

SÚMULA 593 DO STJ E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

SUMMARY 593 OF THE STJ AND THE PRINCIPLE OF INTEGRAL PROTECTION

Caroline Gabriel de Carvalho¹

RESUMO: O artigo tem por finalidade analisar a súmula 593 do STJ que estabelece parâmetros esclarecedores acerca do crime de estupro de vulnerável e a sua relação com o princípio magno do Direito da Criança e do Adolescente, o Princípio da Proteção Integral.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro de vulnerável. Direito da Criança e do Adolescente. Proteção Integral.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the summary 593 of the STJ that establishes explanatory parameters about the crime of rape of vulnerable and its relation with the grand principle of the Law of the Child and the Adolescent, the Principle of Integral Protection.

KEYWORDS: Vulnerable rape. Child and Adolescent Law. Integral Protection.

INTRODUÇÃO

O direito da criança e do adolescente é, da forma como hoje se apresenta, muito jovem e a sua aplicabilidade ao caso concreto, bem como a doutrina e a legislação pertinentes, pautados em dois grandes princípios: Absoluta Prioridade e Proteção Integral. Tais princípios regem toda a sistemática protetiva e tem por finalidade a proteção da criança e do adolescente em todos os âmbitos, haja vista a interdisciplinaridade do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A criança e o adolescente menor de 14 anos é o sujeito passivo do crime de Estupro de Vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal, tipo penal inserido no ordenamento jurídico em 2009 através da lei 12.015 tipificando como crime a prática de atos libidinosos com menor de 14 anos.

O presente trabalho se dedica à análise histórica do direito da criança e do adolescente com o objetivo de esclarecer o caminho percorrido até o momento atual, amparado pelo Princípio da Proteção Integral, faz uma análise do crime de estupro de

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia

vulnerável, a previsão pré lei 12.015/2009, análise jurisprudencial e os diversos posicionamentos dos tribunais acerca da vulnerabilidade e, enfim, análise da súmula 593 do STJ e o que a mesma representa em relação ao Princípio da Proteção Integral.

1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

É recente o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeito de direitos. Por muito tempo, as questões relacionadas à criança e ao adolescente foram indiferentes no direito brasileiro. Nada se falava nem sobre punição, tampouco sobre proteção.

O primeiro documento legislativo tratar da questão foi o Código Criminal de 1830, que em seu artigo 10 estabelecia que os menores de 14 anos não seriam julgados como criminosos e no artigo 13 previa que, no caso de menores de 14 anos que cometeram crimes e, desde que comprovada que os mesmos agiram com discernimento, seriam recolhidos à casa de correção por período determinado pelo juiz sem que esse recolhimento ultrapassasse a idade de 17 anos. Nota-se que a questão protetiva ainda não tinha espaço na legislação e as crianças e adolescente não eram tidos como sujeitos de direitos.

Em 1871, a promulgação da Lei do Ventre Livre trouxe avanço na luta pelo fim da escravidão, mas também teve caráter protetivo, visto que previa que os filhos da mulher escrava nascidos após a promulgação da referida lei eram considerados livres.

O código penal de 1890 trouxe previsão semelhante ao de 1830, haja vista que proibia punição de menores de 9 anos e daqueles que, entre 9 e 14 anos agiam sem discernimento. Em seu artigo 30 previa que os maiores de 9 anos e menores de 14 que agiam com discernimento seriam recolhidos a estabelecimentos industriais por tempo determinado pelo juiz e sem ultrapassar a idade de 17 anos. O referido código é, ainda que em pequeno grau, mais protetivo que o de 1830, haja vista que proibia, em qualquer hipótese a punição de menor de 9 anos, previsão não encontrada no código anterior.

Em 1927 é publicado o Código Mello de Matos, primeira legislação destinada a regulamentar a situação dos menores. No entanto, o código se dedicava a tratar da questão dos menores abandonados ou delinquentes mas na leitura do seu texto não se observam indícios de uma política protetiva e de respeito aos direitos dos menores.

