

LADISLAURA DOS SANTOS DIAS

**O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: presunção
de vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos**

LADISLAURA DOS SANTOS DIAS

CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: presunção de vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação de Curso Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador (a): Prof. Dr. Fabiano Thales de Paula Lima

João Monlevade

2016

LADISLAURA DOS SANTOS DIAS

CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: presunção de vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, em 2016.

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2016 .

.....
Fabiano Thales de Paula Lima
Prof. Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Profª TCC II

.....
Filipy Pereira Bicalho
Prof. Avaliador

.....
Francisco Henrique Otoni de Barros
Prof. Avaliador

Dedico este trabalho a todos os que sempre me ampararam, em especial aos meus pais Leomy Ferreira de Oliveira (*in memoriam*) e Angélica Pinto Coelho Oliveira. Ao professor Dr. Fabiano Thales de Paula Lima. À minha família e amigos que contribuíram direta ou indiretamente neste trabalho, em especial aos amigos da Secretária da Segunda Vara Cível do Fórum da Comarca de João Monlevade e todos os amigos do Curso de Direito, pelo apoio e colaboração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus. Em segundo lugar agradeço a todas as pessoas que diretamente ou indiretamente, contribuíram para a construção dos meus valores: minha mãe e a todos os mestres, nobres sábios, que compartilharam um pouco do que sabem comigo e com os meus amigos nesta vida acadêmica. Não vou deixar de agradecer a compreensão de pessoas especiais, quando minha presença não foi possível e quando minha preocupação e atenção pareciam se voltar exclusivamente para este trabalho, obrigada Érika, obrigada Ana Paula, obrigada Mãe, enfim, obrigada família. Agradeço aos meus mestres e amigos Dr. Felipe e Dr^a. Renata Martins pela dedicação e paciência que tiveram comigo no desenvolvimento deste trabalho. Ao amigo e orientador, Prof. Dr. Fabiano Thales de Paula Lima o meu mais sincero agradecimento.

**Eu entendo vocês.
E quando não entendo.
Eu aceito vocês.
Mas acima de tudo eu respeito vocês.**

**Dr. Carlos Eduardo Àvila Couto
(Prof. Núcleo Jurídico - Doctum/João Monlevade)**

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a relativização do estado de vulnerabilidade da possível vítima maior de 12 e menor de 14 anos de idade, prevista no art. 217-A do Código Penal vigente, diferenciando cada uma delas, bem como, as particularidades do caso concreto, a fim de se evitar possível responsabilidade penal objetiva, diante dos princípios constitucionais consagrados.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Vítima. Relativização.

ABSTRACT

This article aims to analyze the vulnerability state of a possible victim, older than 12 years old and younger than 14 years old, mentioned in the Brazilian Criminal Code (217-A), differentiating each one, as well as the particularities of the recorded case to avoid criminal responsibility, focusing the established constitutional principles.

Keywords: Vulnerability. Victim. Relativization.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 Crianças dançando funk em festa na rua.....	33
Figura 2 Crianças de 12 anos dançando funk na escola.....	33
Figura 3 Das meninas dançando funk.....	33

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ECA Estatuto da Criança e do Adolescente.

STJ Superior Tribunal de Justiça.

TJ Tribunal de Justiça.

STF Supremo Tribunal Federal

CP Código Penal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	PRINCÍPIOS CORRELATOS AO TEMA.....	14
2.1	Da Legalidade.....	14
2.2	Da Dignidade da Pessoa Humana.....	14
2.3	Do Contraditório e da Ampla Defesa.....	15
2.4	Da Presunção de Inocência.....	16
2.5	Da Intervenção Mínima.....	17
2.6	Da Adequação Social.....	18
3	DESENVOLVIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	20
3.1	A historicidade e a evolução do delito de estupro.....	20
3.2	Estupro de vulnerável e os menores de 14 anos.....	22
3.3	Estupro de vulnerável classificado como crime hediondo.....	27
4	A PROBLEMÁTICA QUANTO À RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E CARÁ- TER “IURIS TANTUM” VERSUS O CARATER “IURIS ET DE IURE”	29
5	TEORIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	42
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
	REFERÊNCIAS.....	47
	ANEXO A - DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	49
	ANEXO B - STJ TERÁ POSIÇÃO DEFINITIVA SOBRE CONSENTIMENTO EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	80

1 INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem como objetivo de pesquisa demonstrar que uma criança ou adolescente, menor de 14 anos, ao realizar conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com um adulto, nem sempre deverá ser considerada uma “vítima de estupro de vulnerável”, já que em determinadas situações tem entendimento e maturidade suficiente para praticar o ato sexual de maneira saudável e consciente.

Parte da doutrina admite a possível relativização do conceito de vulnerável, em especial, no que diz respeito ao menor de 14 anos, vez que, subentendesse que, esse pode possuir maturidade suficiente para praticar o ato sexual de maneira saudável.

Tal discussão quanto à capacidade de compreensão da vítima é de suma importância, porque, o consentimento, justifica-se, por si só, de forma válida, inutilizando o caráter criminoso da conduta, ressalvando-se que, essa possibilidade, no caso, relativa, há que ser analisada conjuntamente com o caso concreto, devendo-se levar em conta os ensinamentos sexuais da atualidade, ou seja, o desenvolvimento sexual/social e a sua publicização, visto que, o que o âmbito familiar tenta resguardar é a proteção à boa formação da personalidade do menor, o que não deixa de ser abordado em questão, mas, que sim, torna-se questionável.

È certo que o legislador ordinário ao eliminar o termo “presunção de violência”, visou eliminar discrepâncias, entre o caráter relativo, o chamado “*uris tantum*”, este que é conferido à figura da violência presumida, optando por definir o caráter absoluto, (o “*iures et iure*”), de tal vulnerabilidade. Por meio da pesquisa busca-se entender de que maneira o menor com idade entre 12 a 14 anos, que tiver uma relação íntima com o seu companheiro, não será considerada vítima, se esse ato for consentido, além de analisar se esse entendimento é aceitável socialmente e a sua aplicabilidade devida como um ponto relevante no campo jurídico.

