

**REDE DE ENSINO DOCTUM  
CURSO DE DIREITO  
UNIDADE DE MANHUAÇU/MG**

**Ana Júlia Labanca Belonato  
Camille Ferreira Bitencourt  
Hendrica Barbosa Gonçalves Hott  
Maria Eduarda Emerick Gomes Lage**

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NAS DECISÕES DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE A PARTIR DA OBRA DE GADAMER E SEU  
DIRECIONAMENTO MISÓGINO PATRIARCAL**

Manhuaçu/MG

2024

**Ana Júlia Labanca Belonato**  
**Camille Ferreira Bitencourt**  
**Hendrica Barbosa Gonçalves Hott**  
**Maria Eduarda Emerick Gomes Lage**

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NAS DECISÕES DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE A PARTIR DA OBRA DE GADAMER E SEU  
DIRECIONAMENTO MISÓGINO PATRIARCAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de  
Direito da Rede de Ensino Doctum, Unidade de  
Manhuaçu/MG, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Msc. Julia Mara Rodrigues Pimentel

Manhuaçu/MG  
2024

## RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de relativização do conceito de vulnerável no crime de estupro, apresentando suas teorias, tendo por base o artigo 217-A do Código Penal, a Súmula 593 do STJ, além dos referenciais teóricos em bibliografias doutrinárias. Utilizando uma metodologia de realização de pesquisas qualitativas e exploratórias, o estudo expõe as mudanças normativas durante a evolução da sociedade, apresentando a diferenciação antes e após a Lei nº 12.015/09 no crime, abordando o conceito de vulnerabilidade como elemento do tipo objetivo, a presunção absoluta no crime contra menores de 14 anos, fazendo a análise de julgados que afastaram a vulnerabilidade absoluta da vítima, como o AgRg no AREsp 2.389.611/MG. Fundamentado na obra de Gadamer, discute-se a interpretação hermenêutica do conceito de vulnerável, onde a relativização da vulnerabilidade em casos específicos contradiz a proteção assegurada às vítimas, reforçando a violência.

**Palavras-chave:** estupro; vulnerabilidade; relativização.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>2. O CRIME DE ESTUPRO: ANÁLISE ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09.....</b>   | <b>7</b>  |
| 2.1. Crime de estupro antes da Lei nº 12.015/09 .....  | 7         |
| 2.2. A presunção de violência nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos .....   | 10        |
| <b>3. CRIME DE ESTUPRO APÓS A LEI Nº 12.015/09 .....</b>   | <b>14</b> |
| 3.1. Presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima.....  | 14        |
| 3.2. Súmula 593 do STJ e inclusão do §5º ao artigo 217-A do Código Penal pela Lei nº 13.718/18 .....   | 17        |
| <b>4. ANÁLISE DE JULGADOS DE MAIOR REPERCUSSÃO .....</b>   | <b>19</b> |
| 4.1. Relativização da vulnerabilidade da vítima nas decisões do Superior Tribunal de Justiça .....   | 19        |
| 4.2. Questionamento da abertura hermenêutica do conceito de vulnerável no crime de estupro de vulnerável e seu direcionamento misógino patriarcal..... | 22        |
| <b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>  | <b>25</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>  | <b>26</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

Precedentemente ao início do regime republicano, o Brasil já possuía costumes e princípios submetidos a penas severas caso infringidos, bem como condutas reputadas como imorais que deviam ser evitadas, entre elas, a prática do estupro. Contudo, a tipificação do crime de estupro nem sempre visou resguardar o mesmo bem jurídico ou proteger todo e qualquer tipo de vítimas, isto porque as normas jurídicas refletem os ideais e concepções da época em que são promulgadas.

Com o crescimento do país e o desenvolvimento da sociedade, a tipificação do crime de estupro sofreu inúmeras alterações, recebeu novos conceitos e dispôs de novas ramificações, entre elas o estupro de vulnerável. No entanto, em que pese o progresso já percorrido pelo legislador na tipificação do delito, acompanhado pela pacificação do entendimento pelos Tribunais Superiores, verifica-se um retrocesso no julgamento de determinados casos concretos, os quais o presente trabalho busca examinar.

Assim, ao analisar as mudanças normativas do crime de estupro e os julgamentos divergentes em casos considerados como “excepcionais”, torna-se fundamental debruçar-se sobre o seguinte questionamento, o qual o presente trabalho buscará responder, qual seja: é possível relativizar o conceito de vulnerabilidade invocado pelo artigo 217-A do Código Penal e firmado pela Súmula 593 do STJ?

No intuito de responder tal questão, o presente trabalho irá se desenvolver por meio de pesquisa bibliográfica – teses, dissertações, artigos científicos – a fim de analisar a construção do tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal, bem como a tipificação do crime de estupro antes e depois da Lei nº 12.015/09, como forma de identificar a relativização da presunção de violência ocorrida antes da referida Lei, e a consolidação do entendimento após essa Lei.

Ademais, voltar-se-á para o conceito de vulnerabilidade como elemento do tipo objetivo e para a presunção absoluta da vulnerabilidade no crime de estupro contra menores de 14 anos. Esclarecidos esses pontos, serão analisados alguns julgados que afastaram a vulnerabilidade absoluta da vítima, contrariando o precedente do STJ e a tipificação do art. 217-A do Código Penal.

Utilizando as reflexões de Hans-Georg Gadamer sobre a interpretação e o contexto, sobretudo considerando os horizontes presente e horizonte histórico, analisar-se-á a abordagem hermenêutica do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável a partir do contexto histórico e social da elaboração da norma, de forma a evitar análises subjetivas que

reforcem estigmas de gênero e ideais patriarcais, além de garantir uma interpretação mais justa e eficaz da norma, alinhada à intenção de proteção legal.

Para tanto, o estudo foi dividido em três capítulos. No primeiro, foi realizada uma pesquisa doutrinária acerca da construção do crime de estupro antes da Lei nº 12.015/09, identificando a relativização da violência e grave ameaça havida na época, sobretudo nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos.

No segundo, foi abordado o conceito do crime de estupro depois da Lei nº 12.015/09, analisando o conceito de vulnerabilidade como elemento do tipo objetivo e a presunção absoluta da vulnerabilidade no crime de estupro contra menores de 14 anos e identificando o bem jurídico tutelado. Além disso, analisou-se brevemente o processo de elaboração da Súmula 593 do STJ e a inclusão do §5º ao artigo 217-A do Código Penal pela Lei nº 13.718/18, as quais objetivaram uma maior proteção às vítimas de violência sexual.