O Código Penal de 1940 estabeleceu a idade de 18 anos como referência para a maioridade penal, um avanço na tratativa do tema em questão haja vista que para os antigos códigos pouco diferenciavam os delinquentes adultos dos juvenis.

Em 1979, a promulgação do Código de Menores² foi a expressão máxima da Doutrina da Situação Irregular, na qual, o foco de atuação são os menores que o próprio código denomina de “em situação irregular” e prevê medidas igualitárias para os menores na referida situação. O código de menores assim definia os menores em situação irregular:

Art. 2º Para os efeitos deste Código considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Não há individualização da medida a ser aplicada, tampouco se encontra um fundo ideológico baseado na proteção. A base do Código de 1979 é, apenas, a regularização da situação do menor.

A promulgação da Constituição de 1988 seguida, cronológico e ideologicamente do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, inaugurou a era da Proteção Integral, tratada adiante em tópico próprio, e da absoluta prioridade. O caput do artigo 227 da Constituição Federal³ trata expressamente do princípio da absoluta prioridade e considera a criança e o adolescente sujeito de direitos. Nos seguintes termos:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

² BRASIL. Decreto nº 17.943-A. Código dos Menores. Rio de Janeiro, RJ, 12 de Outubro de 1927.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 5 out. 1988.

O princípio da absoluta prioridade é, ao lado do princípio da proteção, base princípio lógica do novo direito da criança e do adolescente. Segundo as alíneas do artigo 4º do ECA a absoluta prioridade compreende: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Por sua vez, a proteção integral, citada no primeiro artigo do ECA, tema central do presente trabalho, é a base princípio lógica de toda moderna legislação sobre crianças e adolescentes norteando todo o código nos seus mais diversos títulos, tais como: direito à vida e saúde; direito à convivência familiar e comunitária e atos e infrações administrativas. Dada a importância do referido princípio e da centralidade do mesmo no tema do presente trabalho, o próximo tópico será dedicado à explanação do mesmo.

2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O princípio da proteção integral é o centro do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que no primeiro artigo o ECA afirma⁴: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. A proteção integral deve reger todos os assuntos relacionados à criança e ao adolescente, seja saúde, educação ou os assuntos relacionados diretamente às questões jurídicas. O profissional do direito em todas as atividades que envolvam os menores deve procurar a solução que garanta que os direitos destes estejam garantidos e totalmente protegidos.

Roberto João Elias⁵ na obra *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, ao tratar da doutrina da proteção integral em comparação à doutrina da situação irregular, afirma:

Diferentemente do Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10-10-1979), revogado expressamente pelo art. 267 do Estatuto da Criança e do Adolescente, este diploma legal não se restringe ao menor em situação irregular, mas tem por objetivo a proteção integral à criança e ao adolescente. Agora, além de se responsabilizar os pais ou responsáveis pela

⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Câmara dos Deputados. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **DOU** de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

⁵ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://www.delegados.com.br/juridico/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>>. Acesso em 6 abr. 2018.

situação irregular do menor, outorga-se a este uma série infindável de direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento. Antes, a intervenção do Estado na esfera familiar ocorria quando esta falhava na assistência que deveria prestar ao menor. Embora isso ainda possa ocorrer, agora também o Estado pode ser demandado se não prestar ao menor aquilo que lhe é devido na área da saúde e da educação, principalmente. Enfim, com o Estatuto, o menor torna-se sujeito de muitos direitos que não lhe eram conferidos por nosso ordenamento jurídico.

Francismar Lamenza⁶ na obra “Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado” também fala da importância da Doutrina da Proteção Integral, nas seguintes palavras:

O paradigma da proteção integral dos infantes e jovens é estabelecido em uma tomada de atitudes positivas, amplas e irrestritas por todos os envolvidos nesse processo ligado intimamente à vida das crianças e dos adolescentes, de modo que não se excluam quaisquer gestos tendentes a assegurar seus direitos fundamentais.

