [...].<sup>20</sup>

Em verdade, o tema central deste trabalho, a saber, o “consentimento ou aquiescência do ofendido” não se encontra no rol das causas legais de exclusão da ilicitude, descrito no artigo 23 do Código Penal brasileiro, o qual menciona, expressamente, apenas o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito. Eis o teor do artigo 23 do Código Penal:

**Exclusão de ilicitude**

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> KNIPPEL, Edson Luz. **Vade Mecum Prática OAB**: penal: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>19</sup> NUCCI, 2009a, p. 240.

<sup>20</sup> Ibid., p. 240.

<sup>21</sup> BRASIL, 1940, não paginado.

Por outro lado, em que pese a sua ausência no rol acima ilustrado, pode-se afirmar que existem causas excludentes da ilicitude que não se encontram presentes nos textos legais, mas são amplamente aceitas pela doutrina, assim como pela jurisprudência, conforme citado abaixo:

A conduta humana formal e materialmente típica é somente indício de ilicitude, que pode ser excluída diante da prova (ou fundada dúvida) da presença de alguma causa excludente de antijuridicidade. Essas causas estão previstas, principalmente (e não exclusivamente), na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente no seu artigo 23, que anuncia: *‘não há crime quando o agente pratica fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito’*. Ademais, é possível sustentar a existência de causas de justificação que não se encontrem em lei. Entre nós, o **consentimento do ofendido** é a **causa supralegal** excludente de ilicitude pacificamente reconhecida, apesar da divergência doutrinária sobre seus contornos e requisitos.<sup>22</sup>

No mesmo sentido, quanto à localização variável das excludentes de ilicitude no ordenamento jurídico (previstas na Parte Geral e na Parte Especial do Código Penal, na legislação penal extravagante, na doutrina e, até mesmo, legislação extrapenal), cumpre mencionar que:

**As excludentes de ilicitudes podem ser divididas da seguinte forma:**

- a) **As previstas na Parte Geral do Código Penal** e válidas, portanto, para todas as condutas típicas estabelecidas na Parte Especial ou em leis penais especiais: a. 1) estado de necessidade(arts. 23,I, e 24); a. 2) legítima defesa (arts. 23,II e 25); a.3) estrito cumprimento do dever legal(art.23,III); a.4) exercício regular de direito(art.23,III);
- b) **As previstas na Parte Especial do Código Penal** e válidas, apenas, para alguns delitos. Exemplo: aborto necessário(art. 128,I,CP);
- c) **As previstas em legislação extrapenal.** É interessante destacar que essas excludentes podem constituir modalidades específicas de estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever ou exercício de direito, mais que se voltam a situações peculiares, descritas em leis não penais. Se não existissem, seria possível que o crime se concretizasse, pois a excludente penal não seria cabível ao caso. Exemplo disso é a legítima defesa prevista no Código Civil (art.1.210, parágrafo 1º.). *In verbis*: “ o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável á manutenção, ou restituição da posse”. O Código Penal prevê a hipótese de utilização da legítima defesa apenas em caso de agressão atual (presente) ou iminente(futuro próximo), mas jamais em situação de agressão que já cessou. Entretanto, o Código Civil é mais flexível e admite a busca da restituição, mediante o emprego de força, do que já foi tomado, embora com moderação. Fala-se no Código Civil em desforço, cujo significado é vingança ou desforra. Logo, a lei civil autoriza que o possuidor, embora já tenha perdido, por esbulho, o que é seu, retome o bem usando a força. Essa amplitude não existe no contexto penal. Aquele que for agredido, ainda que logo após, não pode vingar-se. Aquele que foi furtado, por exemplo, não pode invadir a casa do autor da subtração e de lá retirar, à força, o que lhe pertence – seria exercício arbitrário das próprias razões;
- d) **Consentimento do ofendido, que é excludente supralegal (não prevista expressamente em lei), consistente no desinteresse da vítima em fazer valer a proteção legal ao bem jurídico que lhe pertence.**<sup>23</sup>

<sup>22</sup> CUNHA, 2013, p. 234-235, grifo nosso.

<sup>23</sup> NUCCI, 2009a, p. 241-242, grifo nosso.

Especificamente, quanto ao reconhecimento do consentimento do ofendido como causa excludente da ilicitude (e do próprio crime), quando adotado o conceito analítico, cabe mencionar a seguinte observação:

Muito se discute na doutrina a importância do consentimento do ofendido no direito penal. Inicialmente, deve ser esclarecido que a sua relevância depende se o dissentimento é ou não elementar do crime: se elementar, o consentimento exclui a tipicidade; não sendo elementar, pode servir como causa extralegal de justificação. Na violação de domicílio (art. 150 do CP), por exemplo, o crime está estruturado precisamente no dissentimento do proprietário ou do possuidor direto (elemento do tipo) pelo que a sua falta faz desaparecer a própria tipicidade. Já no furto (art. 155 do CP), não há referência ao não consentimento do proprietário, cuidando-se de circunstância exterior ao tipo legal. O consentimento do ofendido, renunciando a proteção legal, pode justificar a conduta típica.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, é o raciocínio do doutrinador Guilherme de Sousa Nucci, segundo o qual o titular de um bem jurídico disponível pode, de forma livre, concordar com a “violação” deste, renunciando à proteção do Direito Penal, desde que o consentimento dado seja válido e livre de interferências externas ilegais:

