Submissão: 28/11/2024
Publicação: 21/10/2024
DOI:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS

RAPE OF VULNERABLE: A CRITICAL ANALYSIS OF THE ABSOLUTE PRESUMPTION OF VULNERABILITY OF MINORS UNDER 14 YEARS OLD

Marcela Gurtat Teixeira[1]
Hubertus David de Moura Reijrink[2]

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo analisar a presunção absoluta da vulnerabilidade em relação ao crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, pontuando-se o cabimento de uma mudança no sentido de ser considerada uma vulnerabilidade relativa, considerando os preceitos doutrinários e previsões jurisprudenciais. Argui-se, ainda, a evolução histórica dos crimes de estupro e estupro de vulnerável, que tiveram mudanças ao longo dos anos, com debates que acarretaram na redação da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, explana-se a respeito dos relacionamentos que envolvem os menores de 14 anos e a proteção constitucional à família, com as consequências que as decisões judiciais geram. Aliado a isso, defende-se a discricionariedade do julgador ante o caso a ele proposto, com a análise casuística do fato ocorrido, para a melhor adoção de medida cabível e de manifestação da justiça, e a adoção de chamada Teoria de Romeu e Julieta, nascida nos Estados Unidos da América e presente em alguns julgados de tribunais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro de Vulnerável. Relativização. Consentimento. Autonomia do Julgador. Teoria de Exceção de Romeu e Julieta.

ABSTRACT: The present research aims to analyze the absolute presumption of vulnerability in relation to the crime of rape of the vulnerable, provided for in article 217-A of the Penal Code, pointing out the appropriateness of a change in the sense of being considered a relative vulnerability, considering the doctrinal precepts and jurisprudential predictions. It is also argued the historical evolution of the crimes of rape and rape of the vulnerable, which have changed over the years, with debates that led to the writing of Precedent 593 of the Superior Court of Justice. In addition, it is explained about the relationships that involve children under 14 years and the constitutional protection of the family, with the consequences that judicial decisions generate. Allied to this, the discretion of the judge in the case proposed to him, with the case-by-case analysis of the fact that occurred, for the best adoption of appropriate measure and manifestation of justice, and the adoption of the so-called Romeo and Juliet Theory, born in the United States of America and present in some judgments of Brazilian courts.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Univel.

[2] Especialista em Filosofia Política e do Direito pela UNIOESTE. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Univel.

KEYWORDS: Rape of Vulnerable. Relativization. Consent. Judiciary autonomy. Romeo and Juliet Exception Theory.

1 INTRODUÇÃO

Haja vista a sexualidade precoce e o desenvolvimento mais rápido das crianças e dos adolescentes, estes têm vasto acesso às informações sobre atos sexuais, sendo algo mais presente em suas vidas e exposto de maneira ampla pela televisão e outras mídias, com a aceitação da sociedade quanto aos conteúdos passados, que também despertam o interesse sexual em jovens e crianças mais cedo. Com o avanço dos meios de informação, os menores de 14 (quatorze) anos têm um conhecimento maior sobre as práticas sexuais quando comparado à antigamente; o que antes era um tabu, hoje é parte do dia a dia de muitos.

Em que pesem tais ponderações acerca do contexto social atual, o § 5º do artigo 217-A do Código Penal prevê uma vulnerabilidade absoluta quanto ao menor de 14 (quatorze) anos, a qual independe da análise do caso concreto. É perceptível que os jovens se relacionam mais cedo com outras pessoas e, também por conta do desenvolvimento prematuro, começam a ter vivências e estilos de vida ainda na adolescência que antes eram vistos como de adultos, principalmente quanto à realização de atos sexuais. Com o avanço da tecnologia, mais fácil se tornou para ter acesso, conhecimento e praticar tais atos. Desde os aplicativos de encontro até a facilidade do contato entre as pessoas, por meio de vídeo chamada e afins, o contato entre os jovens se dá de uma forma mais rápida, e, consequentemente, eles começam a se relacionar muito antes do que era o costume, tornando-se algo, certas vezes, até banal, sem uma preocupação da família ou da própria pessoa.

Os problemas sociais decorrentes do crime de estupro de vulnerável são aterradores e não há justificativas para a prática de um crime horripilante; entretanto, diversos são os casos de vítimas menores de 14 (quatorze) anos terem consentido com o ato, mas, mesmo com sua palavra, ou melhor, com seu consentimento, expressão de sua vontade, o crime é configurado e a pena imposta ao agente, já que essa é a previsão legal, sem discricionariedade por parte do julgador. A palavra da vítima não pode ser de todo modo desconsiderada, uma vez que é de grande importância avaliar tudo que circunda o crime em questão. Sob esse pretexto, dois princípios constitucionais permeiam a discussão: o da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade. A proporcionalidade deve ser sempre usada na interpretação e aplicação do direito, para que não ocorram abusos nem leviandades nos casos julgados.

Cinge-se, aqui, à discussão referente aos menores de 14 e maiores de 12 anos, na concordância de que a lei deve ser aplicada coercitivamente aos menores de 12 anos, sem distinções ou justificativa para a falta de aplicabilidade da lei penal. A lei deveria proteger esses menores sem capacidade de discernimento, de modo que não ocorram generalizações, as quais acarretam em uma presunção absoluta de vulnerabilidade, entendimento que é pacificado no Superior Tribunal de Justiça. Com a jurisprudência do STJ em tal sentido, não se visualiza qualquer relativização quando da análise das situações reais, ocorrendo, assim, a aplicação direta da norma, sendo o julgador mero “boca da lei”, atendendo as vontades do legislador, e não as necessidades dos tempos em que se vive.