No último capítulo, foram analisados atuais julgados de maior repercussão que relativizaram a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos nos crimes de estupro de vulnerável, contrariando o precedente do STJ e a inclusão do §5º ao artigo 217-A do Código Penal pela Lei nº 13.718/18 e discutiu-se a abertura hermenêutica do conceito de vulnerável no crime de estupro de vulnerável e seu direcionamento misógino patriarcal à luz da obra Verdade e Método do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer.

Por fim, concluiu-se, em síntese, que a mudança paradigmática em relação à relativização do conceito de vulnerável no crime descrito no art. 217-A do Código Penal, somada à subsunção do fato à norma, conduz a uma inconsistência nos julgamentos e, portanto, aumenta a insegurança jurídica.

## **2. O CRIME DE ESTUPRO: ANÁLISE ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09**

### **2.1. Crime de estupro antes da Lei nº 12.015/09**

Historicamente, o direito contribui para reforçar valores sociais e morais de cada cultura, agindo como importante instrumento para o desenvolvimento social, visto que se faz necessária a proteção dos interesses dos particulares, tidos como bem comum. Desta forma, surgem as normas jurídicas, como forma de regulamentar e estruturar a organização social, de modo a evitar ações em dissonância aos princípios morais de uma sociedade. Entretanto, para reprimir e punir condutas contrárias aos interesses dos particulares, não basta que elas sejam apenas imorais, devendo haver lesão efetiva a bem jurídico relevante. Nesse sentido, explica Martinelli (2011, p. 31):

A moral, por si só, não pode ser fundamento da criminalização de condutas, nem pode estar na condição de bem jurídico principal a ser tutelado. No Estado liberal e democrático de direito é tolerável incriminar condutas imorais desde que acompanhadas de lesão ou perigo de lesão ao bem protegido (...) Não se pode negar que quase todo crime carrega um certo conteúdo de imoralidade. No entanto, ser imoral não é suficiente para legitimar a criminalização de uma conduta. Deve haver, além da conotação moral negativa, lesão efetiva ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente relevante.

Com a evolução sociocultural, a violência sexual passou a ser conduta culturalmente imoral e ofensiva aos bons costumes, devendo ser reprimida e evitada, e a liberdade sexual considerada como valioso bem jurídico inerente ao ser humano. Nas palavras de Martinelli (2011, p. 32):

A violência sexual é um atentado à dignidade da vítima, pois esta fica impedida de desenvolver sua autodeterminação em relação à prática do sexo da maneira como deseja. Acima da imoralidade, tal comportamento criminoso é lesivo à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a prática do estupro como conduta imoral e de grande ofensa ao ser humano é produto dos valores socioculturais das sociedades, razão pela qual sua percepção sofreu diversas mudanças ao longo dos anos, em harmonia às normas criminalizadoras do delito. A título de exemplo, durante a monarquia romana, a simples união ilegítima de um homem com uma mulher não casada configurava-se estupro, constituindo um atentado contra o poder tutelar do pai ou do marido (DEODATO, 2010, p. 17).

A princípio, a primeira legislação adotada no Brasil se deu no período colonial, admitindo-se a legislação portuguesa “Ordenações Afonsinas”, em que o delito de estupro já era tipificado e punido com sanções gravíssimas, descrito da seguinte maneira:

Se alguém forçar uma mulher em um local habitado, e ela deve denunciar o crime da seguinte forma: gritando em voz alta e dizendo 'vejam o que estão fazendo comigo', percorrendo três ruas; se ela fizer isso, a denúncia será considerada válida, e ela deve nomear o agressor pelo nome (ALVES, 2023).

Verifica-se que o crime não poderia ficar apenas na palavra de algoz contra vítima, pois a palavra da mulher valia menos (DÓRIA, 2016). Portanto, em que pese a previsão da conduta como criminosa e as severas punições determinadas, demonstra-se claro a disparidade social entre homens e mulheres, visto que a mulher não detinha poder sobre sua vida sexual, muito menos liberdade para decidir com quem quer ou não manter relacionamento sexual, de forma que o bem jurídico tutelado pela norma criminalizadora era a honra.

Ainda, nas Ordenações Manuelinas, publicadas em 1521, o crime de estupro estava previsto como: “Daquele que coabita à força com qualquer mulher ou a constrange a fazê-lo” (ALVES, 2023). Entretanto, caso a vítima fosse uma escrava ou prostituta, a pena seria suspensa até que se informasse o acusado acerca do motivo de sua punição.

Após a proclamação da República, foi aprovado o primeiro Código Criminal do Império do Brasil, em 1830, que tipificou a conduta de “ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta”, sob pena de prisão por três a doze anos, incluindo o dote para a ofendida, e pena de prisão por um mês a dois anos caso a vítima fosse prostituta. Ainda, a pena poderia ser excluída, caso o réu se casasse com a ofendida.

A distinção entre as vítimas, advinda das Ordenações Reais e mantida pelo Código do Império, servia de justificativa aos atos de violência cometidos, evidenciando que as normas sociais, princípios e costumes da época eram determinados pela sociedade patriarcal, que restringia a liberdade sexual das mulheres e dava aos homens poder irrestrito sobre elas. À vista disso, ilustra Dória (2016):

A definição de estupro, portanto, era bem distinta da atual. A mulher era propriedade do marido. Mesmo que casasse por desejo de seu pai quase criança, logo após a primeira menstruação. Uma escrava era propriedade do senhor. Em nenhum destes casos poderia uma relação sexual ser considerada crime. Não havia violação da honra mesmo que houvesse violência.

Posteriormente, em outubro de 1890, foi criado o primeiro Código Penal da República, que tratou dos crimes sexuais em seu Título VIII: “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. Entre as principais mudanças, está a primeira definição de estupro, aludida pelo artigo 269: “Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não”.

Ademais, pela primeira vez é abordada a questão da vulnerabilidade da mulher, tornando típica a conduta de “deflorar” menor de idade, conforme o disposto no artigo 267: “Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude, pena - de prisão celular por um a quatro anos”.

Já em 1915, foi promulgada a Lei nº 2.992, que modificou alguns dispositivos do primeiro Código Republicano, entre eles, o artigo 266, que tratava sobre o atentado contra o pudor e elevava, em seu parágrafo segundo, o “quantum” da pena de “um ou tres anos” para “dous a quatro anos”, caso o crime fosse cometido em desfavor de vítima menor de idade.

No grupo dos dispositivos alterados, também está o artigo 278, que arrazoa sobre manutenção de casa de prostituição, agravando-se a pena se eventualmente acometido mulher menor de idade.