Trata-se de uma causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem interesse protegido, considerado disponível, concorde, livremente, com sua perda. Não se trata de matéria de aceitação pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, pode-se observar que a maioria tem perfilhado o entendimento de que se trata de excludente de ilicitude aceitável, embora não prevista expressamente em lei. [...] Atualmente, somente para exemplificar, vem sendo discutida a possibilidade legal, de se autorizar a ortanásia (consentimento do paciente terminal em antecipar sua morte, quando está desenganado pela medicina). Antes mesmo de se aprovar lei nesse sentido, seria cabível punir o provocador da morte do paciente que opta por esse caminho em vez de sofrer desmedidamente, por tempo indeterminado? Nota-se, pois, que somente o caso concreto poderia determinar a melhor solução para o caso, sem que se fixe, de antemão, ser a vida, sempre, bem indisponível. [...] Pensamos que, nessas situações, em grande parte camuflada a decisão da família, e mesmo do enfermo, nem mesmo chegará a caso o conhecimento do Poder Judiciário. Porém, se porventura atingir o registro de ocorrência, por intermédio de algum familiar inconformado com o caminho tomado, haverá de ser debatida a questão do consentimento do ofendido, com excludente supralegal de exclusão da ilicitude.<sup>25</sup>

Neste ponto, já é possível estabelecer um liame entre a base teórica até aqui construída e o objeto central do presente trabalho monográfico. Com efeito, por diversos anos, a jurisprudência se mostrou inconstante, nos casos criminais que envolviam conjunção carnal ou outros atos libidinosos praticados contra adolescentes, notadamente o estupro de vulnerável (hoje registrado no art. 217-A, do Código Penal), quando as vítimas demonstravam ter alguma experiência sexual anterior ou mesmo se o autor do fato alegava ter agido com aquiescência do(a) menor.

É que, antes da Lei nº 12.015/2009, o legislador não tutelava, em tipo penal autônomo, a prática de ato libidinoso contra pessoas incapazes (menores de idade, por

<sup>24</sup> CUNHA, 2013, p. 248-249.

<sup>25</sup> NUCCI, 2009a, p. 273-274.

exemplo). Havia, tão-somente, uma tipificação por extensão dos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor, o qual também já foi revogado), os quais eram combinados com o antigo artigo 224 do Código Penal. A redação antiga do artigo 224, CP, pra efeito elucidativo, era a seguinte: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos [...]”.<sup>26</sup>

Buscando informações na doutrina própria da época (anterior à mudança propiciada pela Lei nº 12.015/2009), foi possível inferir que a lei, expressamente, dispensava a violência real, admitindo-a como presumida (violência ficta), quando, entre outras hipóteses, o ato sexual era cometido em desfavor de menor de 14 (quatorze) anos. Referido autor, entretanto, já admitia que a presunção de violência poderia ser afastada (tornando-se relativa) em certas situações, bem como que a jurisprudência oscilava quanto ao tema, conforme se vê na citação abaixo:

**Em alguns casos, a lei prescinde da violência real, admitindo-a presumida.** É a chamada violência ficta. Vejamos as hipóteses:

**1º) Se a vítima não é maior de catorze anos: tem por base a impossibilidade de ela aceitar livremente um ato que desconhece, bem como a insciência dos fatos da vida sexual e feitos dela decorrentes (*inocentia consilii*).** Pela fórmula do CP, a maior proteção compreende, inclusive, o dia do aniversário, quando a ofendida está completando catorze anos. A prova da idade é feita por certidão, admitindo-se outros meios probatórios. **A presunção é relativa, cedendo ante prova de ser menor de vida dissoluta. Sobre o tema existem várias orientações na jurisprudência.** Para a lei, falta o consentimento válido da menor. [...].<sup>27</sup>

Após a revogação e/ou alteração dos artigos que tratavam da violência sexual contra vulnerável, fato possibilitado pela entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, o cenário jurídico que se apresentou foi o seguinte:

Com o advento da Lei 12.015/09, optou corretamente o legislador por tutelar, em tipo penal autônomo, as pessoas cujo consentimento para a prática do ato sexual não se exterioriza de forma válida, afastando-se, assim, a tipificação por extensão dos artigos 213 e 214 combinados com o artigo 224 do Código Penal.

A expressão *presunção de violência* deu lugar ao termo *vulnerável*, mantendo-se o rol taxativo daqueles que, em tese, não possuem condições de consentir de forma válida com a prática sexual, seja ela a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

À luz do *caput* do artigo 217-A e seu §1º do Código Penal, *vulneráveis* são os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais, e aqueles que, por outra causa, não puderem oferecer resistência.

Não obstante a lei ter elencado os sujeitos passivos do crime, é de suma importância conceituar adequadamente o termo *vulnerabilidade*, a fim de se compreender o real alcance da norma em questão. Caso contrário, estaríamos diante de situações em que a presunção de incidência da norma seria considerada absoluta, de modo que bastaria a vítima, por exemplo, juntar ao processo sua certidão de nascimento, atestando idade inferior a 14 anos, para se configurar a vulnerabilidade. Não cremos ser esse entendimento mais acertado, conforme será analisado mais adiante.

<sup>26</sup> BRASIL, 1940, não paginado.

<sup>27</sup> SALLES JUNIOR, 1999, p. 333, grifo nosso.

Nesse sentido, a antiga discussão acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa, travada especialmente no campo da idade, não foi de toda afastada. A interpretação literal do recém editado artigo 217-A tem levado a conclusões precipitadas no sentido de que a antiga discussão sobre a natureza da presunção, se absoluta ou relativa, desapareceu, dando lugar à presunção *iuris et de iure* de vulnerabilidade das pessoas ali elencadas.