2 DOS CRIMES DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro cometido contra aquele sem condições de consentir ou sem capacidade, com violência ficta, não mais integra o artigo 213 do Código Penal (no qual é previsto o estupro), configurando agora crime autônomo e previsto no artigo 217-A do referido código, que trata sobre o crime de estupro de vulnerável (Capez, 2021).

O artigo 217-A do Código Penal:

> Diferencia-se do artigo 213 do Código Penal, pois para a subsunção ao 217-A não é preciso o emprego da violência ou da grave ameaça, bastando a comprovação da idade da vítima[3]. Não se descarta, porém, a possibilidade de emprego da violência ou da grave ameaça para facilitar a prática do crime, o que deverá ser valorado pelo magistrado no momento da dosimetria da pena [...]. (Torres; Borri, p. 343)

Quanto à palavra “vulnerável”, o legislador assim classificou aqueles:

> […] que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam, menor de quatorze anos, ou 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. (Bitencourt, 2021, p.252)

Conforme cita Bittencourt (2021), "[m]enor de quatorze anos é exatamente o infantojuvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei". Tais vítimas têm seus direitos fundamentais de liberdade e dignidade humana violados, o que abrange a liberdade e dignidade sexual, nome do Título IV do Código Penal, no qual é tratado o referido crime.

2.1 ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Segundo Capez (2021), o elemento subjetivo desse crime é o dolo, consubstanciado na vontade de agir de tal maneira, e, de acordo com o artigo 1º, VI, da Lei n. 8072/90, o estupro de vulnerável é considerado crime hediondo. Tal crime tem como bem jurídico tutelado “a dignidade sexual do *menor de quatorze anos* e do *enfermo ou deficiente mental* que não tenha capacidade de discernir a prática do ato sexual (art. 217, caput e §1º)” (Bitencourt, 2021).

Quanto aos sujeitos ativo e passivo do crime de estupro de vulnerável:

> Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, indistintamente, homem ou mulher, contra, inclusive, pessoa do mesmo sexo. [...] coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive contra vítimas do mesmo sexo dos autores ou partícipes.
> Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal,

[3] “(...)Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência, grave ameaça ou suposto consentimento da vítima para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217 -A do Código Penal. (...)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1434783/MG**. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 27/06/2014, *apud* TORRES; BORRI, p. 343).

> seja pela menoridade de quatorze anos, seja em razão de tratar-se de 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. (Bitencourt, 2021, p.264)

Ademais, é pertinente o destaque que a vítima do sexo masculino também é sujeito passivo do crime, quando vulnerável, e que o crime pode ocorrer em relações homo ou heterossexuais, sem restrição (BITENCOURT, 2021). Ainda, a lei é taxativa, assim, mesmo que não haja violência e tenha a anuência do menor de maneira a praticar o ato sexual, aquele "maior de 18 anos cometerá o crime de estupro de vulnerável e o menor de 18 anos ato infracional análogo ao estupro de vulnerável" (Barros; Muniz; Cury, 2022).

A conduta descrita e vedada no artigo 217-A do Código Penal:

> […] se refere tanto à conjunção carnal como a qualquer prática de ato libidinoso com um menor de 14 anos, sendo que a definição dada para cada uma destas práticas é distinta. Portanto para configurar o estupro pode ocorrer uma conjunção carnal, [...] ou seja, a introdução do órgão masculino, no órgão feminino.
> Para a caracterização do ato libidinoso não é necessário que ocorra esta cópula natural, basta a prática de conduta envolvendo atos eróticos [...]. (Torres; Borri, p. 350).

A jurisprudência predominante e parte da doutrina entendem que, para a configuração do crime de estupro de vulnerável, basta a realização do ato sexual com menor de 14 (quatorze) anos, o que leva a uma presunção de vulnerabilidade absoluta. (Torres; Borri). Vale salientar que:

> […] todos que não se encontram em situação de vulnerabilidade têm o direito de dispor da prática sexual da maneira mais conveniente para si mesmo. Entretanto, quando houver violação deste consentimento ou desta capacidade, torna-se possível a incidência do Código Penal, com a pretensão de punir os responsáveis pelo ato delituoso que desrespeitou o direito à liberdade sexual (TORRES; BORRI, p. 351).

Assim, conforme citam Torres e Borri, a liberdade sexual é um direito de todos, havendo uma liberdade de escolha por qualquer um em realizar o ato sexual, porém, se o autor usa de qualquer tipo de violência ou ameaça, seu comportamento será enquadrado no tipo penal de estupro.

Documentadamente, o constrangimento da mulher à cópula forçada impunha punição severa ao ofensor, com diferentes reprimendas penais de acordo com as características da mulher (desposada, mulher honesta, prostituta, etc.) (Torres; Borri). O crime de estupro sofreu diversas mudanças desde que foi instituído, pela primeira vez, no Código Criminal do Império, em 1830, tendo previsão legal no então artigo 222[4].

Então, em 1940, foi estabelecida uma pena maior quando do crime de estupro, previsto, dessa vez, no artigo 269[5]. Com o Código Penal de 1940, passaram a serem

---

[4] Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
Penas - de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida.
Se a violentada for prostituta.
Penas - de prisão por um mês a dois anos (Brasil, 1830).