Guilherme Freires de Melo Barros⁷ na obra em que traz comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, acerca da doutrina da proteção integral, afirma:

É fundamental a compreensão do caráter principiológico adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A lei tem o objetivo de tutelar a criança e o adolescente de forma ampla, não se limitando apenas a tratar de medidas repressivas contra seus atos infracionais. Pelo contrário, o Estatuto dispõe sobre direitos infanto-juvenis, formas de auxiliar sua família, tipificação de crimes praticados contra crianças e adolescentes, infrações administrativas, tutela coletiva etc. Enfim, por proteção integral deve-se compreender um com junto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente.

É notável a importância do princípio da proteção integral e o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direito, que devem ser protegidos de forma ampla e a atuação em questões que envolvam os seus direitos deve visar a sua proteção de forma ampla.

3 CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 DEFINIÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA

⁷ BARROS, Guilherme Freire de. **Sinopses para concursos : Direito da criança e do adolescente (ECA)**. v. 35. Salvador: Juspodivm, 2017.

O crime de estupro de vulnerável é figura típica recente em nosso ordenamento jurídico. Por muito tempo, os crimes sexuais estavam incluídos em um título do Código Penal denominado de “Dos crimes contra os costumes”. A Lei 12015/09⁸ alterou o título para “Dos crimes contra a dignidade sexual” e alterou a redação de alguns artigos além de incluir alguns, entre estes, o artigo 217-A que prevê o crime de estupro de vulnerável e tem a seguinte redação:

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 professor Damásio de Jesus⁹ trata o referido crime como “ a realização de qualquer ato libidinoso (contato sexual tendente à satisfação da lascívia), consensual ou não, com pessoa em situação de vulnerabilidade”. Nota-se, que não há a necessidade de cópula vaginal nem de prática através de violência para configurar a prática do crime.

Antes do advento da lei 12015/09 o ato libidinoso, estupro ou atentado violento ao pudor, praticado com menor de 14 anos se enquadraria na previsão do antigo artigo 224 do Código Penal que tinha a seguinte redação:

Presunção de violência

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 nova lei unificou as condutas previstas nos antigos artigos 213 e 214 do Código Penal e, quando praticadas contra menores de 14 anos, resulta na prática do crime de estupro de vulnerável. Trata-se, portanto, de aplicação do princípio da continuidade normativa, isto porque, antes da Lei 12015/09 a prática de estupro ou conjunção carnal tendo como vítima o

⁸ BRASIL. Lei 12015/09. 7 ago. 2009, Brasília, DF

⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

menor de 14 anos a violência seria presumida e com o advento da nova lei a mesma prática se enquadra em outro tipo penal, mantendo-se, no entanto, a reprovabilidade da mesma.

A questão da presunção da violência ou da vulnerabilidade ocuparam divergentes posições jurisprudenciais ao longo dos anos, razão pela qual, passa-se a análise das jurisprudências acerca do tema ao longo dos anos até a publicação da súmula 593 do STJ.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Com a previsão do antigo artigo 224 era grande a margem para divergências, haja vista que o termo “violência presumida” continha um grau de subjetividade que era explorado e gerava questionamentos acerca do consentimento da vítima. Tal divergência é confirmada analisando-se as três posições existentes, antes do advento da lei 120115/2009, acerca da presunção de violência, cujo objeto principal do questionamento consistia em determinar se a presunção da violência era absoluta ou relativa.

Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo¹⁰, em obra sobre a parte especial de Direito Penal, ao tratar do estupro de vulnerável, tratam dos três posicionamentos divergentes acerca da presunção de violência ser absoluta ou relativa no caso de a vítima ser menor de 14 anos, quais sejam: Para a primeira posição, mantida pelo STF e pela 3ª Seção do STJ, a presunção de violência devia ser entendida como absoluta, não acatando quaisquer argumentos tendentes a afastar a presunção de vulnerabilidade do menor. Cito julgado do STF elucidativo sobre o posicionamento:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal, tem natureza absoluta, entendendo-se, por conseguinte, que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp: 857550 RS 2006/0133178-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 14/08/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.09.2007 p. 362)