A fim de se desfazer tal equívoco, e, em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência, é que a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual.<sup>28</sup>

Atualmente, portanto, o Código Penal brasileiro descreve a conduta relativa ao crime de “estupro de vulnerável” no artigo 217-A, definindo os “vulneráveis” em seu parágrafo primeiro:

**Estupro de vulnerável**

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

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

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

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.<sup>29</sup>

De acordo com a doutrina, o crime em análise possui a seguinte classificação:

No que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão própria e comum nas demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos; crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei exige que a vítima seja menor de 14 (quatorze) anos (*caput*), ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§ 1º); doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria), na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; de dano; instantâneo, de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento dirigido a prática de outros atos libidinosos); monossujeito; plurissubsistente; não transeunte e transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil a sua constatação por meio de perícia, oportunidade em que deverá ser considerado um delito transeunte).<sup>30</sup>

Feitas estas considerações iniciais, registra-se que a questão central dos debates, nos tempos atuais, continua a girar em torno da natureza da presunção de violência (se absoluta ou relativa) dos menores de 14 (quatorze) anos, em busca de verificar-se em que

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza (Coord.). **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09**. 2014. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>>. Acesso em: 19 nov. 2017. Grifo nosso.

<sup>29</sup> BRASIL, 1940, não paginado, grifo nosso.

<sup>30</sup> GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 659.

medida eventual consentimento dado, por exemplo, por um adolescente de 13 (treze) anos, poderia afastar o caráter criminoso de eventual ato libidinoso praticado consigo.

De maneira bastante elucidativa, por meio de relevante contribuição doutrinária, apresenta-se o cenário ora trazido para debate, ressaltando que:

A partir da década de 1980, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, *a*, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940. No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que, para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade.<sup>31</sup>

Em razão da flagrante divergência encontrada na doutrina e na jurisprudência, baseada na natureza da presunção de violência contra os menores (se absoluta ou relativa), era possível verificar decisões judiciais que a qualificavam como relativa (admitindo prova em contrário), notadamente quando praticados atos libidinosos com (ou entre) adolescentes, se restasse evidenciado que a suposta vítima já possuía comportamento sexual ativo. Noutros termos:

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 de 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.<sup>32</sup>

Em sentido idêntico, cita-se, quanto às divergências doutrinárias e jurisprudenciais atinentes à matéria em estudo:

Veja-se que, tanto na doutrina como na jurisprudência prevalecia ser relativa tal presunção, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Estupro – Violência presumida – Vítima menor de 14 anos - Presunção, em razão da idade, que não é de caráter absoluto – Vítima que concordou, conscientemente, em relacionar-se sexualmente com o réu, em duas oportunidades, induzida pelo fato deste lhe ter dito que assumiria, bem como a transformaria em uma modelo – Ausência da *incentia consilii* por parte da vítima, condição essencial para o reconhecimento da presunção de violência (artigo 224, ‘a’, Código Penal), que é relativa - Absolvição decretada - Recurso provido’. Também o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo que ‘a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, ‘a’, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual. No caso dos autos, não se era de esperar que, iniciado o relacionamento entre jovens impúberes, e adquirida a maioridade por um deles, as relações sexuais, a partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque prevista a conduta na norma incriminadora’.

<sup>31</sup> GRECO, 2011, p. 654.

<sup>32</sup> Ibid., p. 655.



No entanto, a despeito do entendimento de outros Tribunais, o Supremo Tribunal Federal sempre se orientou em sentido contrário, atribuindo caráter absoluto à presunção de violência.<sup>33</sup>

Rogério Greco, defende que, a partir da edição do artigo 217-A (inserido no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009), “não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima for alguém menor de 14 (quatorze) anos [...]”.<sup>34</sup> Ou seja, para o doutrinador em questão, a presunção fora consolidada enquanto absoluta.

Em sentido contrário, traz-se à colação posicionamento doutrinário representativo do ressurgimento da polêmica, ao afirmar que, mesmo após a Lei nº 12.015/2009, o cenário a ser observado permanece sendo o seguinte:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepultada 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 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.<sup>35</sup>

O fato é que, mesmo após a mudança legislativa acima mencionada, muitos juristas ainda consideram que a melhor opção seria estabelecer que a presunção de violência, presente no artigo 217-A, seria relativa, e não absoluta, isso porque a análise da maturidade e da possibilidade de dar consentimento à prática sexual poderia é um fator a ser considerado no caso concreto.

Desde logo, para evitar interpretações equivocadas, esclarece-se que não se está aqui a defender um salvo-conduto às práticas sexuais envolvendo menores, em qualquer contexto, mesmo porque, isso seria um absurdo completo. O Brasil ostenta elevados índices de casos de pedofilia, sendo certo que o Estado age com acerto quando tenta proteger as crianças e adolescentes de condutas reprováveis.

Agora, veja-se a situação por outro prisma: e se um casal de namorados, ambos com 13 (treze) anos resolverem trocar carícias numa praça ou outro local público, sob os olhares de adultos que resolvam “denunciar” aquela situação (sabedores que ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos é “estupro de vulnerável”), ambos serão considerados infratores (por serem vulneráveis)?

<sup>33</sup> NUCCI, 2014.

<sup>34</sup> GRECO, 2011, p. 655.

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 37.