[5] O ato pelo qual o homem, abusa com violência de uma mulher, sendo ela virgem ou não (Brasil, 1940 *apud* Lucas; Sales, 2021, p. 6).

previstas “sanções a quem pratica o crime de estupro mediante emprego de violência ou grave ameaça, ou em casos específicos, com a presunção da presença destes meios em razão de características pessoais da vítima do crime” (Torres; Borri). Em 1932, quando ainda vigorava o Código Criminal do Império:

> […] começou a ser elaborada uma primitiva ideia do estupro de vulnerável, pois o artigo 269 passou a considerar a violência não só como o emprego da força física, como também de meios ardis que privassem a mulher de suas faculdades psíquicas e por consequência, de sua capacidade de resistir.
> O Código Penal como conhecemos, surgiu em 1940, e trouxe consigo os “Crimes contra os costumes” e “Crimes contra a dignidade sexual”. Entretanto, o nosso Código ainda considerava que somente a mulher poderia ser vítima do crime de estupro. (Lucas; Sales, 2021, p. 6)

Conforme citam Lucas e Sales (2021), tal entendimento não vigora mais atualmente, uma vez que, com a Lei nº 12.015/2009, o artigo 213, que prevê o crime de estupro, passou a dissertar no sentido de que qualquer pessoa pode ser vítima do crime. A Lei nº 12.015/2009 também foi a responsável pela criação do crime previsto no artigo 217-A, ou seja, o crime de estupro de vulnerável[6]. Ademais, tal lei estabeleceu como elemento da conduta típica, no artigo 217-A, a idade do menor, não mais citando a expressão “presunção de violência” (Torres; Borri).

3 A IDADE DE 14 (QUATORZE) ANOS COMO MARCO DE FIXAÇÃO

Inicialmente, o legislador atribui a condição de vulnerável "ao menor de quatorze anos ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência." (Bitencourt, 2021, p.270). Todavia, no artigo 218-B do Código Penal há a utilização do termo “vulnerável” com relação a outra faixa etária, a de menor de dezoito anos, sem quaisquer justificativa aparente. Assim:

> Na realidade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa; aquela se refere ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A); esta se refere ao menor de dezoito anos [...] Por outro lado, o legislador reconhece a vulnerabilidade do menor, mas a estende ao enfermo ou deficiente mental. Em outros termos, o legislador consagra uma vulnerabilidade real e outra equiparada. Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, nas respectivas menoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, “ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”. (Bitencourt, 2021, p.270-271)

Essa divergência de idades, em relação ao reconhecimento da vulnerabilidade, não ocorre apenas dentro do Código Penal, estendendo-se, inclusive, ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o que leva a contradições na política criminal. O artigo 217-A do Código Penal surgiu com o propósito de demonstrar que o menor não tem a maturidade suficiente para consentir com o ato sexual, contrariando a

[6] 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 (Brasil, 1940).

regulamentação do ECA, que cita a possibilidade de responsabilização por atos infracionais a partir dos 12 anos de idade, sendo clara a discrepância entre os atos normativos (Torres; Borri).

3.1 DECISÕES DO STJ QUE ANTECEDERAM A SÚMULA 593, COM A CONSEQUENTE ALTERAÇÃO NA LEI.

A Súmula 593 do STJ foi publicada em 06/11/2017, sendo julgada em 25/10/2017, como resultado de intenso debate sobre a relativização ou não da vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade. A partir de então, os julgados, em sua maioria, foram decididos em convergência ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Porém, é de se observar algumas decisões que antecederam tal disposição e levaram à redação vigente, a qual teve como referências o artigo 217-A do Código Penal, decorrente da Lei n. 12.015/2009, e o artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, nos termos da Revista Eletrônica do STJ (2017)[7].

Um julgado que merece destaque é o AgRg nos EREsp 1.435.416-SC (3ª S, 22.04.2015 – DJe 05.05.2015), usado como precedente à súmula, que dispôs:

> 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.
> [...] 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. (STJ - AgRg nos EDiv em REsp 1.435.416 - 3.ª Seção - j. 22/4/2015 - julgado por Luiz Alberto Gurgel de Faria - DJe 5/5/2015. IN: REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE, 2015, S/N).

Por fim, sem maiores delongas, cita-se o HC 256.402-PR:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> [...] 2. Entende esta Corte que o consentimento da vítima não é capaz de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, pois a presunção de violência é absoluta na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. [...] (STJ, HC 256.402 - 6.ª Turma - j. 5/4/2016 - julgado por NEFI CORDEIRO - DJe 18/4/2016. IN: REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE, 2016, S/N).

Entretanto, segundo Carvalho (2017) apud Barros, Muniz e Cury (2022), a súmula mencionada “não tem teor obrigatório, tão somente referencial aos julgados posteriores à publicação da mesma”.

---

[7] Revista Eletrônica, STJ. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_248_capSumulas.pdf. Acesso em: 21/08/2022.

3.2 OS RELACIONAMENTOS ENVOLVENDO MENORES DE 14 ANOS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA.

Dentre os casos apreciados pelo Poder Judiciário, encontram-se situações que envolvem relacionamentos amorosos, inclusive entre um maior ou menor de 18 anos de idade e menor de 14 anos de idade. Isso leva ao questionamento de que até que ponto não seria desumano a separação do casal em razão da vulnerabilidade absoluta, sem haver, por conseguinte, a apreciação do consentimento da vítima, vislumbrando-se casos em que meninas menores de 14 anos engravidam e não por isso são prostitutas, mas visam a formação de uma família, sendo que seus companheiros, muitas vezes, já ultrapassaram os 18 anos de idade, ou são igualmente jovens (Nucci, 2017, p. 133 *apud* Alencar, Franco, Santos, 2020).

É de conhecimento que, no contexto do crime que se analisa, o maior de 18 anos cometerá crime de estupro de vulnerável. Por outro lado, quando o autor do ato infracional for menor de doze anos até a data dos fatos, será ele tratado, juridicamente, como criança, até completar 12 anos de idade, e a responsabilização dele será por meio da aplicação "de medidas protetivas de natureza sancionatória de acordo com os artigos 101 e 105 do ECA e atendimento especializado do Conselho Tutelar e medidas protetivas, previstas nos artigos 105 e 136, inciso I, do ECA" (Magalhães, 2017 *apud* Barros; Muniz; Cury, 2022). Ainda, se for o adolescente quem pratica o ato infracional, há sua sujeição às medidas socioeducativas, conforme previsto nos artigos 99, 101, 112 e 113, todos do ECA (Barros; Muniz; Cury, 2022).