A análise do artigo 217-A do Código Penal, qual seja, o atual crime de “estupro de vulnerável”, visa demonstrar a necessidade e a viabilidade jurídica de se considerar, de forma relativa, a vulnerabilidade da possível vítima com idade entre 12 a 14 anos, bem como, as suas conseqüências, quando o mesmo é aplicado de forma contrária a esse pensamento, pois se sabe que, aquele que antes da Lei 12.015/09, estuprasses um adolescente menor de 14 anos praticava o delito de estupro, disciplinado no artigo 213 do Código Penal, combinado com o artigo 224, “a”, do mesmo diploma, no qual se presumia a existência da violência dada à inexperiência sexual da vítima.

Guilherme de Souza Nucci e outros asseguram que a relativização deverá ser efetuada em situações excepcionais, voltadas para os adolescentes com idade entre 12 e 14 anos, mas, que no caso dos menores de 12 anos, a vulnerabilidade deve ser entendida de forma absoluta, como bem menciona na p. 415, da sua obra de doutrina penal O Crime de Estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (art’s. 213 e 217-A do CP).

Supõe-se que, toda “criança”, menor de 14 anos, que no Estatuto de Criança e do Adolescente já é considerada adolescente, a partir dos seus 12 anos, que tenha conjunção carnal, ou que sofra algum ato libidinoso de seu “companheiro”, será considerada uma “vítima” de estupro, o denominado estupro de vulnerável, mas, até, onde se deve entender por vítima e por vulnerável, se esse ato for consentido por ambas às partes, sendo que, existem julgados recentes que contrariam esse entendimento do que seja efetivamente “vítima”.

Analisar a relativização do estado de vulnerabilidade da possível vítima maior de 12 anos e menor de 14 anos de idade faz-se necessária, bem como, a distinção das suas particularidades, existentes no caso concreto, a fim de, se evitar uma possível responsabilização penal objetiva, avaliando se essa maneira de relação íntima do menor com o seu companheiro de forma consentida é aceitável no âmbito social.

O artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que, é considerada criança a pessoa com até 12 anos de idade, ainda incompletos; e, adolescente, aquela pessoa com idade entre 12 e 18 anos, porém, o legislador, não acompanhou as mudanças comportamentais da nossa sociedade atual, definindo para o Código Penal, que tanto a criança quanto o adolescente menor de 14 anos devem ter proteção sexual penal integral, vez que, são entendidos por vulneráveis.

Tal problemática encontra-se inerente aos nossos olhos, visto que, um dispositivo entra em choque direto com o outro, gerando tal discussão, pois que, no artigo 417-A do Código Penal Brasileiro entende-se por criança a pessoa com até 14 anos de idade, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, informa que, é considerada como criança aquela pessoa com idade de até 12 anos, sendo que, se a pessoa possuir idade superior 12 anos, já é um adolescente, sujeito de direitos e deveres, passível de punição por cometimento de ato infracional análogo ao delito tipificado no Código Penal. Por que, então, não reconhecer a sua liberdade, de forma legítima e consentida, para a prática do ato sexual? Se eles já conhecem e até praticam o sexo, por que, a sociedade, com o pensamento moralista, quer condená-los e limitá-los?

O objetivo deste trabalho não é discutir a vulnerabilidade dos menores de 12 anos, pois que, esta deve ser considerada absoluta; e, também não se pretende desconsiderar por completo a figura do vulnerável menor de 14 anos, que merece e necessita da proteção estatal. Porém, o que se pretende, é tentar diferenciar o que seria este estado de vulnerabilidade de cada possível vítima, aplicando ao caso a lei penal da melhor maneira possível, procurando assim, demonstrar as vantagens de se analisar a vulnerabilidade do menor de 14 anos de forma relativa, claro que, observando as particularidades aplicadas ao caso concreto, a fim de se evitar uma possível responsabilidade penal objetiva por parte do acusado.

O embasamento teórico versará em jurisprudências e obras publicadas pelos nobres doutrinadores Greco (2012), Jesus (2010), Nucci (2007), e, na Jurisprudência do Ministério Público do Estado do Piauí versus o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí - Recurso Especial de fls.182-204, interposto em 27 de agosto de 2015.

2 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO TEMA

Há que se levar em consideração que a presunção de caráter absoluto dessa tipificação penal afetava diversos princípios constitucionais, como por exemplo, da legalidade; da dignidade da pessoa humana; da intervenção mínima; do contraditório e da ampla defesa; da presunção de inocência; e, da adequação social; porque, com isso, o agente era punido por um objeto de ficção criado pelo legislador e não por um resultado lesivo causado à vítima, tornando necessária essa atualização legal.

2.1 Da Legalidade

O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substancia da conduta delituosa, vez que, pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. A dignidade da pessoa humana é um valor moral inerente ao indivíduo, que tem por finalidade de materializar o respeito que deveria existir de maneira natural por parte das demais pessoas através do convívio, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, limitando de forma excepcional, o exercício dos direitos fundamentais. Sendo assim, o Estado apresentar-se-á como um garantidor da dignidade da pessoa na sociedade atual, tanto no âmbito individual como no âmbito coletivo, através do princípio da legalidade, o qual se encontra subordinado à Constituição Federal, por meio da lei, sendo que, é por meio dela enquanto emanada da vontade popular que o poder estatal define como os membros da sociedade deverão guiar-se, buscando um convívio saudável entre si. Dessa forma, esse princípio é a proteção judicial que torna efetiva a garantia e os direitos fundamentais assegurados à sociedade pela nossa constituição.

2.2 Da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base da nossa Constituição Federal, visto que, o mesmo abarca todos os conteúdos relacionados aos direitos fundamentais inerentes ao homem, o qual, lógico não poderia de atingir o Direito

Penal, que deve estar orientado sob o seu entendimento, vez que, o mesmo exerce um controle social deveras muito importante sobre os acontecimentos da sociedade em forma de sanções de acordo com o entendimento social do fato.