Sobre a indagação acima produzida, cabe mencionar o posicionamento doutrinário que vem ganhando força:

Em que consiste a chamada ‘exceção de Romeu e Julieta’? Trata-se de uma tese defensiva segundo a qual se o agente praticasse sexo consensual (conjunção carnal ou ato libidinoso) com uma pessoa menor de 14 anos, não deveria ser condenado se a diferença entre o agente e a vítima não fosse superior a 5 anos. Ex: Lucas, 18 anos e 1 dia, pratica sexo com sua namorada de 13 anos e 8 meses. Pela ‘exceção de Romeu e Julieta’ Lucas não deveria ser condenado por estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). A teoria recebe esse nome por inspiração da peça de William Shakespeare na qual Julieta, com 13 anos, mantém relação sexual com Romeu. Assim, Romeu, em tese, teria praticado estupro de vulnerável. A ‘exceção de Romeu e Julieta’ não é aceita pela jurisprudência, ou seja, mesmo que a diferença entre autor e vítima seja menor que 5 anos, mesmo que o sexo seja consensual e mesmo que eles sejam namorados, há crime.<sup>36</sup>

Em resumo, o que se pretende discutir é se o legislador agiu com acerto ao fixar um patamar etário (14 anos), como se todos atingissem a maturidade numa mesma etapa da vida. Os adeptos da teoria segundo a qual a presunção de violência sexual é relativa, ou seja, admite prova em contrário, sustentam que não há um parâmetro objetivo para justificar a escolha da faixa (menor de 14 anos) para determinar quem será considerado vulnerável ou não.

Em outras palavras, a razão da crítica gira em torno do seguinte argumento:

Nesses casos, não se leva em conta a eventual concordância dessas pessoas com o ato sexual mantido com terceiro, entendendo-se que são incapazes de compreender o significado de uma relação sexual (e suas consequências). Há entendimentos doutrinários sustentando a inconstitucionalidade desta norma penal, uma vez que nada poderia ser presumido em matéria penal, a ponto de ofender a responsabilidade penal subjetiva ou o princípio da presunção de inocência [...].<sup>37</sup>

Para muitos especialistas, o legislador se afastou da realidade social, promovendo verdadeira ficção jurídica, já que o desenvolvimento intelectual dos adolescentes, com o passar dos tempos, passou a ser mais acelerado, em razão da propagação de informações difundida pelos meios de comunicação, bem como pelo acesso a fontes de dados que não faziam parte da realidade das gerações anteriores.

Sendo assim, o posicionamento tendente a considerar a presunção de violência em desfavor de alguns menores de quatorze anos como relativa estaria assentado nas seguintes considerações:

A lei considera que, pela tenra idade, tais indivíduos ainda não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir com a prática do ato sexual, considerando-os, assim, vulneráveis.

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem

<sup>36</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 593-STJ**: direito peno: estupro de vulnerável. 2017. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/11/sc3bamula-593-stj.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>37</sup> NUCCI, 2009a, p. 815.

reconhecidos pelo *status* de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos.

Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa *ficção* jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na *realidade* do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

Cremos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade.

Não se pode olvidar, ademais, que a atual Lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual.<sup>38</sup>

A passagem acima citada, portanto, indicou que, ao considerar-se a presunção de violência do ato sexual praticado contra menor como relativa, abriu-se espaço para a consideração do consentimento do ofendido (vulnerável), em determinados casos, como causa apta a afastar a caracterização de crime.

Nesse sentido, o doutrinador Guilherme de Sousa Nucci, ao elencar os requisitos desta causa excludente da ilicitude, em que pese asseverar que deve existir “capacidade para consentir”, assinala que, como o “consentimento do ofendido” não é previsto na legislação, expressamente, não há idade legal que o valide.<sup>39</sup> Ou seja, referido autor defende que deve haver certa flexibilidade quanto à análise da capacidade de consentir, pois um menor de idade pode, sim, ter maturidade suficiente para saber o que está fazendo ou para permitir que com ele se faça algo (desde que o fato não seja manifestamente ilegal):

Para que se possa reconhecer presente a excludente, absolvendo o réu por ausência de ilicitude da conduta, é indispensável que determinados **requisitos** estejam presentes:

- a) a *concordância do ofendido* (pessoa físico ou jurídica) deve ser obtida livre de qualquer tipo de vício, coação, fraude ou artifício;
- b) o *consentimento* deve ser emitido de maneira *explícita ou implícita*, desde que seja possível reconhecê-lo. Não se admite o consentimento presumido. Se alguém, por exemplo, concorda com uma determinada agressão física uma vez, não quer isto significar que aquiesça sempre. Logo, a presunção não tem lugar nesse contexto;
- c) **deve existir capacidade para consentir. Não havendo a excludente em nosso sistema jurídico, naturalmente não há uma idade legal para que o consentimento seja dado. Parece-nos razoável partir da idade legal, ou seja, 18 anos para estabelecer um limite. Afinal, aquele que tem capacidade para responder por seus atos, na esfera criminal, sem dúvida pode dispor, validamente, de bens ou interesses seus. Por outro lado, deve haver flexibilidade na análise da capacidade de consentimento, pois um menor, com 17 anos, por exemplo, certamente tem condições de discernir sobre a perda de algum bem;**
- d) o bem ou interesse precisa ser considerado *disponível*. Verifica-se a disponibilidade do bem ou interesse quando sua manutenção interessa, sobremaneira, ao particular, mais não é preponderante à sociedade. E quando a conduta não ferir os bons costumes a ética social. Logicamente que tal análise

<sup>38</sup> NUCCI, 2014, não paginado.