Isso porque a previsão do artigo 2º do ECA é clara, dispondo que criança é aquela até os 12 anos incompletos, e o adolescente, dos 12 aos 18 anos de idade[8]. Assim, como afirma Estefam (2018, p .668) *apud* Barros, Muniz e Cury (2022):

> Essa afirmação revela o cuidado que se deve ter na interpretação do alcance dos tipos penais, com vistas à proteção do valor fundamental (tipicidade material), já que a prática de atos libidinosos, como carícias íntimas, entre jovens de idades próximas (por exemplo, ambos com 13 anos), não pode significar a realização de um ato capaz de sujeitá-los a um processo perante o juízo da infância e da juventude, com ameaça de aplicação de medidas socioeducativas.

Nesse sentido, visualiza-se o artigo 1.723 do Código Civil[9] e sua proteção à entidade familiar por meio da união estável entre os sujeitos (já que o casamento antes dos 16 anos não é permitido no Brasil, havendo, por seguinte, a figura da união estável). O Brasil é um país continental, com costumes e valores diversos e espalhados pelo território, e, em razão disso, vê-se a situação que se analisa como uma exceção à regra; é de conhecimento a existência de casais vivendo em união estável e com filhos, cuja mãe tem seus 12 ou 13 anos (se não menos), e nesse contexto há a formação de uma família, protegida pela Carta Magna, pautada em princípios constitucionais, não sendo cabível prevalecer a lei ordinária, ou seja, o Código Penal (Nucci, 2020, p. 1189 apud Alencar, Franco, Santos, 2020).

---

[8] Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

[9] Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Mesmo que seja minoritária a corrente que defende tal posicionamento e não seja o que prevalece na jurisprudência, há, sim, decisões que convergem com o ora defendido, sendo um exemplo o seguinte:

> APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS EM RAZÃO DE RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE ACUSADO E VÍTIMA, INCLUSIVE, COM O CONHECIMENTO DA FAMÍLIA. Não há notícia nos autos de qualquer tipo de violência, grave ameaça, ou comprovação do dolo do réu em forçar, de qualquer modo, a prática sexual ou se valer da vulnerabilidade da ofendida para tanto. Muito pelo contrário, em todas as declarações foi possível constatar a existência de sentimentos sinceros de carinho e de zelo recíprocos. Não se trata exatamente de uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena ao denunciado, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo as meninas despertem para essa realidade. Nesse passo, nos casos em que há um relacionamento amoroso, reconhecido pela família e consentimento da menor nas práticas sexuais, resta relativizada a presunção de violência, em razão da idade da ofendida. [...]. (Apelação Criminal nº 70082908633, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Desª. Vanderlei Teresinha Tremeia kubiak, julgado em 29-1-2020).

Assim, mesmo nos tempos atuais, que se caracterizam como modernos, os atos sexuais não deixam de ser vistos com o olhar do preconceito e deixam de ser analisados no fato ocorrido em concreto, o que prejudica aquele que se acusa, pois não se leva em consideração a idade, a vontade e a relação presente entre as partes (ALVES; SOUZA, 2018). É função do Direito proteger a família, e esta não pode ser impactada por um atraso jurídico, com penas sendo impostas aos companheiros das vítimas, unicamente, porque escolheram estar juntos e formar uma família.

4 A RETIRADA DE AUTONOMIA DO JULGADOR

Conforme pontua Bitencourt (2021), é perceptível que o legislador, na redação do artigo de lei em questão, usa das mesmas circunstâncias utilizadas na redação inicial do Código Penal, ou seja, em 1940, para presumir a violência sexual. A retirada de autonomia do julgador ocorreu com a inclusão do § 5º no artigo 217-A pela Lei nº 13.718, de 2018[10]. Dessa forma, há apenas a aplicação do dispositivo legal, sem margens para interpretações ou valorações por parte do julgador. Há decisões dos Tribunais no sentido de que:

> […] independentemente do uso da violência ou da grave ameaça, haverá o perfazimento do tipo penal, com a simples conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso, mediante o entendimento de que a novel previsão legal contemplou uma presunção absoluta de violência no crime de estupro praticado contra o menor de 14 anos (Torres; Borri, p. 351).

Em julgamento recente, o STJ:

[10] § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 1940).

> […] examinando o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), ignorou, por completo, a necessidade de avaliar ou valorar a vulnerabilidade de menor de 14 anos, adotando a seguinte tese, verbis:
> '[...] 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' (Recurso Especial (repetitivo), Rel. Ministro Rogério Schietti, n. 1.480.881 – PI (2014/0207538-0, julgado em 27-8-2015). (Bitencourt, 2021, p.270, grifo nosso)

Assim, percebe-se que os Tribunais têm adotado entendimento convergente a não haver qualquer autonomia por parte do julgador na análise do caso concreto, como é o caso do julgamento por parte da Terceira Sessão do STJ citado anteriormente, e é nesse mesmo sentido a Súmula 593 do STJ[11]. Todavia:

> A realização de atos libidinosos consensuais, notadamente quando diversos da conjunção carnal, oral ou anal, envolvendo adultos e adolescentes (pessoas com doze anos completos), sempre deverá ser analisado com cautela. O fato poderá ser formalmente típico, mas poderá não se revestir de tipicidade material, por não atentar contra a dignidade sexual do menor que já saiu da infância (Jesus, 2014. p.825 apud Alencar, Franco, Santos, 2020, p.433).