Com o advento do Código Penal de 1940, o delito de estupro ganhou nova redação, mais simples e precisa que a anterior, passando a ser previsto no artigo 213, do Capítulo I “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”, do Título VI “Dos Crimes contra os Costumes”. Deste modo, “o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da mulher. A liberdade que ela tem de escolher quando, como, onde e com quem exercerá sua sexualidade” (TELES, 2004, p. 50). Confira-se:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:  
Pena - reclusão, de três a oito anos.  
Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:  
Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Verifica-se, portanto, que o tipo penal do crime de estupro previa somente uma conduta nuclear possível, que consistia no constrangimento ilegal da vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal, ato que se restringe à penetração, parcial ou total, do pênis na vagina. Nesse sentido:

Mas na lei, como dissemos, o estupro só é constituído pelo coito normal, e, dessarte é ele a conjunção sexual contra a vontade da mulher. Conjunção carnal, por sua vez, é a cópula vagínica, representada pela introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal. Por essa razão, não abrange o coito anal e a *felatio in ore* (BITENCOURT, 2023, p. 33).

Além disso, tratava-se de um crime próprio, pois exigia que o autor da infração penal fosse uma pessoa do sexo masculino, visto que apenas um homem poderia praticar a conjunção carnal com a mulher. Somente em caráter excepcional, poderia a mulher figurar como sujeito ativo da ação, na condição de partícipe ou de coautora.

Por outro lado, o sujeito passivo era apenas a mulher, em razão de expressa determinação legal. De acordo com Nucci (2010), “A possibilidade de uma mulher constranger

um homem à conjunção carnal era algo provavelmente impensável na década de 40. De fato, mesmo nos dias de hoje, a ocorrência da hipótese é bastante rara”. Assim, quando a violência sexual fosse praticada contra vítima do sexo masculino, sendo a mulher a autora, poderia se configurar o crime de atentado violento ao pudor ou de constrangimento ilegal.

Ademais, ao contrário dos códigos penais de 1830 e 1890, que faziam distinção entre o estupro praticado contra uma “mulher honesta” e o cometido contra uma prostituta, os aspectos envolvendo a moralidade da vítima passaram a ser irrelevantes para a configuração do crime.

Outrossim, na hipótese de o agente praticar outros atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, a conduta tipificada seria a de atentado violento ao pudor, nos termos do antigo texto do artigo 214 do Código Penal. Registre-se que o referido delito poderia ser praticado contra pessoas de ambos os sexos e o sujeito ativo não se restringia a homens, como no crime de estupro. Ainda, segundo Jesus:

Ato libidinoso é o que visa o prazer sexual. E todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Para a caracterização do crime, porém deve ser diverso da conjunção carnal, ou seja, diferente da copula normal obtida mediante violência, que está presente no crime de estupro (JESUS, 1998, p. 102).

Deste modo, tem-se que, antes da alteração trazida pela Lei nº 12.015/09, o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor eram delitos autônomos, com penalidades independentes, sendo admitido o concurso material das referidas infrações. Em relação a estes crimes, a ação penal era, em regra, de iniciativa privada, procedendo-se mediante queixa-crime, nos termos do artigo 225, redação original, do Código Penal.

## **2.2. A presunção de violência nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos**

A hipótese de estupro contra menores de 14 anos, por sua vez, era tratada genericamente pelos artigos 213, 214 e 224 do Código Penal. Confira-se:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:  
 a) não é maior de catorze anos;  
 b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;  
 c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A alínea ‘a’ do artigo 224 adotou o critério etário como fundamento à presunção de violência. Do mesmo modo, o Código Republicano de 1890, que preconizava em seu artigo 272 que “Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 anos”.

De acordo com a Exposição de Motivos do Código de 1940, a diminuição da idade-parâmetro da presunção de violência para quatorze anos se justificava, pois “(...) com a redução

do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais” (CAVALCANTE, 2008, p. 35).

Assim, buscou-se proteger a identidade sexual da vítima, que, em razão de sua idade, não possui a maturidade necessária para discernir, tampouco consentir, a prática de atos de natureza sexual.

É cediço que o crime de estupro ocorre mediante o emprego de violência real, consubstanciada pela coação física ou moral da vítima, que não é capaz de resistir. Por sua vez, na violência ficta, aludida pelo artigo 224 “a” Código Penal de 1940, presume-se que houve o emprego de violência na conjunção carnal ou no ato libidinoso praticado com o menor de 14 anos, ainda que realizado com o seu consentimento.

Nesse sentido, o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal preconiza que:

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais de modo que não pode se dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e dos riscos que corre se se presta a lascívia de outrem (HUNGRIA, 1981 citado por FREITAS, 2016, p. 56).

Entretanto, por repousar no frágil alicerce da presunção, a nova redação do dispositivo abriu precedentes para inúmeras discussões doutrinárias, que divergiam quanto a possibilidade de relativização da violência nos crimes de estupro contra menores de 14 anos. Isto porque, a presunção de violência era analisada caso a caso, admitindo prova em sentido contrário, o que acarretava decisões favoráveis ao acusado. Nesse sentido, discorre Rogério Greco (2024, p. 78):

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.

Nesse cenário, surgem três principais teorias acerca da presunção de violência nos crimes de natureza sexual: teoria absoluta, teoria relativa, e teoria constitucional. A primeira aduz que a presunção de violência é de natureza absoluta, ou seja, não admite prova em contrário.

Rogério Greco (2011), adepto dessa corrente, defende a tese de que a presunção é absoluta, pois tem como alicerce um dado objetivo, que é a idade, apontada como elemento

integrante do tipo e, por essa razão, o consentimento de uma menor de 14 anos será inválido, ainda que seu desenvolvimento físico e psíquico seja superior a sua idade.

Outrossim, foram proferidas pelos Tribunais várias decisões que consideravam a natureza absoluta da presunção de violência, independente de fatores como consentimento da vítima e eventual experiência sexual<sup>1</sup>.

A segunda teoria, por sua vez, acredita que a presunção é relativa, de natureza *iuris tantum*: válida até que se prove o contrário. Com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve a tentativa de alteração do texto legal, pois “o limite de 12 anos de idade foi pautado em 1994 como razoável para se reprimir qualquer constrangimento à criança” (FREITAS, 2016, p. 57).

Ademais, o fato de o Estatuto considerar criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, bem como conferir aos adolescentes (maiores de doze anos) responsabilidade pela eventual prática de ato infracional, com aplicação de medidas socioeducativas, serviu como argumento para a relativização do caráter absoluto da presunção de violência imposta ao crime de estupro cometido contra jovens menores de quatorze anos, uma vez que “se pode consentir quanto a prática de ato infracional, também tem capacidade para consentir quanto ao sexo” (CAVALCANTE, 2008, 37).