<sup>39</sup> Ibid.

somente se faz, com maior precisão, no caso concreto, analisando-se os costumes e valores sociais do momento, o que está sujeito à evolução. Registre-se o conteúdo do art. 13 do Código Civil: “ Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou *contrariar os bons costumes*. Parágrafo único. O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial;

e) o *consentimento* deve ser dado *antes ou durante* a prática da conduta do agente. Não se deve admitir que o consentimento seja dado após a realização do ato, pois o crime já se consumou, não devendo ter a vítima controle sobre isso. Aceitar o consentimento após a prática da infração penal equivale ao acolhimento do perdão, que difere substancialmente da concordância na perda do bem ou do interesse;

f) o *consentimento é revogável* a qualquer tempo. Embora aceita a prática da conduta inicialmente, pode o titular do bem jurídico afetado voltar atrás a qualquer momento, desde que o ato não se tenha encerrado;

g) deve haver *conhecimento do agente* acerca do consentimento do ofendido. É fundamental que o autor da conduta saiba que a vítima aquiesceu na perda do bem ou interesse, como se dá, aliás, nas demais excludentes de ilicitude.<sup>40</sup>

Registradas as considerações basilares sobre o assunto, passa-se à análise das decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais Estaduais sobre a matéria, a fim de demonstrar-se de que maneira a presunção de violência sexual praticada contra vulnerável tem sido encarada por esta Corte, bem como para aferir-se se o consentimento do ofendido, como causa supralegal excludente da ilicitude, tem sido aceita para afastar a consumação de crimes sexuais contra menores de idade, especialmente o estupro de vulnerável (art. 217-A, Código Penal).<sup>41</sup>

<sup>40</sup> NUCCI, 2009a, p. 278-279, grifo nosso.

<sup>41</sup> BRASIL, 1940.

#### **4 VISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A VALIDADE CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL)**

Conforme já se mencionou, o presente tem como meta principal esclarecer, sob o ponto de vista jurídico, como o nosso Código Penal e os Tribunais nacionais (em especial o Superior Tribunal de Justiça) tutelam dos direitos das crianças e adolescentes, precisamente nas situações onde contra eles são praticados atos libidinosos.

É importante mencionar, inicialmente, para dotar a matéria de interesse relevância, que, já houve, inclusive, em tempos mais atuais, a substituição da rubrica “crimes contra os costumes” (algo que poderia passar a ideia de fato aceito culturalmente, bem como relativizar a gravidade de tais atos sexuais em desfavor de vulneráveis) pela expressão “crimes contra a liberdade sexual”.

Especificamente, o presente trabalho almeja fomentar a discussão sobre a forma como o Superior Tribunal Justiça tem julgado, a partir da Lei 12.015, de agosto de 2009, o crime de “estupro de vulnerável”, artigo 217-A, do Código Penal, (ato sexual ou libidinoso a envolver menor de 14 anos).<sup>42</sup>

Desde logo, chama-se atenção para o fato de que, em repetidos casos, algumas decisões colocam em dúvida a postura do (a) ofendido (a), a partir de questionamentos como: “se a vítima já tinha experiência sexual, não pode ser considerada vulnerável”; “se há vínculo afetivo (namoro) entre as partes, não há falar em estupro”; “se houve consentimento da vítima, não há crime; etc.”

Diante dessas questões nebulosas, torna-se importante entender de que maneira a matéria é tratada na jurisprudência, expondo quais os critérios utilizados para classificar um indivíduo como vulnerável. Pretende-se, ao final, demonstrar que a idade pode e dever ser fator essencial para caracterizar a presunção de violência no crime ora analisado.

Na verdade, tem-se observado um crescente número de casos envolvendo atos sexuais e diversas práticas libidinosas envolvendo crianças e adolescentes no Brasil. O Código Penal proíbe tais atos, entretanto, interpretações jurisprudenciais divergentes colocam em cheque a eficácia do comando legal em referência (artigo 217-A).<sup>43</sup>

Nesse sentido, torna-se relevante entender como o Superior Tribunal de Justiça tem considerado a presunção de violência nos atos sexuais que envolvem menores de 14

---

<sup>42</sup> BRASIL, 1940.

<sup>43</sup> Ibid.

(quatorze) anos, se de forma absoluta ou relativa, tanto mais porque há no Brasil, mesmo que de forma velada, uma certa prática cultural tendente a considerar como socialmente adequadas algumas relações afetivas/amorosas envolvendo incapazes.

É relevante, também, entender como a conduta da vítima é valorada pelo Poder Judiciário, ou seja, se é possível falar-se em consentimento válido do(a) ofendido(a) como fator capaz de afastar a ilicitude da conduta.

Antes de avançar-se para o cerne da discussão aqui proposta, é necessário frisar que, durante a elaboração do presente trabalho, o Superior Tribunal de Justiça editou enunciado de Súmula, o qual representa o posicionamento consolidado da Corte quanto à presunção (absoluta) de violência sexual contra menores de 14 (quatorze) anos no delito de estupro (art. 217-A).<sup>44</sup>

Destaca-se que o comportamento institucional do Superior Tribunal de Justiça só demonstra a atualidade e relevância jurídica do tema, pois, quando da apresentação do projeto de pesquisa, apresentado como requisito parcial para elaboração desta monografia, ainda existia um comportamento jurisprudencial inconstante, fato que despertou o interesse pelo estudo da temática.

O fato é que, se houve necessidade da edição de verbete sumular (nº 593, STJ), é porque o Poder Judiciário, mesmo passados mais de 8 (oito) anos da alteração do Código Penal pela Lei nº 12.015/2009 (que incluiu o art. 217-A), o Superior Tribunal de Justiça continuou a receber inúmeros questionamentos acerca da natureza da vulnerabilidade do (a) menor vítima do crime de “estupro de vulnerável”. Caso o ponto já fosse pacífico, não haveria, a rigor, interesse jurídico a respaldar acréscimo de item à Súmula deste Tribunal.

Sendo assim, mesmo se apresentando, ao final deste capítulo, os termos e discussões relacionadas ao recente enunciado sumular criado (Súmula 593, STJ), ainda é oportuna a realização de uma resgate histórico sobre os julgados do Superior Tribunal de Justiça, bem como de diversos Tribunais Estaduais sobre a matéria em tela.