A Constituição Federal de 1988 não permite, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se punam por intermédio do Direito Penal, condutas que não causam reprovação social, já que razoável e suficiente à penalização apenas na ordem financeira, cabendo a outros ramos do direito sancionar tais condutas menos lesivas. No caso do estupro de vulnerável, deve-se avaliar se o seu grau de reprovação é proporcional à pena que foi aplicada, porque, sabe-se que o tipo penal deve satisfazer não só a critérios formais, como também, materiais.

Neste diapasão, o direito penal deve tipificar exclusivamente as condutas que realmente tenham relevância social, subordinando o legislador a eleger determinados comportamentos, preferindo aqueles que tutelem bens jurídicos relevantes para a convivência social, sendo importante que estes estejam atentos ao interesse público.

Mas, claro, sem que tal aplicação venha a ferir demais princípios, como o contraditório e da ampla defesa, resguardo ao suposto “estuprador”, que com o prejulgamento social, muitas das vezes, não consegue se manifestar e se defender da maneira adequada, sem uma interferência do povo no seu julgamento, levando conseqüentemente á uma condenação imediata.

2.3 Do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa é uma segurança proporcionada ao réu, suposto estuprador, dando-lhe condições de informar no processo, elementos possíveis para sua eventual defesa, possibilitando que ele se explique, se omita, ou até mesmo se cale, se necessário, no que diz respeito à verdade;

Já, o princípio do contraditório, é a aplicação da própria ampla defesa, imposta através da condução do andamento processual - "*par conditio*" - pois que, para todo ato produzido pela acusação, terá a defesa direito igual de se opor, de apresentar uma argumentação mais convincente, ou, ainda, de fornecer uma fundamentação e interpretação jurídica diferente daquela apresentada pelo autor, - ambos previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal - sendo que estes princípios garantem o direito absoluto e inicial da defesa do suposto autor.

2.4 Da Presunção de Inocência

O Princípio da Presunção de Inocência, presente no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é considerado um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, e possui como objetivo principal o de tutelar a liberdade pessoal, no caso, do réu, evitando assim, que haja um julgamento antecipado e injusto, fornecendo ao acusado uma penalidade que ele não mereceria, ou seja, esta garantia processual lhe oferece a oportunidade de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença que possa vir a condená-lo ou não; visto que, no caso do estupro de vulnerável o suposto envolvido, sem qualquer tipo de instrução probatória, poderá ser considerado culpado por um crime que talvez não tenha cometido, bastando somente que, a vítima preencha o requisito básico exigido pelo legislador, que é o da idade.

A presunção absoluta da vulnerabilidade ofende este princípio, porque, ainda que exista o consentimento da suposta vítima na relação ocorrida, ou que o agente tenha incorrido em erro quanto à idade do parceiro (a), o maior envolvido será considerado culpado, não se admitindo prova em contrário.

Em relação ao Estupro de Vulnerável, deve ser avaliado se o seu grau de reprovação é proporcional à pena aplicada, visto que o tipo penal deve satisfazer a critérios formais e materiais, pois não seria relevante haver previsão legal que venha a confrontar valores e princípios, base da sistemática jurídica.

Deste modo, deve o Direito Penal tipificar exclusivamente condutas que tenham relevância social, subordinando o legislador a eleger determinados comportamentos preferindo aqueles que tutelem bens jurídicos relevantes para a convivência social, sendo importante que estes estejam atentos ao interesse público.

Não obstante, o tipo penal em análise, tutela um bem jurídico importante em uma sociedade democrática, entretanto, esta proteção foi disciplinada de forma equivocada pelo legislador, quando incrimina toda e qualquer prática sexual com menores de 14 anos, considerando irrelevante o consentimento da vítima. Da maneira em que, este tipo, resta desvinculado da realidade social brasileira, visto ser incontestável que os jovens iniciam sua vida sexual cada vez mais cedo.

2.5 Da Intervenção Mínima

No caso da aplicação do princípio da intervenção mínima é necessário avaliar a razoabilidade entre o dano causado ao bem tutelado, a sua possível consequência condutiva e a pena que deve ser aplicada como sanção, de modo que a aplicação do direito penal só deve intervir em casos relativamente gravosos e que realmente afete bens jurídicos essenciais.

O princípio da “**última ratio**” é um limitador do direito de punir estatal, tendo em vista que, na medida em que há uso excessivo da sanção criminal e isso não garante uma verdadeira proteção aos bens que necessitam da concepção do Estado Democrático de Direito.

Embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas na nossa Carta Magna, tratando-se, assim, de um entendimento nela implícito. Isso se dá porque a sanção penal como tutela de bens fundamentais do homem, somente é aplicada legitimamente em caso de extrema necessidade.

De forma igualitária a esse entendimento Nucci (2010), entende que: “Havendo uma colisão de interesses, torna-se fundamental detectar se outros ramos do ordenamento jurídico – que não o direito penal - são capazes de solucioná-lo, sem maiores conseqüências.”

Com isso, observa-se que tal princípio questionado compõe o sistema penal de maneira a se importar com uma cobrança mais rigorosa na eleição das condutas tipificáveis, devendo-se então, observar a questão da gravidade do bem jurídico a ser tutelado de forma proporcional.

2.6 Da Adequação Social

Entende-se por ação adequada socialmente, todas aquelas atividades toleradas na vida comunitária em determinado período histórico, havendo um significado social, refletindo no contexto histórico-cultural da vida de um povo. Considerando as campanhas realizadas para se evitar a Violência Sexual Infantil de forma crescente, é difícil acreditar que alguém, atualmente, desconheça que é crime a prática de ato sexual com menor de 14 anos, pois que, percebe-se que, o entendimento popular é mais rígido do que prevê o nosso Código Penal Brasileiro.

Por isso, em tese, não é possível que se aplique a elementar do tipo de erro de proibição, mas, excepcionalmente, essa tese pode vir a ser aplicada em alguns casos, como por exemplo, em uma localidade afastada, sem acesso aos meios de comunicação, alguém passa a se relacionar amorosamente com uma adolescente de 13 anos, e com ela mantém relações sexuais, com concordância dos seus pais, que também, não tem conhecimento a respeito de tal proibição legal.