Nesse sentido, no julgamento do HC 73.662/MG, o Ministro Marco Aurélio utilizou como fundamento para absolver o acusado, em um caso concreto de violência presumida no crime de estupro, o argumento de que “Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos” (CAVALCANTE, 2008, 36).

Outro exemplo é o julgamento da AC 253.210-3/SP, em que a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu réu que se relacionou sexualmente, em duas oportunidades, com menor de 14 anos, fundamentando a decisão no consentimento dado pela vítima para a prática do ato que, segundo o relator, afastaria a *innocentia consilii* - condição essencial para o reconhecimento da presunção de violência.

Portanto, os adeptos da segunda corrente defendem que o bem jurídico a ser tutelado é a liberdade sexual, pois, na realidade atual, “os recém-ingressos na adolescência comportando-se como conhecedores das coisas do sexo de forma altamente precoce; jovens de doze e treze

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: HC 74.580, rel. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. 17/12/1996, DJ 07/03/1997; HC 94.818, rel. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 24/06/2008, DJ 15/08/2008; HC 93.263, rel. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 19/02/2008, DJ 11/04/2008; HC 72.575, rel. Néri da Silveira, 2ª Turma, j. 04/08/1995, DJ 03/03/2000; HC 76.246, rel. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 13/02/1998, DJ 20/04/2001.

anos namoram e se relacionam erótica e sexualmente com o consentimento dos pais e até porque a educação sexual está inserida no currículo escolar” (FREITAS, 2016, p. 57).

Entretanto, observa-se que a defesa do princípio da liberdade sexual se faz às custas do princípio do melhor interesse da criança, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 3º, uma vez que “o que se busca tutelar é a fragilidade do sujeito passivo, em relação a sua condição biológica, física, social, moral e cultural” (CAPEZ, 2019, citado por KÜHL; OLIVEIRA, 2020, p. 154).

Por fim, a teoria constitucional acredita que o dispositivo que trata sobre a presunção de violência é inconstitucional, visto que viola diversos princípios, entre eles o da presunção da inocência. A esse respeito, explica Farias (2014):

Os defensores da teoria constitucional defendiam, por sua vez, que o dispositivo que previa a presunção de violência era inconstitucional, por violar o princípio da presunção de inocência. Isso porque a presunção de violência afirmada pelo legislador desobriga o órgão acusador de comprová-la no caso concreto, possibilitando uma condenação sem que tenha ocorrido violência na prática do ato sexual.

Mais adiante, a edição da Lei nº 12.015 de 2009 põe fim às discussões acerca do instituto da presunção de violência, revogando o artigo 224 e instituindo um novo delito no artigo 217-A, que se convencionou denominar de estupro de vulnerável.

### 3. CRIME DE ESTUPRO APÓS A LEI Nº 12.015/09

#### 3.1. Presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima

A Lei nº 12.015 de 2009 representa um marco importante na legislação penal. Dentre outras mudanças, foi responsável por inserir o Título VI “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” e o “Capítulo I” no Código Penal, denominado “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, o qual conferiu uma nova redação ao artigo 213:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:  
 Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.  
 § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos.  
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.  
 § 2º Se da conduta resulta morte:  
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Com a alteração, o crime passou a ser comum ou geral, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente de sexo ou gênero, incluindo transexuais, considerando tão somente que a vítima seja obrigada à prática da conjunção carnal ou a qualquer outro ato libidinoso, sob violência ou grave ameaça (MASSON, 2017, p. 13). Permitiu-se, ainda, a coautoria e a participação no crime, bem como a autoria mediata.

Ademais, conforme se infere da transcrição, o *caput* do artigo 213 contempla três condutas delitivas, as quais decorrem da regra de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça” a: i) ter conjunção carnal; ii) praticar outro ato libidinoso; iii) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Na modalidade de estupro que envolve “ter conjunção carnal”, o crime é considerado próprio ou especial, pois requer uma relação heterossexual. Segundo Nucci (2010, p. 395), para haver a consumação no caso da segunda parte do artigo mencionado, é necessário que ocorra um ato libidinoso ou que a vítima permita, mediante constrangimento, que tal ato seja praticado com ela, não sendo obrigatoriamente a conjunção carnal.

Outrossim, a Lei nº 12.015/09 acrescentou o “Capítulo II”, intitulado como “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, e tipificou, por meio do artigo 217-A, o crime de estupro de vulnerável, nos seguintes termos:

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.

O dispositivo, destinado à proteção de crianças e adolescentes de até 14 anos incompletos (*caput*), bem como de indivíduos que, devido a sua vulnerabilidade, não possuem capacidade para consentir ou resistir a atos sexuais (parágrafo primeiro), foi utilizado como instrumento para, em tese, colocar fim à discussão acerca das hipóteses de violência presumida elencadas no artigo 224 do Código Penal, pois estas “passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações” (HC 99.993/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 24.11.2009, noticiado no Informativo 569).

Para tanto, Capez (2016), citado por Paixão (2020, p. 24), considera vulnerável “qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo”. Corroborando com a leitura do artigo 217-A, caso a pessoa seja maior de 14 anos, sem enfermidade ou deficiência mental, ela ainda será considerada vulnerável se não puder oferecer resistência ao ato por qualquer outro motivo, como nos casos de pessoas em coma, sono profundo, anestesiadas ou sedadas.

Dessa forma, não se fala em presunção de violência, mas sim em vulnerabilidade decorrente do desenvolvimento físico, moral e mental incompleto dos menores de 14 anos, pois essas pessoas ainda não estão prontas para participar de atividades sexuais (MASSON, 2017, p. 61).

Trata-se, em síntese, da presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima, a qual não se admite prova em contrário. Assim, em relação aos menores de 14 anos, o artigo 217-A considera que subsistirá o crime, ainda que a vítima consinta, dada a vulnerabilidade da criança ou do adolescente.

Portanto, de forma a não incorrer em dúvida quanto ao elemento objetivo do tipo penal criado, o legislador considerou que para a consumação do crime bastaria a prática de qualquer ato libidinoso, mesmo que seja preparatório para a conjunção carnal. Quanto à prática diversa da conjunção carnal contra o vulnerável, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça que não é possível a desclassificação do delito para sua forma tentada, em razão de eventual menor gravidade da conduta<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido: REsp 1.353.575/PR, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 05.12.2013, noticiado no Informativo 533.

Assim, infere-se que o legislador buscou “proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento social” (BITENCOURT, 2014, p. 1000).

Ademais, em relação ao sujeito ativo, para a configuração do delito basta o conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos e, com ela, decida manter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso. Quanto ao sujeito passivo, eventual experiência sexual anterior da vítima ou seu relacionamento com o agressor são irrelevantes para caracterizar o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Outro importante marco na esfera jurídico-penal ocorreu em relação à ação penal nos crimes sexuais. Anteriormente, a iniciativa era privada; com a Lei nº 12.015/2009, a regra passou a ser ação pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (artigo 225 do Código Penal).