Destaca-se, de início, um julgado do ano de 2012, período em que a Lei 12.015/2009 já estava em vigência. Através da ementa abaixo destacada, é possível perceber que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar um Recurso de Apelação onde se argumentou que, não obstante ter menos de 14 (quatorze) anos, uma adolescente, suposta vítima do crime de “estupro de vulnerável” (art. 217-A, Código Penal), já possuía

---

<sup>44</sup> BRASIL, 1940.

“maturidade sexual”, capacidade de dar consentimento, bem como liberdade de escolha, optou por resolver absolver o acusado, baseando-se no seguinte:

**APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO RELATIVA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO RÉU COM BASE NO ART. 397, INC. III, DO CPP. INCONFORMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

Caso em que, não obstante a vítima possuísse menos de 14 anos de idade na data dos fatos, revelam os elementos colhidos aos autos a sua evidente maturidade sexual e a liberdade de escolha, razão pela qual, sob os auspícios do princípio da razoabilidade, de assento constitucional, impõe-se a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do réu. APELAÇÃO DESPROVIDA. POR MAIORIA.<sup>45</sup>

O fragmento de decisão acima mencionada revela que os desembargadores responsáveis pela apreciação do Recurso, entenderam não haver, naquele caso, presunção absoluta de violência, e sim relativa. Chama-se, também, para o fato de que a absolvição contra a qual se insurgiu o Ministério Público (motivando a Apelação Criminal ocorreu antes mesmo da instrução processual, ou seja, operou-se de forma “sumária”, com fundamento no artigo 397 do Código de Processo Penal).

Para melhor ilustrar a situação processual em comento, destaca-se trecho da decisão do Juízo de 1º grau, a qual foi questionada pelo Ministério Público através do recurso de Apelação:

[...] os elementos disponibilizados ao Juízo demonstram a absoluta ausência de tal constrangimento, com a narrativa da adolescente, em sintonia com todos os demais elementos apurados durante as investigações pré-processuais, revelando que tudo se deu de forma absolutamente consensual, decorrente de plurais razões, algumas específicas à garota e outras comuns à sua condição (de adolescente do início deste milênio), como amplamente evidenciado pelo conteúdo do termo de fl. 75, que também positiva que a aproximação dos envolvidos igualmente se deu de forma peculiar – mas própria à atual condição histórica”. Trata-se, portanto, de típico caso em que a presunção de violência ínsita no art. 217-A do CP deve ser flexibilizada, buscando-se na norma a razoabilidade que, aliás, é princípio constitucional.<sup>46</sup>

Ao analisar o inteiro teor do acórdão representativo do julgamento da Apelação Criminal, observa-se que o Desembargador Relator afirmou o seguinte:

[...] a concordância da vítima de se relacionar sexualmente com o réu se deu em razão de estar gostando dele, como ela própria admitiu ao ser ouvida. Tal concordância embasou-se em evidente maturidade sexual, demonstrada até mesmo pela prova técnica acima examinada – constatação de que não era mais virgem quando se relacionou sexualmente [...].<sup>47</sup>

Para que não pareça ser o julgamento anteriormente ilustrado um fato jurídico isolado, registra-se que, em sentido semelhante, estão outras decisões do Tribunal de Justiça

<sup>45</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70050072925-RS. Relator: José Conrado Kurtz de Sousa. Porto Alegre, 29 de novembro de 2012. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 22 jan. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112485661/apelacao-crime-acr-70050072925-rs/inteiro-teor-112485671?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 10 nov. 2017. Grifo nosso.

<sup>46</sup> Ibid., não paginado.

<sup>47</sup> Ibid., não paginado.

do Estado do Rio Grande do Sul, nas quais houve absolvição de acusados, quando o conjunto probatório indicava que o (a) menor possuía condições psicológicas para fornecer consentimento válido à prática sexual, relativizando-se a presunção de violência, necessária para a caracterização do crime de “estupro de vulnerável” (art. 217-A):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPROS MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA EM CONTINUIDADE DELITIVA. DIREITO PENAL INTERTEMPORAL. AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA INSCRITA, NO CASO, NA ALÍNEA A DO REVOGADO ART. 224 DO CÓDIGO PENAL EM VIGOR, EM FACE DE LEI NOVA ABOLICIONISTA (LEI Nº. 12.015/2009).

Não há dúvida nos autos de que a vítima estava prestes a completar 14 anos de idade na data do fato denunciado. Não obstante, tal circunstância não pode resultar em qualquer forma de presunção de violência inscrita no então vigente art. 224, alínea a, do Código Penal, em face da sua revogação, já ao tempo da publicação da sentença ora recorrida, por *lex mitior superveniente* (Lei nº. 12.015/2009). **PLEITO ABSOLUTÓRIO ACOLHIDO. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NO CASO. Conjunto probatório que indica o consentimento da vítima com os atos sexuais realizados.** Particularidades do caso concreto e da prova coligida ao caderno processual, determinantes do afastamento da presunção de violência, daí resultando a absolvição do réu com força no art. 386, VII, do C.P.P. APELO DEFENSIVO PROVIDO” (TJRS, Apelação Crime Nº 70048471791, Sexta Câmara Criminal, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 28/06/2012).<sup>48</sup>

Em mais um caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo ser relativa a presunção de violência (conjunção carnal ou ato libidinoso) de alguns menores de 14 anos, por acreditar que, em muitos casos, os temas sexuais não representam mais *tabus* na atualidade e que o amplo acesso à informação mudou o perfil do adolescente brasileiro, absolveu um acusado, registrando os seguintes pressupostos:

ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA DA INOCÊNCIA DA OFENDIDA. ABSOLVIÇÃO. I - É indubitoso que, nos dias atuais, não se pode mais afirmar que uma jovem, na pré-adolescência, continue, como na década de 40, a ser uma insciente das coisas do sexo. Na atualidade, o sexo deixou de ser um tema proibido, para se situar em posição de destaque na família, onde é discutido livremente por causa de Aids, nas escolas, onde adquiriu o status de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, inclusive as menores de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a rechaçar as propostas de agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo. Sob pena do conflito da lei com a realidade social, não se pode mais excluir completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética. No caso, como se vê do depoimento da vítima, ela tinha consciência de seus atos e agia de acordo com sua vontade. E não por sugestão ou ingerência de outros, em particular dos recorrentes. DECISÃO: Apelos defensivos providos. Unânime” (Apelação Crime Nº 70028311611, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 12/03/2009).<sup>49</sup>

<sup>48</sup> RIO GRANDE DO SUL, 2013, não paginado, grifo nosso.