Verifica-se que, os princípios e as normas previstas na constituição, são transformados em regras de conduta, visando diminuir lacunas e omissões existentes na lei, adaptadas caso a caso. A (i) relevância social é requisito para a formulação da legislação, na medida em que não faz sentido o legislador editar leis com o escopo de penalizar ato/fato socialmente aceito.

Tanto a adequação social como o risco permitido se encontram situados no domínio da liberdade de ação social dos indivíduos em sociedade. O mesmo autor aduz que se entende por ação adequada socialmente, todas aquelas atividades toleradas na vida comunitária em determinado período histórico, havendo um significado social, refletindo no contexto histórico-cultural da vida de um povo. Tal afirmação dá amostras de que as lacunas deixadas pelo legislador serão satisfeitas com a interpretação baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e, ao depois, secundariamente, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna, notadamente, o princípio da adequação social.

3 DESENVOLVIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A violência sexual sempre esteve presente no contexto social, desde as primeiras civilizações, e, por esse motivo, sempre precisou que se penalizassem aqueles que praticassem esses crimes.

Antigamente as penas eram cruéis, sendo utilizadas desde a pena de morte até trabalhos forçados. Para que se configurasse o delito, era necessário que a vítima preenchesse determinados requisitos, tais como ser virgem, honesta e estar sob o poder familiar patriarcal.

Atualmente, o conflito gerado por tal questionamento é inevitável, pois que, a questão sexual nessa faixa etária, encontra-se amparada por curiosidades, descobertas; e, porque não dizer, na maioria deles, da sua iniciação sexual, visto que, sabe-se que, hoje em dia as crianças e os adolescentes têm mais conhecimento e acesso à sua divulgação de maneira mais fácil - “na palma das mãos” - e conseqüentemente, iniciam a sua vida sexual precocemente; bem como, questionar que a opinião social exerce uma influência forte, no que diz respeito a essa questão, faz inevitável.

O objetivo deste capítulo é de avaliar o impacto que o desenvolvimento sexual desse grupo de pessoas causa na sociedade atualmente, bem como, se possuem capacidade de consentir tal ato, afastando, assim, o conceito de “vítimas de abuso sexual”.

3.1 A historicidade e a evolução do delito de estupro

Acompanhando a evolução histórica social, as penas foram humanizadas, mas não perderam a sua finalidade principal que era a de punir com rigor; sendo que, a principal mudança sofrida no decorrer dos anos diz respeito à tutela legal, que não

restringe mais somente à proteção da mulher, mas, também, de todo ser humano, independente de sexo ou idade.

Os delitos de natureza sexual eram denominados “crimes contra os costumes”, porque, os costumes antigamente eram considerados sob uma visão antiquada dos hábitos de uma sociedade, que não possuía nenhum critério para formação dos seus costumes morais.

Ademais, como bem menciona Nucci (2010), os costumes daquela época não eram capazes de acompanhar a evolução social que existia com relação à matéria sexual em desenvolvimento, pois que, tais costumes, não encontravam apoio entre os jovens, o que na nossa realidade atual, já é bem diferente, pois que, sabe-se que, como o acesso a todo tipo de informações encontram-se nas palma das nossas mãos, através da modernidade, por meio de aparelhos tecnológicos e internet.

Deste modo, a denominação “dos crimes contra os costumes” foi alterada pela Lei 12.015/2009, inovando o conceito de um crime bárbaro, que acaba por interferir na liberdade e na moralidade sexual. Por meio desta nova denominação “crimes contra a dignidade sexual”, o bem jurídico maior a ser tutelado é a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual de cada indivíduo.

No que diz respeito à modernização dos costumes na sociedade, estas foram bastante significativas para as evoluções legislativas no âmbito penal, visto que, os costumes, bem como, a moralidade sexual, constantes na configuração do delito de estupro, sofreram diversas alterações no decorrer do tempo, objetivando, assim atender a realidade social da época e reprimindo, com isso, de maneira severa os delitos sexuais.

Atualmente o denominado “Estupro de vulnerável” é um tipo penal criado com a Lei nº 12015, de Agosto de 2009, que substituiu o antigo artigo 224 do Código Penal Brasileiro, que por sua vez tratava da presunção de violência, e, com essa nova tipificação, essa presunção passou a ser, em tese, absoluta, e não mais relativa.

Ressaltando-se que, essa lei, que criou a ideia do estupro de vulnerável, também foi responsável pela alteração no texto do crime de corrupção de menores, fixando a idade de consentimento no Brasil aos 14 anos, excepcionando-se somente os casos de prostituição, conforme transcrito “*in verbis*”, antes da Lei:

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. (VADE MECUM, 2009, p.534 - Revogado pela Lei n.12.015, de 7-8-2009.)

Após a lei:

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. (VADE MECUM, 2012, p.533.)

Qualquer pessoa, independentemente de sexo, pode ser sujeito ativo desse delito, enquanto que o sujeito passivo do artigo 217-A, *caput*, será o menor de 14 anos, também independente de sexo, ou deficiente mental/pessoa incapaz de lutar.

3.2 Estupro de vulnerável e os menores de 14 anos

Nota-se que o Brasil foi o primeiro país a promulgar um marco legal, onde o Estatuto da Criança e do Adolescente em sintonia com o paradigma dos direitos humanos reconhecidos na Convenção das nações Unidas sobre os Direitos da Criança de

1989. A partir daí, crianças e adolescentes passaram a ser considerados, explicitamente, como “sujeitos de direitos” e credores de proteção integral, devido à característica de “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”, conforme entendimento do art. 6º, do ECA. Por isso, reconhecer, defender e promover os direitos sexuais de crianças e adolescentes é uma condição essencial para a realização de sua dignidade e a proteção do seu direito à vida.