Com o atual contexto legislativo, percebe-se que, mesmo com o ECA prevendo ser adolescente o maior de 12 anos, continua rígida a proteção penal ao menor de 14 anos de idade, o que demonstra que "[o] legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade". (Nucci, 2014, p.72 apud Alencar, Franco, Santos, 2020).

Um exemplo da aplicação da autonomia do julgador é o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABIIDADE. Em que pese a vítima possuísse, ao tempo do fato, menos de 14 anos de idade, é perceptível na declaração judicial sua plena capacidade de entendimento sobre seus atos, bem como que a conjunção carnal se deu com o seu consentimento, o que relativiza sua vulnerabilidade, especialmente, quando possuía vida sexual ativa antes mesmo de se relacionar com o apelante. O caso dos autos não retrata, exatamente, uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena ao denunciado, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo as meninas despertem para essa realidade. [...] o caso dos autos permite a relativização da vulnerabilidade da ofendida, até porque o critério etário não pode ser apreciado de forma absoluta, o que configuraria hipótese de responsabilidade penal objetiva, vedado em sede criminal. Não suficientemente demonstrada a vulnerabilidade da vítima, no caso concreto. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Criminal, Nº 70080338833, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em: 24-

[11] O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25-10-2017, DJe 6-11-2017)

> 09-2019) (TJ-RS - APR: 70080338833 RS, RELATOR: VANDERLEI TERESINHA TREMEIA KUBIAK, DATA DE JULGAMENTO: 24/09/2019, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 04/10/2019).

Não só o legislador, mas quem interpreta a lei, tem que considerar os costumes do meio social em que habitam, uma vez que a liberdade sexual é algo presente na sociedade contemporânea, discutida abertamente e repassada pelos meios comunicativos, por meio dos quais os jovens assimilam, desde cedo, esse universo sexual (Jesus, 2020 *apud* Alencar, Franco, Santos, 2020). Tal interpretação apenas será possível com a autonomia do julgador, operador do Direito, aplicando a justiça em cada caso, com suas peculiaridades, por meio das medidas cabíveis.

5 A VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS

Em regra, o crime de estupro ocorre quando há violência ou grave ameaça no intuito de se obter a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso. Todavia, com a previsão do sujeito passivo como sendo o menor de 14 (quatorze) anos, no artigo 217-A do Código Penal tem-se que, com uma interpretação literal da lei, a vulnerabilidade seria absoluta, dispensando, assim, qualquer comprovação de violência ou grave ameaça. Porém, há de ser observado, como bem retratado nos tópicos anteriores, que tal vulnerabilidade não está sempre presente, o que acarreta em analisar os casos de maneira individual, já que muitos dos ditos “vulneráveis” não só entendem a prática da sua conduta, mas também sabem das consequências, o que torna sem qualquer propósito a punição dos que mantêm o ato sexual (Torres; Borri).

Importante destacar a distinção, segundo Bitencourt (2021, p. 277 – 280), entre presunção absoluta e relativa de vulnerabilidade e vulnerabilidade absoluta e relativa, sendo que aquelas não se confundem com estas. Na presunção absoluta de vulnerabilidade, entende-se que a vítima é vulnerável sem qualquer discussão sobre e não se admitindo prova em sentido contrário; já na presunção relativa de vulnerabilidade, a vítima pode ou não ser vulnerável, devendo ser analisado o caso concreto para constatar se essa circunstância pessoal está presente na situação, ou seja, a vulnerabilidade tem que ser comprovada, senão pode ser desconsiderada, e, por conseguinte, admite-se prova em sentido contrário.

Ainda segundo Bittencourt, quando da análise acerca da vulnerabilidade absoluta e da vulnerabilidade relativa, parte-se do pressuposto de que a vulnerabilidade existe, entretanto não há conhecimento quanto ao seu grau, extensão ou intensidade; importante ressaltar que, com relação ao debate já mencionado versando a idade adotada pelo legislador no entendimento de vulnerabilidade, os graus de vulnerabilidade podem se dar de maneira distinta na mesma faixa etária, razão pela qual deve ser valorada casuisticamente.

Nesse sentido, o legislador considerou como sujeito passivo, quando dissertou sobre o estupro de vulnerável sem tipificar o “constrangimento carnal”, mas apenas a prática sexual com aquele menor de 14 (quatorze) anos ou deficiente ou enfermo mental, à pessoa absolutamente vulnerável. A suavidade da conduta como foi tipificada tem claro contraste com a pena ao crime cominada, qual seja a de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, destinando-se o entendimento à “violência sexual” contra vítima demasiadamente vulnerável (Bitencourt, 2021).

Assim sendo, é possível que se tenha uma vulnerabilidade relativa em relação às pessoas com a idade e/ou deficiências previstas no dispositivo legal em questão, "ou seja, que por circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares não é de

todo vulnerável, isto é, não pode ser considerado absolutamente vulnerável." (Bitencourt, 2021).

No Brasil, ocorreu a chamada “revolução sexual” e, também, a aceitação da sociedade quanto aos conteúdos, passados em mídias, que despertam o interesse sexual em crianças e jovens em idades menores, ou seja, mais cedo (Lucas; Sales, 2021). Com isso, os jovens não só têm se relacionado mais cedo entre si, mas veem tal prática de maneira menos “espinhosa”, sem os estigmas antigos. A sexualidade avançada presente na sociedade atingiu crianças e adolescentes de tal forma que há a possibilidade de reconhecer o consentimento dado para o ato sexual como válido, e inviável seria a condenação do acusado, ocorrendo, por conseguinte, o reconhecimento da vulnerabilidade relativa da vítima em tais casos, que devem, sempre, ser analisados de maneira única (Torres; Borri).