Lado outro, em que pese a existência do artigo 217-A do Código Penal, começou-se a discutir a possibilidade de relativizar a condição de vulnerabilidade da vítima, através da análise do comportamento das crianças e/ou dos adolescentes com base no “amadurecimento sexual” e na “experiência sexual pretérita”, ou até mesmo considerando os “valores culturais internalizados” e a “tradição”, de modo a desviar ou justificar a conduta criminosa.

Conforme pondera Nucci (2014, p. 141-142):

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, e ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Da mesma forma, Bitencourt (2013, p. 100) entende que se outorgou ao juiz, diante do caso concreto, “verificar 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”<sup>3</sup>.

Decerto, infere-se que o art. 217-A não foi suficiente para pôr fim ao debate sobre a possibilidade de relativização da vulnerabilidade da vítima, o que já havia sido iniciado antes da inovação legislativa, anteriormente tratada como presunção de violência.

---

<sup>3</sup> Nesse sentido: Emb Infring e de Nulidade 1.0144.11.002340-1/002, rel. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. 01/11/2016, DJe 11/11/2016; AC 1.0317.08.095646-7/001, rel. Jaubert Carneiro Jaques, 6ª Câmara Criminal, j. 05/12/2017, DJe 18/12/2017.

### **3.2. Súmula 593 do STJ e inclusão do §5º ao artigo 217-A do Código Penal pela Lei nº 13.718/18**

Em 26 de agosto de 2015, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.480.881-PI, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 918), o qual contribuiu significativamente com a discussão quanto à relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável.

O principal ponto a ser decidido questionava se o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou a existência de um relacionamento amoroso com o réu deveriam ser considerados para a configuração do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, que confere proteção aos menores de 14 anos.

Conforme consta do julgamento, o acusado de 25 anos de idade manteve relações sexuais com a vítima desde que esta tinha 11 anos, sendo os fatos confirmados pelo próprio denunciado e corroborados pelas provas orais e documentais produzidas nos autos, o que levou o Juízo de primeiro grau a condená-lo à prática do crime previsto no art. 217-A c/c art. 71, ambos do Código Penal, considerado ser irrelevante o consentimento para a caracterização do delito nessa idade, pois falta ao menor a plena capacidade de manifestação.

Em sede recursal, a 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por unanimidade, absolveu o acusado por ausência de tipicidade do delito, ao argumento de que “a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/09, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário”<sup>4</sup>.

O caso foi submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Piauí. Sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, considerou-se, em síntese, a(o): i) violação do artigo 217-A do Código Penal; ii) impropriedade da relativização do consentimento do menor; iii) inaplicabilidade do princípio da adequação social; iv) alinhamento do direito pátrio a outros diplomas penais.

Ademais, destacou que “o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu”<sup>5</sup>.

Por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal e a jurisprudência do STJ, o Tribunal da Cidadania deu provimento ao recurso especial para

---

<sup>4</sup> REsp 1.480.881/PI, rel. Rogério Schietti Cruz, 3ª S, j. 26/08/2015, DJe 10/09/2015.

<sup>5</sup> REsp 1.480.881/PI, rel. Rogério Schietti Cruz, 3ª S, j. 26/08/2015, DJe 10/09/2015.

restabelecer a sentença condenatória. A decisão, associada a outros precedentes, deu origem à Súmula 593 do STJ, em 25 de outubro de 2017, cujo enunciado dispõe 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.

Nesse cenário, o Congresso Nacional, por meio da Lei nº 13.718/18, decidiu por incorporar o entendimento pacificado pelo STJ à legislação penal, inserindo um novo parágrafo ao artigo 217-A, que repete, em parte, a conclusão da Súmula 593:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
(...)  
§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Dessa forma, a norma criminalizadora estabelece o critério etário como elemento objetivo do tipo penal, afastando os principais pontos controvertidos levantados pela doutrina para exculpar o sujeito ativo do delito através de juízo de valor sobre a vítima. A esse respeito, Rogério Greco (2024, p. 78) expõe:

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

A alteração legislativa, portanto, proporcionou maior proteção às vítimas de violência sexual ao reconhecer a gravidade e a necessidade de um tratamento mais rigoroso nos casos de exploração e abuso, em defesa da dignidade sexual e do desenvolvimento psíquico e emocional dos menores, considerados vulneráveis de forma absoluta.

## 4. ANÁLISE DE JULGADOS DE MAIOR REPERCUSSÃO

### 4.1. Relativização da vulnerabilidade da vítima nas decisões do Superior Tribunal de Justiça

Conforme exposto no capítulo anterior, a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A, redação pela Lei nº 12.015/09). Ademais, nos termos da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e do §5º do artigo 217-A, aplica-se a pena independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriores.

Contudo, verifica-se que o STJ tem reconhecido, ainda que de forma excepcional e pontual, a atipicidade material do crime de estupro vulnerável cometido contra menor de 14 anos, de acordo com o caso concreto e mediante a aplicação do *distinguishing*.

No ponto, o *distinguishing* é uma técnica processual proveniente do direito anglo-americano (natureza de *common law*) e ocorre quando “o Tribunal profere decisão que não aplica a jurisprudência da Corte, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada”<sup>6</sup>.

Assim, por um lado é um instrumento que possibilita o confronto entre o caso concreto e o caso paradigma; e de outro, permite que seja dada aplicação diversa do Direito na hipótese de se concluir que há alguma diferença entre eles (DIDIER JR.; BRAGA & OLIVEIRA, 2022).

No julgamento do AgRg no AREsp 2.405.738/MG<sup>7</sup>, por exemplo, a Quinta Turma do STJ reconheceu a atipicidade material da conduta praticada pelo acusado de 19 anos que mantinha relações sexuais com a vítima de 13 anos. No caso, o relator pontuou que se tratava de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pela família da vítima e que houve a constituição de núcleo familiar e nascimento de uma filha, de modo que a incidência de sanção penal não se revelaria adequada, necessária ou justa<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Verbetes disponíveis em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=DISTINGUISHING>>

<sup>7</sup> AgRg no AREsp 2.405.738/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 24/10/2023, DJe 30/10/2023.

<sup>8</sup> Nesse sentido, AgRg no REsp 2.019.664/CE, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 13/12/2022, DJe 19/12/2022; AgRg no REsp 2.029.009/RN, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 06/12/2022, DJe 14/12/2022; AgRg no AREsp 2.177.806/CE, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 27/09/2022, DJe 04/10/2022; AgRg no REsp 1.919.722/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 17/08/2021, DJe 20/08/2021; AgRg no HC 897.015/PA, rel. Otávio de Almeida Toledo, 6ª Turma, j. 24/09/2024, DJe 27/09/2024.