Mesmo antes das modificações trazidas pela Lei 12.015/09, havia presunção de violência quando a vítima não fosse maior de 14 anos, nos termos do artigo 224, alínea “a”, do Código Penal. Sendo que, tanto na doutrina como na jurisprudência, prevalecia a presunção relativa, conforme concluiu a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Estupro - Violência presumida – Vítima menor de 14 anos - Presunção, em razão da idade, que não é de caráter absoluto - Vítima que concordou, conscientemente, em relacionar-se sexualmente com o réu, em duas oportunidades, induzida pelo fato deste lhe ter dito que assumiria, bem como a transformaria em uma modelo - Ausência da “**inocentia consilii**” por parte da vítima, condição essencial para o reconhecimento da presunção de violência (artigo 224, “a”, Código Penal), que é relativa - Absolvição decretada - Recurso provido.” (TJSP - 2015)

No caso mencionado acima, não se esperaria que após o início do relacionamento entre esses jovens, menores impúberes, e que quando um deles adquirisse a maioridade, conseqüentemente, viriam às relações sexuais, a partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque tal conduta encontra-se tipificada em lei.

O Superior Tribunal de Justiça também vinha decidindo que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, ‘a’, do Código Penal, deve ser relativizada conforme o caso concreto, abrindo-se espaço para entendimentos quanto a sua aplicação nas situações em que as pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual, originário de uma relação de cunho afetivo e sexual. No entanto, a despeito do entendimento de outros Tribunais, o Supremo Tribunal Federal sempre se orientou em sentido contrário, atribuindo caráter absoluto à presunção de violência.

Com o advento da Lei 12.015/09, a hipótese passou a ser contemplada no art. 217-A, caput, que assim estabelece: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.” (VADE MECUM, 2012, p. 533).

A lei considera que, pela tenra idade, tais indivíduos ainda não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir com a prática do ato sexual, considerando-os, assim, vulneráveis. Porém, ressalta-se que não há um parâmetro justificativo para a escolha dessa faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório desses menores, reconhecendo-os pelo status de vulneráveis. Sendo que, tal definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

A relativização da vulnerabilidade no estupro de vulnerável deve ser aplicada, pois que, entende-se que, ao se analisar tal dispositivo, o mesmo encontra-se afastado da realidade social atual, vez que, ignora não só a precocidade das crianças e adolescentes, bem como, insiste em utilizar um critério etário para definir aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais.

Vale notar, que essa lei encontra-se em total discordância com o que é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual, pois que, deve-se levar em conta o entendimento do artigo 2º, do mesmo que diz: “Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (VADE MECUM, 2012, p. 985)

Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais

íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo seis anos de reclusão. E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, entende-se, não ser razoável na atualidade.

Atrelado a essas questões encontra-se como uma forma mais razoável para aplicação desses casos decorrentes do dia a dia, que se aplique o entendimento dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, permitindo que o juiz de hoje, com a sua autonomia, baseada nas normas tipificadas, aplicando-a de maneira razoável, é claro, possa fazer uma aplicação da penalidade em caso de real necessidade, afastando assim, essas situações de namoro entre jovens cada vez mais novos e que venham conseqüentemente a se relacionar sexualmente mais tarde, não vire uma demanda e um problema para o judiciário.

Tal contradição encontrada nesses ordenamentos jurídicos, ou seja, o entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente de que a partir dos 12 anos de idade já se considera o menor como adolescente, diferentemente do que entende o art. 217-A da Lei 12.015/09, que informa que o menor com idade até 14 anos é entendido por criança, divergindo-se as duas visivelmente, pois que, se para o E.C.A. o menor com idade acima de 12 anos é considerado adolescente, na mencionada Lei de 2009, o menor de 14 anos ainda é considerado criança, demonstrando uma diferença gritante de 02 anos de idade em cada tipificação.

Entende-se que se pode punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, configurando válida a sua vontade, não faz sentido algum, então, considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando o mesmo praticar um ato libidinoso, como, por exemplo, dar um beijo na boca de seu (sua) namorado (a), ou até mesmo configurar a conjunção carnal com um adulto. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940.

Embora a Lei 12.015/09 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, ainda, adotou-se uma postura de cunho proibitivo e moralista sobre a questão da sexualidade dos menores, partindo-se do entendimento de que o exercício da sexualidade para os menores de 14 anos é irregular e deve ser proibido.

A Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que as crianças e os adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção, e caso se aplique ao artigo 217-A uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar ao entendimento de que um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com a menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta, ainda assim será considerado como autor do crime de estupro de vulnerável, apesar de o art. 1520, do Código Civil, permitir expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez.

Nesse contexto, vale ressaltar que, deve-se aplicar também, os princípios norteadores do direito penal, não bastando apenas somente à comprovação da idade para se tipificar tal crime de estupro de vulnerável, vez que, tal critério da idade não é de caráter absoluto, sendo que, deve-se ser utilizado nesses casos, visando uma solução plausível, que se avalie no caso concreto, o grau de maturidade sexual e de desenvolvimento mental da suposta vítima, para somente assim, se definir se a mesma é ou não vulnerável.

Visando um rigor maior no combate aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, a Comissão de Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 6.719/09, originário do Projeto de Lei do Senado nº 234/09 que altera o prazo prescricional dos crimes praticados contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. O texto proposto modifica o Código Penal e estabelece como início da contagem do prazo de prescrição a data em que a vítima completar 18 anos; exceto se já houver ação penal contra o agressor. Atualmente, o

prazo é contado a partir do dia em que o crime foi cometido e, com isso, a prescrição pode variar entre 02 a 20 anos, de acordo com o delito praticado.

O Projeto de Lei nº 6.719/09, ora submetido ao veto e sanção presidencial, foi “batizado” de Lei Joanna Maranhão, em referência à nadadora pernambucana que acusou seu ex-treinador de ter abusado dela quando tinha apenas 09 anos. Por motivos diversos, a denúncia ocorreu apenas em 2008, quando Joanna tinha 20 anos e o crime já havia prescrito. Nesse contexto, a aprovação da proposta legislativa pode ser entendida como um grande avanço na proteção à criança e ao adolescente, pois evita que a vulnerabilidade torne óbice para a realização da denúncia e, em decorrência do transcurso do tempo, o crime prescreva.

3.3 Estupro de vulnerável classificado como crime hediondo

O delito de estupro de vulnerável é classificado como sendo um crime hediondo. É sabe-se que os crimes hediondos possuem a função principal de agravamento das sanções, porém, situação de agravamento trás consigo uma inobservância dos princípios do bem jurídico e da proporcionalidade, uma vez que o mesmo dificulta a adoção de sistema progressivo de pena.