Nesse sentido, a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (2021), com trechos do acórdão proferido pelo Ministro Marco Aurélio[12], reconhece a relativização quanto à presunção de violência:

> […] merece destaque parte do antológico acórdão do Ministro Marco Aurélio, que pontificou ‘A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público’. [...] ‘Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir’.

Dessa forma, mostra-se como o melhor seguir uma interpretação mais racional, que se trata da que vinha sendo orientada pelo STF, ou seja, verificar cada caso concreto, visando-se constatar “as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea” (Bitencourt, 2021). A isso, soma-se, de maneira brilhante, a conclusão da decisão ora mencionada do Min. Marco Aurélio:

> […] não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança (STF, HC 73.662/MG, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. em 21-5-2005 *apud* Bitencourt, 2021, p.276)

Ademais:

> […] verifica-se certa desproporcionalidade na gravidade do ato com a cominação das penas muitas vezes aplicadas nos casos concretos, o que poderia ser rechaçado com a aplicação do princípio da proporcionalidade, particularmente em face de seu objetivo central obstando a ocorrência de excessos.
> Nesse contexto, menciona-se a proporcionalidade como regra de interpretação e aplicação do direito, possibilitando que eventuais restrições

[12] STF, **HC 73.662/MG**, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. em 21-5-2005.

> aos direitos fundamentais não se concretizem de forma desproporcional, mediante o exame das seguintes sub-regras: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito[13], as quais poderão auxiliar na resolução do problema proposto. (Torres; Borri, p. 349)

Essa interpretação de maneira adequada aos princípios constitucionais e penais visa obstar um tratamento idêntico e padronizado a todos os casos (Torres; Borri), o que ratifica a necessidade de uma discricionariedade por parte do julgador. É importante recordar que "a vulnerabilidade se trata da imaturidade da vítima, no caso se trata de quem não nem capacidade para decidir, por nem saber do que se trata" (Brayner, 2017 *apud* Alves; Souza, 2018). É visível que:

> […] o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que, se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo. (Capez, 2021, p.167)

Nesse contexto, segundo Buono:

> […] não há como o Código Penal estender a tipicidade do ato aos indivíduos que têm entre os 12 e 14 anos, pois, segundo a lei acima supracitada, eles não são mais considerados como crianças. Isso não quer dizer que eles ficam desprotegidos pela legislação em vigor, pois apenas será a presunção de sua vulnerabilidade considerada de forma relativa. Logo, conclui-se que a opinião de muitos doutrinadores é de que deve reforçar-se a ideia de que o Código não está em conformidade com os dias em que vivemos, pois a mentalidade das crianças e dos adolescentes de hoje não é mais da mesma forma de antes, porque passam hoje a ser tão espertos e precoces, agindo como um adulto formado, devendo, em certos casos concretos, ser tratados como tal.

Desse modo, nas palavras de Bitencourt (2021), "impõe-se a conclusão de que a presunção de vulnerabilidade [...] é relativa, recomendando avaliação casuística". Como defende o doutrinador Nucci (2014 *apud* Alencar, Franco, Santos, 2020), sendo o posicionamento ao qual se alinha e que se mostra como o mais justo e necessário no atual contexto social, a unificação do critério presente no ECA deve ser medida a ser tomada pelo legislador brasileiro, quanto aos maiores de 12 anos serem capazes de consentir às relações sexuais.

6 A TEORIA DE EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Nasceu, nos Estados Unidos da América, a chamada "Teoria Romeu e Julieta", ou "Romeu and Juliet Laws", com a qual se visa "uma Teoria que pleiteia a exclusão do crime em casos específicos, quando envolvidos menores com idades aproximadas e com consentimento" (Alves; Souza, 2018).

Tal teoria, ou exceção, baseia-se na situação de dois menores no mesmo período de descobertas sexuais, com diferença de idade não superior a 5 anos e em uma relação consensual; com isso, há uma exceção ao crime de estupro, vez que dá

[13] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 798, Ano 91, abr. 2002, p. 24.

conta de uma relação entre dois menores que vivem o momento e o fazem de acordo com sua própria vontade. Assim, a teoria teria espaço na legislação vigente no país, nos termos do artigo 217-A do Código Penal, vez que prudente a diferenciação da idade e os menores estariam em uma mesma fase de desenvolvimento sexual, com as mesmas ideias e grau de maturidade (Alves; Souza, 2018).

Segundo Alves e Souza (2018), é de se observar o seu uso por magistrados e tribunais brasileiros, com certa aceitação por parte destes, quando se deparam com casos de adolescentes que têm uma relação consensual, sendo denominado de “Exceções de Romeu e Julieta”. Desse modo, o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ESTUPRO DE VULNERÁVEL – EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Poderíamos traduzir, com vista a utilização de seus conceitos por aqui, como Exceção de Romeu e Julieta [...]. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E, consequentemente, em uma relação consentida, não haveria crime [...]. (TJ/MS. Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII, Publicado em: 31/01/2014). (Garcia. 2015, online *apud* Alves; Souza, 2018, p. 24)

Para mais:

> APELAÇÃO CRIMINAL - Estupro de vulnerável (art. 217-A, do Código Penal) - Sentença absolutória - Recurso ministerial em busca da condenação nos termos da denúncia – Inadmissibilidade - Acusado desconhecia a real idade da vítima que contava com 13 anos - Casal que namorava há mais de 01 ano iniciando relacionamento íntimo quando ele ainda era menor de idade - Exceção de Romeu e Julieta - Afirmação da vítima no sentido de não ter certeza que o acusado soubesse quantos anos ela tinha à época dos fatos - Participação da vítima no Facebook onde informou ter 18 anos de idade - Elementos que se traduzem em dúvida a respeito da idade da vítima, que deve militar em favor do acusado, apresentando-se adequada a solução adotada na origem - Absolvição mantida - Recurso desprovido, por maioria. [...] Verifica-se que magistrados e tribunais brasileiros têm se valido da legislação e jurisprudência alienígena, quando a relação sexual ocorre entre dois adolescentes ou entre jovem e adolescente [...] (TJSP; Apelação Criminal 1500339-37.2018.8.26.0103; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Caconde – Vara Única; Data do Julgamento: 21/10/2019; Data de Registro: 30/10/2019).