De modo semelhante, a Sexta Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 2.015.310/MG<sup>9</sup>, considerou que não houve afetação relevante do bem jurídico protegido pelo artigo 217-A a resultar punição estatal, visto que a vítima, que contava com 12 anos, passou a viver maritalmente com o acusado, de 19 anos, desde o nascimento da filha do casal.

Por sua vez, o Tribunal da Cidadania absolveu o paciente do delito previsto no artigo 217-A, sob o fundamento de que a vítima, antes de se relacionar sexualmente com o paciente, já possuía vida sexual ativa, e que eles namoravam há cerca de três anos, mantendo relações sexuais desde o início do relacionamento, não havendo emprego de violência, ameaças ou qualquer tipo de artifício por parte dele a ensejar a prática do crime de estupro<sup>10</sup>.

Ademais, a Sexta Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 2.029.697/MG<sup>11</sup>, manteve sentença de absolvição de acusado que manteve relações sexuais com adolescente de 13 anos, em razão de ter havido consentimento da menor e relacionamento amoroso entre ambos. Na fundamentação, o relator Ministro Jesuíno Rissato, desembargador convocado do TJDF, aduziu que “não se evidencia relevância social do fato a ponto de resultar a necessidade de sancionar o acusado, tendo em vista que não se identificou comportamento do réu que pudesse colocar em risco a sociedade, ou o bem jurídico protegido”.

Outra relevante decisão sobre o tema foi proferida no julgamento do REsp 1.977.165/MS<sup>12</sup>, que admitiu o *distinguishing* quanto ao Tema 918/STJ (REsp 1.480.881/PI), na hipótese em que a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostra tão distante quanto do acórdão paradigma (no caso, o réu possuía 19 anos e a vítima 12 anos), há concordância dos pais da menor, a vítima possui vontade de conviver com o réu e há nascimento de filho em comum.

Recentemente, um caso envolvendo o delito de estupro de vulnerável gerou grande repercussão midiática. No julgamento do AgRg no AREsp 2.389.611/MG<sup>13</sup>, a Quinta Turma do STJ decidiu manter a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que inocentou do crime de estupro de vulnerável um homem de 20 anos que engravidou uma menina de 12 anos.

No caso em apreço, ao contrário dos demais mencionados, considerou-se que o acusado incorreu em erro de proibição invencível, circunstância que exclui a culpabilidade. O consentimento da ofendida (registre-se, novamente, que contava com apenas 12 anos), a ciência

---

<sup>9</sup> AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, rel. Min. Jesuíno Rissato, 6ª Turma, j. 12/09/2023, DJe 21/09/2023.

<sup>10</sup> HC 772.844/MT, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 08/11/2022, DJe 21/11/2022.

<sup>11</sup> AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, rel. Min. Jesuíno Rissato, 6ª Turma, j. 14/05/2024, DJe 17/05/2024.

<sup>12</sup> REsp 1.977.165/MS, Rel. Min. Olindo Menezes, 6ª Turma, j. 16/05/2023, DJe 25/05/2023.

<sup>13</sup> AgRg no AREsp 2.389.611/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 12/03/2024, DJe 10/04/2024.

da família quanto ao relacionamento do “casal”, bem como a alegação de que o acusado desconhecia a ilicitude da conduta de se relacionar com menor de 14 anos, foram utilizados como fundamento da decisão.

Por outro lado, cabe destacar o voto divergente, proferido pela Ministra Daniela Teixeira:

Não se pode racionalmente aceitar que um homem de 20 anos tivesse relação sexual com uma menina de 12 anos. Estamos falando de uma criança agredida, com relação sexual, de onde veio uma gravidez, que é uma segunda agressão. Uma menina que tinha uma vida inteira pela frente, aos 12 anos de idade, corre sério risco de vida ao levar essa gravidez adiante. E levando, corajosamente, terrivelmente ou tragicamente, tem sua vida praticamente ceifada. É uma violência inominável e inadmissível.

Ainda, a Ministra afirmou que a aplicação da aludida tese pode resultar na “definição da responsabilidade penal do ato a partir de uma avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima, o que é inadmissível dentro da doutrina constitucional da proteção integral”. Nesse sentido, trouxe aos autos o ARESp 2.240.102/PI, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 28/02/2023:

Nesse contexto fático, incontroverso, admitir o erro de tipo implicaria assumir, na espécie e em casos similares, a legitimidade de um escrutínio nada disfarçado das vítimas do sexo feminino de crimes sexuais e reconhecer que existe um paradigma de mulher apta ao sexo, de acordo com seu aspecto físico, de seu fenótipo, e, conseqüentemente, definidor de sua idade. Importaria, outrossim, a objetificação do corpo feminino e o reconhecimento, essencialmente, da impossibilidade da contenção da libido masculina [...] (ARESp n. 2240102/PI, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/02/2023, DJe de 06/02/2023).

Por fim, esclareceu que a existência de relacionamento amoroso da vítima com o agressor não imprime consentimento da vítima, mas reforça a situação de violência vivenciada pela menor, que deve ser protegida pelo Estado até mesmo de suas vontades, tendo em vista que “pessoas em desenvolvimento, em tal faixa etária, não possuem discernimento no terreno da sexualidade, significando que o conceito penal de vulnerabilidade tem natureza absoluta e não comporta relativização”.

Ante o exposto, observa-se, em síntese, que certos argumentos utilizados para afastar a vulnerabilidade da vítima e, conseqüentemente, a imputação do crime de estupro, se repetem em tais julgados, podendo-se citar: i) o consentimento da vítima; ii) a existência de relacionamento amoroso entre o menor de 14 anos e o acusado; iii) a existência de filho proveniente da relação; iv) a concordância da família da vítima.

#### **4.2. Questionamento da abertura hermenêutica do conceito de vulnerável no crime de estupro de vulnerável e seu direcionamento misógino patriarcal**

Em 1960, o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer publicava “Verdade e Método”. A base argumentativa de sua obra estava firmada nas reflexões acerca da teoria ontológica/existencial de Heidegger, a qual apontava para a importância do contexto na interpretação do objeto que estava sendo analisado.

Para além desse pressuposto, Gadamer entendeu que o processo hermenêutico se desenvolveria a partir da “pré-compreensão”, uma vez que o intérprete, ao ter o primeiro contato com o objeto, já possuiria uma série de preconceitos, baseada em crenças e experiências individuais que levariam a definir suas particularidades.