Foi através da Lei de Crimes Hediondos que o legislador trouxe novamente ao direito a teoria penal absoluta, através da qual a forma mais eficaz encontrada para se combater a criminalidade é aplicando leis mais severas.

Os crimes hediondos apresentam dois conceitos, sendo eles, o legal e o judicial, onde no seu conceito legal os crimes hediondos são todos os crimes em que a lei os tipifica assim. Mas, no conceito judicial não implica somente em classificar determinados crimes, por si só, como compulsoriamente hediondos, faz-se necessário aqui, analisar também as circunstâncias com que ocorreram e as suas eventuais conseqüências, restando ao magistrado decidir a respeito do caráter de hediondez do crime que foi praticado.

O artigo 4º da Lei n.º 12.015/09, alterou a redação dos incisos V e VI, do artigo 1º, da lei 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos. Neste último inciso, que antes era reservado à classificação do atentado violento ao pudor, o texto modificado classifica como crime hediondo o novo crime de ‘estupro de vulnerável’, seja em sua forma simples ou nas formas típicas qualificadas (Art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

Quanto a essa carga punitiva significativa e a classificação desse crime como hediondo, possivelmente o legislador leva em consideração o profundo sentimento de repulsa popular em face de crimes sexuais que são praticados com extrema violência e requintes de barbarismo contra crianças (pedófilos), adolescentes e vítimas incapazes de oferecer resistência.

4 A PROBLEMÁTICA QUANTO À RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E O CARÁTER “*IURIS TANTUM*” VERSUS O CARATER “*IURIS ET DE IURE*”

O estupro de vulnerável admite duas formas qualificadas que estão previstas nos parágrafos 3º e 4º do art. 217-A: “§ 3º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena reclusão de 10 a 20 anos; § 4º - Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão de 12 a 30 anos”. (VADE MECUM, 2012, p.533.)

Relembrando que o dolo é o elemento subjetivo, ou seja, a busca pela satisfação da lascívia, salientando-se que não existe a modalidade culposa desse delito, mas, que, porém, admite-se o instituto da tentativa, quando o agente, por algum motivo que não seja o seu se vê impedido de concluir o seu ato, apesar de está situação ser difícil se comprovar, ela existirá.

O consentimento da vítima menor de 14 anos de idade para a prática do ato sexual é viciado pela própria idade, pois que é, pessoa vulnerável, e é por esse motivo que a norma do Artigo 217-A, do Código Penal a protege, por considerar que esta não possui capacidade intelectual e volitiva ou, ainda, maturidade fisiológica para resistir aos impulsos naturais do desenvolvimento corporal. Dessa forma, para a realização objetiva da infração penal basta que o agente tenha conhecimento de que a suposta vítima seja menor de 14 anos e decida praticar com ela ato de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

O entendimento do doutrinador, doutor e mestre Nucci (2007), informa que, como regra, a presunção não assume prova em contrário, ou seja, que deveria ser somente de caráter absoluto, mas que, ao se descaracterizar o conteúdo protetor, confere à (o) ofendida (o) o dever de prova, levando-se em conta o seu comportamento social, este que, já é e forma presumida, em hipóteses excepcionais, acredita-se que o réu, mesmo que a vítima esteja protegida pelo artigo 224, do Código Penal, possa demonstrar que, a mesma tinha conhecimento e vontade de realizar tal ação.

O mesmo embasamento foi usado pelo mestre, doutor e Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais, Greco (2012), que menciona em seu livro que a presunção de violência constante do art. 224, "a", do Código Penal, há que ser questionada, podendo ser relativa, em muitos casos, pois que, a sociedade atual mudou significativamente o seu entendimento de que os menores de 14 anos agora não têm a mesma proteção dos que os menores que viveram antes da década de 80, conforme transcrito "*in verbis*":

A partir da década de 80 do século passado, 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. (GRECO, 2012, p. 531.)

Buscando responder à hipótese de pesquisa, levanta-se como marco teórico a jurisprudência da 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em 2/4/2014, que deu provimento, para absolver o recorrido da acusação de estupro de vulnerável, onde, o órgão colegiado, por unanimidade, acompanhou o voto proferido pelo relator, Desembargador Erivan Lopes, que assim manifesta:

[...] Sobre os fatos, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade. Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual. O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real. [...] Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro, 25 anos) e a vítima (menor de 14 anos), no caso em análise, a questão cinge-se em saber se a vítima, conquanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável. É cediço que a violência que coage, constrange, força o menor de 14 (catorze) anos a ato sexual é merecedora de intensa reprovação social e penal. Contudo, a mesma reprovação merece ser dada nos casos em que existe o discernimento em relação ao fato, o consentimento, a livre vontade e concordância do menor? Nos casos em que existe envolvimento afetivo estabelecido entre acusado e vítima e/ou nos casos em que o menor já desempenha sua vida sexual? Não admitiria, pois, cada situação, uma apreciação mais minuciosa, considerando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos?

[...] Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário. Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato. Dessa forma, analisando o caso concreto, entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos. As declarações prestadas pelos pais da vítima [...] corroboram a idéia de que existiu uma anuência, mesmo que indireta, dos pais para com esse relacionamento; o que autoriza concluir que não existiu comportamento agressivo ou ameaçador por parte do acusado e nunca houve violência real para a prática de ato sexual, tendo ocorrido, inclusive, com o consentimento e vontade da vítima, uma vez que a mesma nutria um sentimento pelo acusado, sentimento este que aparentemente era recíproco. (fls. 80/81)

[...] As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime. Dessa forma, afastamos a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta. Em virtude do exposto, CONHEÇO DO APELO E DOU-LHE PROVIMENTO PARA ABSOLVER O ACUSADO DA ACUSAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, POR AUSÊNCIA DE TIPICIDADE, O QUE FAÇO COM FUNDAMENTO NO ART. 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (PIAUÍ, 2014, p.10) (grifo nosso)

Entende-se que, a pessoa jovem que chega ao estágio de adolescência, completando 12 anos, deixa de ser criança, passível de compreensão, quanto às suas ações, podendo ser discutida a sua maturidade ou imaturidade, e em alguns casos, para os maiores de 12 anos, poderá utilizar-se da presunção relativa, como parâmetro geral, se houver tido e for comprovado que a suposta vítima consentiu a conjunção carnal.