Destarte, vale destacar que, nessa teoria, na relação entre os jovens não há qualquer visão maliciosa, ou qualquer maldade que vise a prática de um crime, mas, sim, uma relação baseada nas vontades dos indivíduos e, até mesmo, com sentimentos um pelo outro.

> Ocorre que nos Estados Unidos da América do Norte, em vários Estados, o sexo consentido entre menores de 18 anos é criminalizado. No entanto, com o tempo se verificou que a aplicação pura e simples da norma sobredita conduzia a exageros punitivos, razão pela qual se editou uma legislação visando conter o furor da irracionalidade penal. [...]. Este parâmetro ofertado pela legislação e jurisprudência alienígenas certamente pode servir de base para uma orientação dos operadores do direito na aplicação comedida da regra penal contida no artigo 217-A, CP quando envolva sexo consensual entre menores. [...] (Processo nº 0008066-58.2011.8.26.0268. Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: Quarta-

> feira, 26/06/2013. DJE - Caderno Judicial – 1ª Instancia - Interior - Parte II. São Paulo, Ano VI - Edição 1443 249). (GARCIA, 2015, online *apud* ALVES; SOUZA, 2018, p. 24/25, grifo nosso).

Prudente citar o trecho da seguinte decisão, que traz a necessidade de a legislação brasileira acompanhar os tempos vividos e permitir ao julgador olhar o caso concreto e analisar segundo a luz da justiça:

> [...] Se não somos capazes de admitir a nós mesmos nossas limitações, que tenhamos apenas alguma sensibilidade com a alma humana, e tomemos como paradigma o exemplo hoje adotado nos Estados Unidos - país notoriamente reconhecido pela repreensão a crimes sexuais cometidos por jovens (notadamente os homossexuais), mas que tem admitido a atipicidade da conduta quando a relação sexual ocorre entre adolescentes. É o que se convencionou chamar Romeo and Juliet Law. O dispositivo, de inspiração shakespereana, tem se firmado como forma de impedir o apenamento de jovens que mantenham relações sexuais, cuja diferença de idade não ultrapasse cinco anos. (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.098397-3, de Campo Erê, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 18-09-2012)

Por fim, como já retratado, segundo Alves e Souza (2018), a teoria pode, sim, ter aplicabilidade no Código Penal, já que visa não a mera aplicação da lei, devendo ser analisado o fato em concreto, sob pena de um exagero punitivo, como defendido e tratado neste trabalho. Outrossim, é evidente que a Teoria Romeu e Julieta tem como objetivo a não tipificação como crime de estupro quando provado que não se trata de um ato delituoso, ou seja, um crime, mas sim de uma prática consensual entre os envolvidos, que não tenham uma diferença de idade superior a 5 anos. Todavia, por mais que doutrinas, e até mesmo julgados de primeira instância, tenham aderido à flexibilização aqui proposta, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não comportam tal entendimento.

7 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se o estudo acerca do debate e possibilidade de relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos na previsão do crime disposto no artigo 217-A do Código Penal, qual seja, o estupro de vulnerável. Ademais, visou-se a discussão acerca da discricionariedade do julgador ante o caso concreto a ele distribuído para decisão e a possibilidade de aplicação da chamada Teoria de Romeu e Julieta, fruto da legislação alienígena, na jurisprudência brasileira.

O ponto principal do presente é a consideração da vulnerabilidade relativa quanto aos menores de 14 e maiores de 12 anos. A relativização trabalhada e debatida, motivo de crença na mudança legislativa, é em relação aos jovens de 12 a 14 anos, assim, não há qualquer discussão acerca das crianças, ou seja, aquelas de 0 a 11 anos, pois se defende a continuidade do entendimento de que a vulnerabilidade delas é, sim, absoluta, e o enrijecimento das sanções ao crime que se comete.

A sociedade está em constante mutação, até mesmo porque é formada por indivíduos que se transformam diariamente, e o Direito deve acompanhar as mudanças; obviamente, nem sempre será possível mudar a legislação de maneira imediata, porém, quando da análise de casos concretos, os julgadores não podem ser retrógrados e devem zelar pelo melhor entendimento com base no caso que se aprecia. A Súmula 593 do STJ foi resultado de um incansável debate acerca do crime que se trabalha, mas não cessou as discussões ou os problemas enfrentados.

Quanto ao crime de estupro de vulnerável, tal análise casuística se mostrou como ainda mais importante, pois não só se fala sobre a dignidade sexual da vítima e todos os direitos que a permeiam, mas do encarceramento de uma pessoa, que, nos casos dos trabalhos analisados, não tinha o dolo de cometer o crime em questão. Ademais, em muitas dessas situações há a presença de um relacionamento amoroso, que posteriormente, por diversas vezes, torna-se uma união estável ou conjugal, ou seja, há a presença de uma entidade familiar, não só prevista, como defendida pela Constituição Federal, permeada por princípios constitucionais, e que deve ser protegida. Há de se pensar as consequências que tal agrupamento de pessoas sofrerá com a ausência de uma figura paterna ou materna, já que sofrerá as penas impostas pelo Código Penal, respondendo, inclusive, por um crime hediondo.