Essa pré-compreensão do intérprete é influenciada pelo conhecimento, o qual se transforma ao longo da história humana. Considerando que a cada novo contato com o objeto amplia-se o entendimento sobre a matéria e que em caso de choque entre as ideias seria possível substituí-las por uma interpretação mais adequada, Gadamer concebe a hermenêutica como sendo uma tarefa infinita (1999, p. 78).

A partir disso, o filósofo determinou o conceito de “horizonte”, como “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto” (1999, p. 452). Nesse contexto, têm-se o horizonte histórico e presente, em que apenas por meio do processo de fusão entre eles o intérprete atingiria a verdadeira compreensão. Na dimensão de horizonte histórico, o intérprete deverá considerar o contexto histórico e social do autor no momento de produção de sua obra, de modo a “ver o passado em seu próprio ser, não a partir de nossos padrões e preconceitos contemporâneos, mas a partir de seu próprio horizonte histórico” (1999, p. 452). Já o horizonte presente trata-se do acervo fixo de opiniões e valorações do intérprete, bem como os preconceitos preestabelecidos, os quais estão em constante mudança.

Por oportuno, faz-se necessário questionar a possibilidade do questionamento hermenêutico do conceito de vulnerável no crime de estupro de vulnerável pelo julgador no momento de interpretação do caso concreto. A partir da obra de Gadamer, o intérprete da norma deverá buscar, através da fusão dos horizontes, obter uma visão ampla e superior sobre o caso concreto para atingir a compreensão, de modo a “aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos” (1999, p. 456).

Nesse cenário, para evitar iniquidades, deve-se considerar, no momento de interpretação da norma penal, o contexto histórico-social no qual a sociedade está inserida, qual seja, o

sistema patriarcal. Em síntese, conceitua-se patriarcado como sistema social caracterizado pela dominação masculina e subordinação feminina, especialmente no que tange ao poder sociopolítico. Segundo pesquisa realizada pelo Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) através do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2014, p. 4):

Por maiores que tenham sido as transformações sociais nas últimas décadas, com as mulheres ocupando os espaços públicos, o ordenamento patriarcal permanece muito presente em nossa cultura e é cotidianamente reforçado, na desvalorização de todas as características ligadas ao feminino, na violência doméstica, na aceitação da violência sexual. A família patriarcal organiza-se em torno da autoridade masculina; para manter esta autoridade e reafirmá-la, o recurso à violência – física ou psicológica – está sempre presente, seja de maneira efetiva, seja de maneira subliminar.

Com efeito, em que pese o delito previsto no art. 217-A não se tratar de crime próprio, em que se exige qualidade especial do sujeito ativo, nem mesmo estabelecer qualificação de gênero quanto ao sujeito passivo, garantindo proteção a toda e qualquer vítima, verifica-se que grande maioria das violências sexuais atingem o sexo feminino. Segundo pesquisa realizada pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2023, 88,2% das vítimas de violências sexuais são meninas e mulheres. Ademais, constata-se que entre as vítimas do sexo feminino, a taxa de vitimização chegou a 67,6 por 100 mil mulheres, seis vezes superior à média entre homens (2024, p. 165-166).

Além disso, em pesquisa realizada pelo SIPS entre os meses de maio e junho de 2013 em 3.810 entrevistados, levantada a questão: “tem mulher que é pra casar, tem mulher que é pra cama”, 34,6% dos entrevistados demonstrou total concordância, 20,3% parcial concordância, tendo apenas 26,4% manifestado total discordância (2014, p. 12). Ainda, questionados se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros, 35,3% dos entrevistados manifestaram concordância (2014, p. 23).

Esses aspectos revelam-se importantes para a compreensão da necessidade de fixação de um critério objetivo como o etário para a subsunção do fato à norma, visto que as mulheres ainda são classificadas de acordo com seu comportamento sexual, usado como justificativa para discriminar e culpabilizar vítimas de violência sexual.

Ademais, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando, ainda que indiretamente, a concepção do revogado artigo 1.520 do Código Civil de 2002, que permitia o casamento com menores de 16 anos para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal pelo agente e, também, do revogado artigo 228 do Código Penal de 1830, em que o casamento entre o réu e a vítima era hipótese de causa extintiva de punibilidade.

Outrossim, não se pode admitir que a prática sexual envolvendo menores de 14 anos seja considerada algo dentro da “normalidade social” aceitável, a fim de retirar a

responsabilização do acusado. É importante, ainda, mencionar que a aprovação do relacionamento entre abusador e vítima por sua família não deve ser considerado como elemento para eximir a culpa do agente, tendo em vista que nada interfere para a configuração do delito ou para afastar a vulnerabilidade da vítima, servindo de argumento para legitimar o abuso.

Desse modo, o *distinguishing* realizado pelos julgadores no momento de aplicação da lei em casos concretos pode acarretar em decisões limitadas à pré-compreensão do julgador, que ao considerar a análise das características pessoais da vítima, como corpo desenvolvido ou a prática de relações sexuais pretéritas, afasta-se do exame do horizonte histórico e ignora o contexto social a qual ela se encontra inserida, justificando a violência sexual e promovendo objetificação e sexualização do corpo feminino, atropelando sua condição biológica de menor de 14 anos e o princípio da proteção integral à criança.

Consequentemente, legitima-se a impossibilidade da contenção da libido masculina, fundamentado no discurso de que “o homem não consegue controlar seus impulsos, especialmente os sexuais, sendo uma das justificativas para a prática de estupros” (SANTOS; BUSSINGUER, 2017, p. 3).

Neste passo, verifica-se que a intenção do legislador é conferir proteção às crianças e adolescentes, reconhecendo que não há plena disponibilidade do exercício da liberdade sexual, em razão do desenvolvimento físico e psicológico incompleto dos menores de 14 e dos encadeamentos da atividade sexual precoce. Nesse sentido, realizou-se um estudo para identificação dos aspectos da atividade sexual precoce, em que conclui-se que:

As implicações da sexarca precoce se referem ao maior risco de relações sexuais desprotegidas e uso inconsistente de métodos anticoncepcionais e, como consequência, aumento da incidência de gravidez não planejada e DSTs, risco aumentado para arrependimento, depressão e ideação suicida. Diante disso, fica evidente a necessidade de medidas que visam postergar a iniciação sexual, reduzir os relacionamentos sexuais transitórios com múltiplos parceiros e a promoção do sexo seguro pelo uso consistente do preservativo. Essas iniciativas devem ser complementadas com medidas de prevenção da violência sexual (LARA; ABDO, 2015, p. 201).