¹⁰ SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Sinopses para concursos: direito penal – parte especial**. 2 v. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Havia ainda uma segunda orientação, segundo a qual, a presunção de violência era relativa e poderia ser excluída nos casos de prostituição, criança corrompida e vítima com vida sexual ativa. Vários julgados apresentavam esse posicionamento, a exemplo dos seguintes:

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - ABSOLVIÇÃO - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - PRESUNÇÃO RELATIVA - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO - MENOR COM DISCERNIMENTO EM MATÉRIA SEXUAL - CASO CONCRETO QUE DEMONSTRA QUE A MENOR NÃO FOI ILUDIDA E CONSENTIU COM A PRÁTICA DO ATO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1- A presunção de violência prevista no artigo 224, a do Código Penal, é relativa, não prevalecendo diante de prova em contrário. 2- Não pratica o crime de atentado violento ao pudor com violência presumida o homem que, embora pratique atos libinosos com menor de 14 anos, a vítima consentiu com a prática de tais atos e possui discernimento em matéria sexual.

(TJ-PR - ACR: 4660017 PR 0466001-7, Relator: Marcus Vinicius de Lacerda Costa, Data de Julgamento: 13/08/2009, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 211)

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA - AQUIESCÊNCIA DA VÍTIMA NA PRÁTICA DO ATO SEXUAL - VÍTIMA COM POSTURA INCOMPATÍVEL COM A PROTEÇÃO LEGAL - NÃO-OCORRÊNCIA DA PREVISÃO DO ART. 224, A, DO CÓDIGO PENAL - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - RECURSO PROVIDO.

(TJ-MS - ACR: 31491 MS 2007.031491-7, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 25/08/2008, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 17/09/2008)

Mesmo após a mudança legislativa em questão o pensamento acerca da relatividade da presunção da violência foi aplicado.

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO. VÍTIMAS MENORES DE 14 (CATORZE) ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA (ART. 224, A, CP). NATUREZA RELATIVA. ABSOLVIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS A INDICAR QUE AS VÍTIMAS TINHAM ENTENDIMENTO SOBRE RELAÇÃO SEXUAL. CONSENTIMENTO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Os elementos de convicção existentes nos autos apontam para a ocorrência de relações sexuais consentidas entre jovens de 20 (vinte) e 13 (treze) anos de idade. 2. A caracterização de violência presumida no crime de estupro, não depende somente de a vítima ser menor de 14 (catorze) anos, mas, ainda ser inexperiente a respeito de sexo.

(TJ-RN - ACR: 14962 RN 2011.001496-2, Relator: Desª. Maria Zeneide Bezerra, Data de Julgamento: 15/09/2011, Câmara Criminal).

Uma terceira e minoritária corrente segundo a qual o menor entre 12 e 14 anos é possuidor de discernimento, não devendo se falar em violência presumida. Nesse sentido, segue jurisprudência elucidativa, trazida como exemplo, também, por Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo¹¹:

ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência. 2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória. 3. Ordem concedida.

(STJ - HC: 88664 GO 2007/0187687-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 23/06/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 08/09/2009).

Com a mudança legislativa, em 2009, supunha-se que a controvérsia havia sido dirimida, haja vista, que com a criação do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, o critério para a definição da vulnerabilidade passou a ser objetivo. No entanto, a controvérsia acerca da presunção de violência transferiu-se para a questão acerca da vulnerabilidade, se a mesma é absoluta ou relativa. Dessa forma, a jurisprudência continuou a divergir. A primeira corrente apresenta o entendimento que o menor de 14 anos é vulnerável e que essa vulnerabilidade é absoluta. Nesse sentido, o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO. VULNERABILIDADE PRESUMIDA. VIAS DE FATO. DESNECESSIDADE DE EXAME DE CORPO DE DELITO. OUTROS MEIOS DE PROVA. DOSIMETRIA. 1. Não se pode falar em consentimento para afastar a condenação, pois o artigo 217-A do Código Penal presume a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos, motivo pelo qual o consentimento é irrelevante para a caracterização do delito. 2. O laudo de exame de corpo de delito não é o único meio passível de comprovação da ocorrência da contravenção de vias de fato, principalmente porque, na maioria dos casos, não existem vestígios, o que enseja a possibilidade de comprovação por outros meios de prova. 3. Considerando que o juízo a quo, na fase da dosimetria da pena, analisou corretamente as três fases, atribuindo circunstâncias desfavoráveis ao réu em razão dos fatos