O entendimento doutrinário pende à relativização da presunção da vulnerabilidade, mas é corrente minoritária na jurisprudência, como bem retratado, pois, para o Superior Tribunal de Justiça, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos é absoluta, sem admitir prova em contrário ou relativização. Porém, mesmo que seja o posicionamento da Corte, mais do que certo que a relativização é, sim, medida a se impor, visando os direitos da vítima e do acusado do crime, pois ambos sofreram, sofrem ou sofrerão as medidas impostas.

Conforme o exposto, percebe-se pacífico o entendimento do STJ quanto ao tema; entretanto, mesmo criando uma segurança jurídica, já que os demais Tribunais seguirão tal entendimento, nula é a discricionariedade do julgador, o que acaba por criar injustiças, muitas vezes, já que a própria vontade da vítima não é levada em consideração pela lei. Ao ocorrer uma aplicação genérica do disposto no Código, é de se questionar até que ponto não está se limitando um direito individual, qual seja a própria liberdade da pessoa em decidir os atos e caminhos de sua própria vivência, em que a lei que a protege, ou, pelo menos, deveria protegê-la, mas, na verdade, limita-a de tomar suas próprias decisões, cega quanto às vivências dos tempos modernos, mesmo que muito avançadas em alguns aspectos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Jefferson Pereira; FRANCO, Thiago de Souza; SANTOS, Glauciene Mendes. **A relativização da presunção absoluta do estupro de vulnerável em situações que envolvam menores entre 12 e 14 anos.** Anais do 3° Simpósio de TCC, das faculdades FINOM e Tecsoma. 2020; 426-445.

ALVES, Thays Cristinne Cardoso; SOUZA, Leonardo Rodrigues de. **Análise do crime de estupro de vulnerável.** Anápolis, 2018.

BARROS, Douglas de Oliveira; MUNIZ, Edilayne dos Santos; CURY, Letícia Vivianne Miranda. **O estupro de vulnerável: um olhar acerca dos adolescentes menores de 14 anos.** Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.8.n.05. maio. 2022. ISSN - 2675 – 3375.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

BRASIL. Lei 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, 16 jul.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Código Penal, 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso: 13 abr. 2022.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. STF, HC 73.662/MG, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. em 21-5-2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1434783/MG. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 27/06/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (repetitivo), Rel. Ministro Rogério Schietti, n. 1.480.881 – PI, 2014/0207538-0, julgado em 27-8-2015.

_____. 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. Edição nº 2314 - Brasília, Disponibilização: Terça-feira, 31 de outubro de 2017 Publicação: segunda-feira, 06 de novembro de 2017. Terceira Sessão. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf>. Acesso: 17 nov. 2021.

_____. STJ, AgRg nos EDiv em REsp 857.550 - 3.ª Seção - j. 9/4/2014 - julgado por Marilza Maynard Salgado de Carvalho - DJe 25/4/2014. Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000182c21c33e6ef622aca&docguid=Iadbec710998611eaac9ec9dc1194082f&hitguid=Iadbec710998611eaac9ec9dc1194082f&spos=1&epos=1&td=179&context=61&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=>. Acesso em: 21 ago. 2022.

_____. STJ, HC 256.402 - 6.ª Turma - j. 5/4/2016 - julgado por NEFI CORDEIRO - WEB 18/4/2016. Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000182c23dba1f8f804aa5&docguid=I2340f080de0511e6ace3010000000000&hitguid=I2340f080de0511e6ace3010000000000&spos=1&epos=1&td=5&con

text=155&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 21 ago. 2022.

_____. STJ, AgRg nos EDiv em REsp 1.435.416 - 3.ª Seção - j. 22/4/2015 - julgado por Luiz Alberto Gurgel de Faria - DJe 5/5/2015. Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000182c2a092543f70917d&docguid=I2c41d9f0933e11eaa6398287addf7a8b&hitguid=I2c41d9f0933e11eaa6398287addf7a8b&spos=1&epos=1&td=0&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 21 ago. 2022.

_____. STJ, Revista Eletrônica. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_248_capSumulas.pdf. Acesso em: 21 ago. 2022.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

LUCAS, Gabriela Fradico Diniz; SALES, Pollyana Maciel. **Estupro De Vulnerável:** Uma análise do Estupro de Vulnerável à luz dos crimes contra a dignidade sexual, e da alteração trazida pela Lei nº 13.718/18. Contagem, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 798, Ano 91, abr. 2002, p. 24.

TORRES, Jaqueline Naiane Gonçalves; BORRI, Luiz Antonio. **Presunção de violência no estupro de vulnerável:** análise sobre o elemento “menor de 14 anos” previsto no art. 217-A do Código Penal. Disponível em: https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-28-15670161091929.pdf. Acesso em: 03 ago. 2022.

TJSC, Apelação / **Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.098397-3**, de Campo Erê, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 18-09-2012. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23815083/apelacao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apl-20110983973-sc-2011098397-3-acordao-tjsc/inteiro-teor-23815084. Acesso em: 21 ago. 2022.

TJSP, **Apelação Criminal 1500339-37.2018.8.26.0103**; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Caconde - Vara Única; Data do Julgamento: 21/10/2019; Data de Registro: 30/10/2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do. Acesso em: 21 ago. 2022.

TJRS - **APR: 70080338833** RS; Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Data de Julgamento: 24/09/2019, Sexta Câmara Criminal. Publicação: 04/10/2019. JUSBRASIL. Disponível em: https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772934771/apelacao-criminal-apr-. Acesso em 28 ago. 2022.

TJRS – **Apelação Criminal nº 70082908633** - Recurso Especial - Estupro de Vulnerável. Relator: Des.ª Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Data de Julgamento: 29 de janeiro de 2020. 6ª. Câmara Criminal. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/808952131. Acesso em: 28 ago. 2022.