A influência social e principalmente midiática apresentou como função principal que, as crianças menores de 12 anos, e os adolescentes que completam 12 anos de idade hoje, são fisiologicamente e mentalmente mais desenvolvidas, do que, as crianças e adolescentes da década de 80, que tinham como amparo legal, o entendimento do Código Penal de 1940, para alicerçá-los.

Atualmente as crianças estão tendo e presenciando situações que as expõem mais e as obrigam a se desenvolverem mais rápido do que nos tempos pretéritos, como por exemplo, no funk. Nas músicas, revistas, meios eletrônicos e nas programações televisivas atuais o tema da sexualidade está mais aberto e exposto, levando assim, à curiosidade, e por que, não dizer, a influenciar as nossas crianças e adolescentes a prática sexual, ainda que de maneira precoce, obrigando-os a obterem uma maturidade e uma “maldade”, ainda que saudável, com relação a essa situação.

Então, querendo ou não, pode-se concluir que essas crianças (menores de 12 anos) e adolescentes (maiores de 12 anos) são sim influenciáveis, mas não quanto à questão de prática sexual ou libidinosa em si, mas, porém, quanto a sua exposição, permitida na maioria das vezes, de forma errônea pelos seus pais, que até mesmo sem querer não sabem limitá-los e direcioná-los da forma correta e segura, levando-os a conhecer o sexo e até a praticá-lo cedo demais.

E com esse impasse formado, não podemos generalizar e dizer que toda vítima entre 12 a 14 anos, considerada adolescente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, será vulnerável, há que, se considerar a sua bagagem de conhecimento e de atitudes perante a sociedade, ressaltando que, não quero aqui, de maneira alguma afirmar que, toda criança e adolescente por entender o que seja o “sexo”, deve ser considerada apta a fazê-lo, mas, também que, não serão todas as crianças que deverão ser consideradas vulneráveis, devendo-se aplicar a presunção relativa ou absoluta e o caráter *“iuris tantum”* versus o *“iuris et de iure”* caso a caso.

Se uma criança com idade entre 12 a 14 anos que ouve, assiste e até mesmo, dança músicas de conotação sexual, pode fazê-lo livremente, e tem entendimento para isso, porque não pode, ao saber e ter essa bagagem, praticar o ato sexual de forma consentida e entender o que está fazendo, como pode ser observado nas figuras:

Figura 1 - Crianças dançando funk em festa na rua



Fonte: baixagrandeorgulhonosso.com

Figura 2 - Crianças de 12 anos dançando funk em apresentação na escola



Fonte: cleubercarlos.blogspot.com

Figura 3 - Das meninas dançando funk



Fonte: getlinkyoutube.com

Se a criança e/ou adolescente tem liberdade parental e social para se expressar de várias formas, bem como, por exemplo, manifestar afeto a ponto de chegar a namorar alguém, então porque ao concretizar a conjunção carnal com o seu companheiro (a), esta deverá ser considerada vulnerável legalmente só por causa da sua idade.

É dever inerente à função do Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, bem como a possibilidade de influir no convencimento do magistrado. Deve-se oportunizar a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual, abrangendo o direito de produzir provas, alegar, se manifestar, ser cientificado, entre outros.

A lei penal define de maneira absoluta que as pessoas menores de 14 anos não têm entendimento para a prática de atos sexuais, e pune de maneira rigorosa aquele acusado que supostamente fere a dignidade sexual dos mesmos. Porém, há que se considerar que se for aplicado o entendimento de que essa vulnerabilidade deve ser tratada como um rol taxativo de caráter, isto sim, será um risco no âmbito social, bem como, no ordenamento jurídico, vez que, a partir do momento em não se admitir prova em contrário, aplicar-se-á então, o entendimento da responsabilidade objetiva, eliminando assim, o direito de defesa do acusado, que não poderia sofrer restrições, pois que, deve-se haver igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus para ambos os lados.

O consentimento da vítima menor de 14 anos de idade para a prática do ato sexual é viciado pela própria idade, pois que é, pessoa vulnerável, e é por esse motivo que se encontra protegida pela norma do artigo 217-A, do Código Penal, ou seja, por considerar que esta não possui capacidade intelectual e volitiva ou, ainda, maturidade fisiológica para resistir aos impulsos naturais do desenvolvimento corporal.

Porém, em casos de exceção, acredita-se que, o réu possa demonstrar que a suposta “vítima”, ainda que protegida legalmente pelo Código Penal, teria conhecimento e vontade de exercer tal ato, como é o caso, por exemplo, de uma menor de 13 anos, que se prostitua, sendo de conhecimento da sociedade em geral, inclusive dos seus genitores, não devendo ser taxada de incapaz para expressar o seu consentimento, pois que, esse entendimento não seria razoavelmente “justo”, pois que, o direito aplicado geralmente, visa buscar por justiça.

Então, por regra, a presunção deverá ser considerada absoluta, mas, como toda regra possui exceções, haverá casos com entendimentos diferentes, devido ao fato, do seu caráter especial, onde, se entende que, para a maioria dos casos, tal responsabilidade será de presunção absoluta, se for menor de 12 anos, e, com relação aos maiores de 12 anos (adolescentes), será aplicada a presunção relativa para os casos excepcionais, pois que, deve-se levar em conta o comportamento das vítimas de crimes sexuais, o acesso que têm, por via da mídia, como por exemplo, às informações contidas nos programas de entretenimento, e o seu entendimento assimilado à realidade vivida por ela.