<sup>49</sup> Ibid., não paginado.



Interessante frisar, no presente contexto, que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela relativização da presunção de violência contra menores, nos autos de processos relacionados ao suposto crime do artigo 217-A (“estupro de vulnerável”):

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. **ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS.** REVOGADO ART. 224, A, DO CP. **PRESUNÇÃO RELATIVA.** DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado.

2. Embargos de divergência acolhidos.<sup>50</sup>

Hoje, no entanto, o cenário jurisprudencial observável no Superior Tribunal de Justiça é outro. A Corte em questão caminhou para solidificar o entendimento de que, após a Lei nº 12.015/09, a presunção de violência no estupro, quando a vítima não for maior de 14 (quatorze) anos é absoluta, ainda que a mesma, voluntariamente, concorde com o ato libidinoso. Vários julgados foram conduzidos para esta conclusão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1021634/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 mar. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj/relatorio-e-voto-21608488>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.**<sup>51</sup>

Com efeito, a partir da leitura do julgado acima ementado, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a tese segundo a qual, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, não importando se houve consentimento da vítima, ou mesmo se o (a) adolescente possui eventual experiência sexual anterior. Até mesmo se existente de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima, não há falar em afastamento a ocorrência do crime.

No mesmo sentido, outras decisões podem ser encontradas no repositório oficial do Superior Tribunal de Justiça. Abaixo, destaca-se julgado onde, apesar de haver a ressalva

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1480881/PI. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 26 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 set. 2015.

de que a jurisprudência da Corte se encontrava oscilante na matéria, o padrão decisório atual revela que a presunção de violência nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos possui caráter absoluto, representando critério objetivo para comprovar que o adolescente não possuía condições de concordar com o ato sexual:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. EXAMES TÉCNICOS DE ADMISSIBILIDADE DO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ART. 224, "A", DO CÓDIGO PENAL NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.

1. Consoante entendimento desta Corte, a admissão dos embargos de divergência impõe o confronto analítico entre o acórdão paradigma e a decisão hostilizada, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate.

2. O Superior Tribunal de Justiça rechaça o conhecimento de embargos de divergência quando não restar atendido o comando ditado no art.

266 do RISTJ, especialmente quando a controvérsia cinge-se aos exames técnicos de admissibilidade do recurso especial.

**3. Não obstante a jurisprudência desta Corte estivesse em descompasso por algum tempo, a Terceira Seção pacificou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos, prevista na antiga redação do art. 224, "a", do Código Penal, possui caráter absoluto, constituindo critério objetivo para verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual.**

4. Agravo interno desprovido.<sup>52</sup>

Em outra oportunidade, mais uma vez ratificando que, nos casos envolvendo o artigo 217-A do Código Penal, não é necessário fazer prova da grave ameaça ou da violência real (sendo, portanto a violência presumida ou ficta), o Superior Tribunal de Justiça se posicionou contra a possibilidade de considerar o consentimento da vítima como fator impeditivo da consumação do delito, conforme se depreende da leitura da ementa abaixo citada:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>53</sup>

---

Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.3:acordao;resp:2015-08-26;1480881-1463867>>. Acesso em: 2 nov. 2017. Grifo nosso.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1435416/SC. Relator: Ministro Gurgel De Faria. Brasília, DF, 22 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 maio 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186172979/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agrg-nos-eresp-1435416-sc-2014-0326216-0>>. Acesso em: 2 nov. 2017. Grifo nosso.

Nessa toada, ressalta-se que, muito embora diversos julgados produzidos antes da consolidação do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria tenham alegado que o amplo acesso à informação tornou o jovem atual mais munido de dados e capaz de entender as implicações de uma relação sexual.

Ou seja, referida justificativa não pode prosperar, pois a Constituição Federal e a legislação ordinária colocam a criança e o adolescente como pessoas imaturas, com desenvolvimento mental em construção e personalidade em formação, impedindo-os de tomarem decisões que envolvam a prática sexual precoce. Um dos acórdãos representativos deste posicionamento encontra-se abaixo citado:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MENOR DE CATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MATÉRIA PACIFICADA NA TERCEIRA SEÇÃO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1480881/PI, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), pacificou o entendimento de que, em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, bastando, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso contra a vítima.

2. **"A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar."** (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>54</sup>

No mesmo sentido, ao julgar “Embargos de Divergência” em um “Recurso Especial”, o colegiado do Superior Tribunal de Justiça, invocando o Código Civil brasileiro, atestou que a própria legislação civil impede a liberdade sexual do menor de catorze anos, considerando que ele ainda não atingiu a maturidade suficiente para assumir as consequências de seus atos. Destaca o julgado que o Código Civil vigente proíbe os menores de dezesseis anos de exercerem atos da vida civil, por considera-los absolutamente incapazes.