¹¹ SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Sinopses para concursos: direito penal – parte especial**. 2 v. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ocorridos, não existem motivos suficientes para modificar a r. sentença nesse ponto. 4. Apelação conhecida e desprovida. Unânime.

Uma outra corrente jurisprudencial defende que a questão da vulnerabilidade pode ser afastada caso ficasse comprovado que o menor de 14 anos apresentou consentimento, nesse sentido:

(TJ-DF - APR: 20131010065249, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 11/06/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/07/2015 . Pág.: 237)

Apelação criminal ministerial. Estupro de vulnerável. Fato praticado na vigência da lei 12.015/09. Vulnerabilidade absoluta. Inocorrência. Consentimento da vítima (doze anos de idade) que demonstra maturidade e discernimento sexual. Atipicidade material configurada. Absolvição mantida. A edição da lei 12.015/09, que criou o tipo autônomo do estupro de vulnerável, não encerrou o debate sobre a relativização da antiga presunção de violência inserta no revogado art. 224, ?a?, do CP. O artigo 217-A do CP tão somente incorporou em sua norma a antiga violência presumida ao estabelecer como elemento objetivo cronológico a idade menor que 14 anos, agora sob a letra da vulnerabilidade, de sorte que, doravante, a análise a ser feita não é mais sobre a relativização presunção da violência, senão da relativização da vulnerabilidade. A vítima, menor de quatorze e maior de doze anos de idade, que comprovadamente possuía discernimento e determinação suficiente da prática dos atos sexuais, e o agente que com ela se envolve, mantendo enlace amoroso, age fora do âmbito de proteção da norma do art. 217-A do CP, não configurando a espécie de tipicidade penal material. Recurso não provido. Absolvição mantida.

(TJ-RO - APL: 00047449220098220015 RO 0004744-92.2009.822.0015, Relator: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno, Data de Julgamento: 11/07/2012, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 23/07/2012.)

A anterior experiência sexual do menor e a existência de relacionamento afetivo entre as partes também são citados em jurisprudência como aptos a afastar a vulnerabilidade.

É importante falar, ainda que resumidamente, da Exceção de Romeu e Julieta, tese defensiva muito encontrada nas pesquisas jurisprudenciais, segundo a qual, havendo uma diferença de idade muito pequena entre vítima e autor do fato, deveria haver uma flexibilização e o eventual ato praticado não deveria ser considerado estupro. A tese, ainda não foi pacificada podendo ser encontrados julgados que a acatam e que a rejeitam.

Importante também tratar do “estupro bilateral”, caso no qual adolescentes menores de 14 anos praticam ato libidinoso, nesse caso, estariam ambos praticando ato infracional equivalente ao estupro de vulnerável. Nesse caso, a jurisprudência, em maior parte, tem aceitado a Exceção de Romeu e Julieta, como no caso a seguir transcrito:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ESTUPRO DE VULNERÁVEL

(ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. DESCABIMENTO, não pode ser responsabilizado pelo ato infracional em análise, pois manteve relação sexual com adolescente que contava com 13 anos, com o consentimento da jovem e de sua família, na vigência de uma relação de namoro. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível Nº 70041527367, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 19/10/2011)

(TJ-RS - AC: 70041527367 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 19/10/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/10/2011).

Observa-se que, a despeito da mudança legislativa e a criação do tipo penal denominado “Estupro de Vulnerável”, a questão acerca da vulnerabilidade não foi pacificada. Ademais, questões acerca de anterior experiência sexual da vítima, consentimento da vítima ou relacionamento amoroso entre o agente e a vítima, continuavam influenciando o julgamento do crime de estupro de vulnerável. A recente jurisprudência do STJ foi tomando um rumo que culminou na publicação da súmula 593, tratada no tópico seguinte.