Assim, a fixação de um critério objetivo como o etário garante a proteção integral das vítimas, que em sua maioria são meninas, eliminando, enfim, análises infundadas acerca do comportamento da vítima, características pessoais, experiência sexual anterior e eventual existência de relacionamento amoroso com o agente, considerando "não somente ao que o outro procura dizer, mas também à sua posição" (GADAMER, 1999, p. 453), de modo a evitar que a pré-compreensão do julgador, a partir da avaliação subjetiva sem recorte de gênero, reforce ideais misóginos e patriarcais, que necessitam ser superados.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante as recentes decisões proferidas pelo Tribunal Superior de Justiça, que vem afastando a aplicação do parágrafo 5º do artigo 217-A do Código Penal e do entendimento firmado pela Súmula 593 do STJ no contexto do crime de estupro de vulnerável cometido contra menores de 14 anos, o presente estudo buscou compreender se seria possível relativizar o conceito de vulnerabilidade invocado pelo artigo 217-A do Código Penal.

Nesse sentido, o estudo perpassou pelas mudanças legislativas quanto ao crime de estupro que ocorreram ao longo do tempo no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange ao crime de estupro praticado contra menor de 14 anos, tendo sido eleito como marco divisor da análise a Lei nº 12.015/09.

Inicialmente, o Código Penal de 1940 adotava a presunção de violência no caso de relações sexuais com vítima que não fosse maior de 14 anos. Contudo, isso foi superado com a edição da Lei nº 12.015/09, quando se adotou o instituto da vulnerabilidade.

Contudo, durante o trabalho, foi possível verificar que, em que pese a tipificação da conduta de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos pelo artigo 217-A do Código Penal e pacificação do entendimento quanto a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima, o conceito de vulnerável tem sido relativizado pelo Tribunal, que partindo de pressupostos subjetivos, afasta a vulnerabilidade das vítimas, estabelecendo uma excepcionalidade em determinados casos.

Desse modo, após a análise acerca da construção da norma penal, observando a intenção do legislador e o bem jurídico tutelado, foi possível realizar uma análise quanto ao questionamento hermenêutico do conceito de vulnerável a partir da obra de Gadamer, apresentando os conceitos de “horizonte presente” e “horizonte histórico”, os quais deverão ser combinados para que o intérprete atinja a verdadeira compreensão. Logo, é função do intérprete, no momento de subsunção do fato à norma, considerar o contexto histórico social no qual ela foi produzida, para evitar a emissão de decisões limitadas à pré-compreensão.

A partir desse estudo, depreende-se que a relativização da vulnerabilidade da vítima através do *distinguishing* pode levar o intérprete a reforçar convicções misóginas e patriarcais, caso esse não leve em consideração o contexto histórico social no qual a sociedade se encontra inserida, confrontando o princípio de proteção integral expressamente conferida às crianças e adolescentes e ratificando a violência sexual praticada pelo agente em detrimento das vítimas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Veridiane. **Evolução Histórica da tutela à Liberdade Sexual no Ordenamento Jurídico Brasileira.** Jusbrasil, 2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/evolucao-historica-da-tutela-a-liberdade-sexual-no-ordenamento-juridico-brasileira/1983551190>>. Acesso em: 27 maio 2024.

**Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2024.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024. ISSN 1983-7364. Disponível em: <<https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>>. Acesso em 25 out. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: parte especial - Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012, São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial - Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CAVALCANTE, Carolina Pereira. **Estupro e presunção de violência para menor de catorze anos.** Monografia (graduação em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

DEODATO, Luana Pinheiro de Paiva. **Da ação penal no delito de estupro: alterações advindas com a lei 12.015/09 e suas consequências jurídicas.** 2010, Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, 2010. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/13931/LUANA%20PINHEIRO%20DE%20PAIVA%20DEODATO%20-%20TCC%20DIREITO%202010.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Processo Civil : 2 : Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 17. ed., rev., atual., ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

DÓRIA, Pedro. **Um estupro no Brasil Colônia.** Medium, 2016. Disponível em: ><https://medium.com/@PedroDoria/um-estupro-no-brasil-col%C3%B4nia-91f2db82fba9><. Acesso em: 26 maio 2024.

FARIAS, Vanessa Souza. **O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4007, 21 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29641>. Acesso em: 2 set. 2024.

FREITAS, Jayme Walmer. **Estupro de vulnerável: o ideal, o real e o pragmatismo jurídico.** *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 17, nº 43, p. 53-67, abril-junho/2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2011. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/crimes-contr-a-dignidade-sexual/121819865>>. Acesso em 29 set. 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: artigos 213 a 361 do Código Penal**. 21. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. 904 p.; 24 cm. (Curso de Direito Penal; 3).

IPEA. **Violência contra as mulheres: uma análise da situação e das políticas públicas**. Brasília, 2014. Disponível em: <[https://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327\\_sips\\_violencia\\_mulheres.pdf](https://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2024.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte especial**, v. 03. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KÜHL, Franciele Leticia; OLIVEIRA, Vanderli Peixoto de. **Divergências entre o entendimento da presunção relativa ou absoluta do crime de estupro de vulnerável**. **Revista Científica do UniRios** 2020.2. v. 14 n. 28 (2020): RIOS - Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco. Disponível em: <<https://www.publicacoes.unirios.edu.br/index.php/revistarios/article/view/113>>. Acesso em: 05 set. 2024.

LARA, Lúcia Alves da Silva; ABDO, Carmita Helena Najjar. **Aspectos da atividade sexual precoce**. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 37, n. 5, p. 199–202, maio 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbgo/a/vmgqzWKSWMJpDJghbWYjNxf/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 25 out. 2024.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual**. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, vol. 68, junho/julho, 2011, Porto Alegre, pp. 07-24. Disponível em: <<http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-penal/pdf/artigo-direito-penal-vol1-2.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2024.

MASSON, Cleber. **Direito Penal - Parte Especial: Dos crimes contra a dignidade sexual**, v. 03. São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09**. 2010. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=Antes%20da%20Lei%2012.015%2F09,uma%20especial%20qualidade%20de%20fato>. Acesso em 24 maio 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIXÃO, Suelane Ramos. **Estupro de vulnerável a luz da lei 12.015/09**. Monografia (Bacharel em Direito), Faculdade Vale do Cricaré. São Mateus, 2020.

SANTOS, Renata Bravo dos; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A cultura do estupro e o poder disciplinar nos corpos femininos na perspectiva foucaultiana**. Anais do Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress, Florianópolis, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/PGJMG.PC-157013/Downloads/A%20CULTURA%20DO%20ESTUPRO%20E%20O%20PODER%20DISCIPLINAR%20NOS%20CORPOS%20(1).pdf>. Acesso em: 25 out. 2024.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, 2004.