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1363531/MG. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, DF, 27 de junho de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 ago. 2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226969/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1363531-mg-2013-0027835-7-stj>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1427049/TO. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 27 de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 nov. 2015. Disponível em: < [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505856407/agravo-em-recurso-especial-aresp-1137719-mg-2017-0176339-8?ref=topic\\_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505856407/agravo-em-recurso-especial-aresp-1137719-mg-2017-0176339-8?ref=topic_feed)>. Acesso em: 2 nov. 2017.

A decisão prossegue afirmando que a presunção de violência nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos não pode ser relativizada, pois as vítimas ainda não reúnem condições de anuir livremente com o ato libidinoso praticado. Da mesma forma, eventual experiência sexual anterior não pode mais, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, ser considerada como fator a afastar a presunção de violência discutida. Eis o teor da decisão a que se fez menção:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. **Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesesseis anos**, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. **A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.**

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida." (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1152864/SC. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 26 nov. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1 abr. 2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25033985/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1152864-sc-2012-0044486-8-stj/relatorio-e-voto-25033987?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

Hoje, conforme já anunciado, a questão se encontra pacífica no Superior Tribunal de Justiça. Tanto é assim que foi publicada no dia 06/11/2017 o seguinte enunciado de Súmula relativo à questão:

Súmula 593, Superior Tribunal de Justiça - 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.<sup>56</sup>

Vale frisar, até como forma de demonstrar a relevância jurídica, bem como a pertinência do tema escolhido para esta monografia, que, quando da apresentação do projeto, no início do semestre acadêmico (mês de agosto), a questão ainda não havia sido sumulada.

Assim sendo, o teor do verbete sumular editado (nº 593), sepulta, pelo menos momentaneamente, a discussão acerca da presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores de 14 (quatorze) anos, estabelecendo que a mesma se revela absoluta, não importando a eventual experiência sexual anterior ou se existia relacionamento amoroso entre agente ativo e passivo.

A partir da atual configuração da Súmula do Superior Tribunal de Justiça em relação à matéria, conclui-se que, ao menos momentaneamente, a discussão quanto à natureza da presunção (se absoluta ou relativa), no crime de estupro praticado contra vulnerável (artigo 217-A, Código Penal), encontra-se pacificada. Assim, os Tribunais não devem mais levar em conta a eventual consentimento dado por menores de 14 (quatorze) anos aos atos sexuais mantidos com terceiro, por entender-se que estes não possuem maturidade e desenvolvimento mental suficiente para compreender as implicações de uma relação sexual, bem como as consequências desta.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Brasília, DF, 25 de outubro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 6 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=true&t=&l=50&i=551&ordem=@SUB>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

## 5 CONCLUSÃO

A partir das considerações traçadas, foi possível perceber que o Superior Tribunal de Justiça, atualmente, tem entendido que a presunção de violência no crime de “estupro de vulnerável” (Art. 217-A) é absoluta.

Nesse sentido, os Tribunais nacionais não devem mais levar em conta, como fundamento de eventual absolvição dos réus, o consentimento dado por menores de 14 (quatorze) anos aos atos sexuais praticados, por entender-se que estes não possuem maturidade e desenvolvimento mental suficiente para compreenderem as implicações de uma relação sexual, bem como as consequências desta.

Existem diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido oposto, conforme se demonstrou ao longo do desenvolvimento da presente monografia. Nesse sentido, para alguns especialistas, o legislador se afastou da realidade social, promovendo verdadeira ficção jurídica, já que o desenvolvimento intelectual dos adolescentes, com o passar dos tempos, passou a ser mais acelerado, em razão da propagação de informações difundida pelos meios de comunicação, bem como pelo acesso a fontes de dados que não faziam parte da realidade das gerações anteriores.

Por outro lado, o teor do verbete sumular editado pelo Superior Tribunal de Justiça (nº 593), sepulta, pelo menos momentaneamente, a discussão acerca da presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores de 14 (quatorze) anos, estabelecendo que a mesma se revela absoluta, não importando a eventual experiência sexual anterior ou se existia relacionamento amoroso entre agente ativo e passivo.

Sendo assim, pode-se concluir que a presunção de violência nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos não pode ser relativizada, pois as vítimas ainda não reúnem condições de anuir livremente com o ato libidinoso praticado. Da mesma forma, eventual experiência sexual anterior não pode mais, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, ser considerada como fator a afastar a presunção de violência discutida.

## REFERÊNCIAS

ARIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1363531/MG. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, DF, 27 de junho de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 ago. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226969/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1363531-mg-2013-0027835-7-stj>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1427049/TO. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 27 de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 nov. 2015. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505856407/agravo-em-recurso-especial-aresp-1137719-mg-2017-0176339-8?ref=topic\\_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505856407/agravo-em-recurso-especial-aresp-1137719-mg-2017-0176339-8?ref=topic_feed)>. Acesso em: 2 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1435416/SC. Relator: Ministro Gurgel De Faria. Brasília, DF, 22 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 maio 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186172979/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agrg-nos-eresp-1435416-sc-2014-0326216-0>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1021634/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 mar. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj/relatorio-e-voto-21608488>>. Acesso em: 10 nov. 2017.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1480881/PI. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 26 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 set. 2015. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.3:acordao;resp:2015-08-26;1480881-1463867>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 593-STJ**: direito peno: estupro de vulnerável. 2017. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/11/sc3bamula-593-stj.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. Salvador: JusPODIVM, 2013.

CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KNIPPEL, Edson Luz. **Vade Mecum Prática OAB**: penal: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**: parte geral/parte especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09**. 2014. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70050072925-RS. Relator: José Conrado Kurtz de Sousa. Porto Alegre, 29 de novembro de 2012. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 22 jan. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112485661/apelacao-crime-acr-70050072925-rs/inteiro-teor-112485671?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.