4 SÚMULA 593 DO STJ

Em Novembro de 2017 o STJ publicou a súmula 593¹² de seguinte teor:

Súmula 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. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

A publicação da súmula deixou claro o entendimento do STJ acerca da vulnerabilidade e, ainda, elencou os principais argumentos que relativizavam a vulnerabilidade e os excluiu expressamente dos motivos que poderiam ensejar a exclusão da tipicidade. Apesar de não possuir teor obrigatório deve servir de referência aos julgados posteriores à publicação da mesma. Ademais, o STJ ao publicar a referida súmula o STJ publicou uma quantidade considerável de julgados e os elencou como precedentes, mostrando que, ao seu entender, a vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta e, nenhum dos argumentos nela elencados, deve ser usado com a finalidade de afastar a punibilidade.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 25 out. 2017. DJE 6 nov. 2017.

CONCLUSÃO

O princípio da proteção integral rege toda a política de proteção e assistência ao menor e é orientador da atuação judicial no que se refere aos direitos da criança e do adolescente. A edição da súmula 593 do STJ representou avanço na proteção dos sujeitos passivos do referido crime, haja vista, que interpreta o Artigo 217-A do Código Penal e tem função protetiva aos direitos fundamentais dos menores de 14 anos, posicionando-se contrariamente a argumentos que, apesar de repetidos socialmente, não se coadunam com a atual fase dos direitos das crianças e dos adolescentes e ferem a dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição de 1988.

A súmula é, claramente, um reflexo da aplicação do princípio da proteção integral, entendendo o menor de 14 anos como absolutamente vulnerável sexualmente e o direito à dignidade sexual como indisponível. Sendo assim, não pode o consentimento da vítima, anterior experiência sexual ou existência de relacionamento amoroso serem considerados aptos a afastar a punibilidade ou servir para diminuir a pena base do autor do fato, no crime do art. 217-A do Código Penal.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de. **Leis especiais para concursos – ECA**. v. 2, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROS, Guilherme Freire de. **Sinopses para concursos – Direito da criança e do adolescente (ECA)**. v. 35. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 25 out. 2017. DJE 6 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 5 out. 1988. Brasília, DF.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A. **Código dos Menores**. Rio de Janeiro, RJ, 12 de Outubro de 1927.

BRASIL. Decreto Nº 847. Código Penal de 1890. Rio de Janeiro, 11 out. 1890.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Câmara dos Deputados. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **DOU** de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

BRAYNE, Yan Rêgo. **Exceção de Romeu e Julieta versus Súmula 595 do STJ**.

CASTRO, Leonardo. **Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável**. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em 12 de Abr. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estupro de Vulnerável**. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/11/sc3bamula-593-stj.pdf>>. Acesso em 12 de Abril de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Súmula 593 do STJ: Estupro de vulnerável, consentimento, experiência sexual e relacionamento amoroso- 2017-** Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/25/sumula-593-stj-estupro-de-vulneravel-consentimento-experiencia-sexual-e-relacionamento-amoroso/>>. Acesso em 12 out. 2018.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://www.delegados.com.br/juridico/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>>. Acesso em 6 abr. 2018.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Cristiana Campos Mamede. **Proteção e direitos da criança e do adolescente**. Consultor Jurídico. 8 abr. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-abr-08/doutrina-protecao-integral-direitos-crianca-adolescente>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

NOGUEIRA, Wesley. **Princípio da proteção integral da criança e do adolescente**. Jusbrasil, 21 set. 2014. Disponível em: <<https://wgomes92.jusbrasil.com.br/artigos/140564425/principio-da-protecao-integral-da-crianca-e-do-adolescente>>.

OLIVEIRA, Thalissa Corrêa de. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em <http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_24.pdf>. Acesso em 6 de Abril de 2018.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Sinopses para concursos: direito penal – parte especial**. 2. v. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.