Essa nova figura típica de estupro de vulnerável representa uma significativa importância prática para todos, principalmente, para os membros operadores do direito, no que diz respeito a essa possível revogação de presunção da violência sofrida pela vítima, no caso, com idade entre 12 a 14 anos, pois que, tal questão existente com relação à possibilidade da relativização da tão mencionada “violência ficta”, gera discrepâncias, porque de início subentende-se que essa situação discorda tanto da doutrina como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca de seu caráter relativo - “*iuris tantum*”, ou absoluto - “*iuri et de iure*”.

O Superior Tribunal de Justiça deverá ter uma posição definitiva sobre o consentimento da vítima menor de 14 anos em casos de estupro de vulnerável, visando decidir esse consentimento possui relevância jurídica para levar a absolvição dos réus adultos, em acusações desse estupro, conforme as que são citadas no artigo 217-A do Código Penal. O ministro Rogerio Schietti Cruz decidiu levar esse questionamento à 3ª seção do Tribunal no dia 5 de Fevereiro do ano passado, por conta do grande número de recursos que chegam ao STJ, após julgamentos com decisões variadas, algumas condenando, e outras absolvendo esses réus.

Esse julgamento pretende definir uma solução para as demais causas que sejam iguais a essa, bem como, impedir a demanda de recurso, para o STJ, das posições que sejam contrárias a tal decisão, onde se o tribunal decidir que não há que se falar em existência de consentimento advindo da vítima menor de 14 anos, esse pensamento prejudicará todas as outras decisões proferidas, até então, nos outros tribunais brasileiros, porém, a data para esse julgamento ainda não foi definida, e não tem data para ser marcada, podendo vir a prejudicar futuramente os supostos réus acusados no momento atual.

Guilherme de Souza Nucci e outros asseguram que a relativização deverá ser efetuada em situações excepcionais, voltadas para os adolescentes com idade entre 12 e 14 anos, mas, que no caso dos menores de 12 anos, a vulnerabilidade deve ser entendida de forma absoluta, como bem menciona na sua obra de doutrina penal O Crime de Estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (art's. 213 e 217-A do CP), "***in verbis***":

Caso se aplique ao art. 217-A uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar à absurda hipótese de se considerar como autor do crime de estupro um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com a menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta. Não se pode esquecer que o Código Civil, no art. 1520, permite expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez. (NUCCI, 2010, p. 415)

A vulnerabilidade do menor de 14 anos é relativizada pela realidade social do jovem atualizado, que não tão inocente assim, no que diz à matéria sexual, começando a se relacionar de maneira amorosa cada vez mais cedo, vindo a se desenvolver tanto fisicamente quanto psicologicamente mais rápido do que uma criança ou um adolescente que não tenha esse mesmo tipo de vida, passando a ter atitudes que não condizem com o comportamento de uma criança da sua mesma faixa etária na época antiga.

Considerar de forma absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos gera graves conseqüências para a vida do acusado, que será considerado culpado por um crime que possa não ter de fato cometido, sem ter a oportunidade de se defender dessa

acusação, sendo-lhe imputada de forma imediata a responsabilidade objetiva, esta a qual não há juízo de dolo ou culpa, ou seja, independentemente da intenção do agente, entender-se-á ser o mesmo culpado.

Quanto à presunção de violência, a doutrina se subdivide em quatro teorias, as quais são: a Teoria Absoluta, a Teoria Relativa, a Teoria Mista e a Teoria Constitucionalista.

Na Teoria Absoluta entende-se que a vulnerabilidade será aplicada de maneira absoluta, contando para a sua aplicação somente a idade para que se caracterize o delito; a Teoria Relativa possui pensamento oposto a esse, defendendo a relativização da vulnerabilidade e levando em consideração os fatos decorrentes do caso concreto, admitindo-se, com isso, prova em contrário; já, a Teoria Mista afirma que a relativização deverá ser feita em casos excepcionalmente diferenciados, ou seja, para os adolescentes com idade entre 12 a 14 anos. E, por último, a Teoria Constitucionalista, que determina que a inconstitucionalidade do instituto legal fere a responsabilidade subjetiva.

No que diz respeito à presunção de violência, Nucci (2009), assevera que:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. (NUCCI, 2009, P. 37)

Surgem, porém, dois questionamentos importantes, de que, se é possível se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser totalmente inoperante, mesmo que tenha experiência sexual comprovada, ou então se poderia vir a considerar relativa a vulnerabilidade em casos excepcionais, considerando-se o nível de conscientização do menor para tal prática.

A discussão em função da qualidade da presunção de violência durará por um longo período de tempo, para se tentar saber se a presunção é de natureza relativa - "***iuris tantum***" - possibilitando a prova em contrário, ou de natureza absoluta - "***iuris et de iure***" - não comportando prova em contrário.

Não há como sustentar plenamente no direito penal, presunção de fato, pois que, o mesmo ocorre no âmbito experimental, podendo vir a existir ou não. Não se podendo assim, punir alguém por um delito com o fundamento de que se presume que o mesmo o tenha cometido. Assim, faz-se evidente a idéia de inconstitucionalidade do art. 224 do Código Penal, vez que, presumir violência pelo acusado é puni-lo por um crime que não se sabe se foi cometido.

O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substancia da conduta delituosa, onde se pune uma pessoa porque esta praticou a ação descrita na lei penal. Porém, o código penal, com a redação vigente da parte especial, adotou a linha moderna. Depois de reeditar que o crime é doloso ou culposo (art.18), registra no art. 19, pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente, fazendo-se notar que, a pessoa aqui está sendo punida pela sua conduta e não porque o fato foi presumido.

Ressalta-se que o art. 224, CP, demonstra-se como uma presunção "***juris et de jure***", porém, diante da confusão existente sobre a relativização de tal presunção, existiam doutrinadores que acreditavam que, uma vez concebido o erro de tipo para o art. 224, estar-se-ia relativizando-o, passando-se assim, a se admitir o caráter relativo da presunção de violência. Entendimento, este, mais aceitável, vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que os maiores de 12 anos já possam ser responsabilizados por seus atos infracionais, então, automaticamente, reconhece-o, também, capaz de discernir e consentir de forma válida a realização do ato sexual.

Nucci (2009) menciona em sua obra que, no que diz respeito à presunção de violência não se pode atrelar somente ao conceito da palavra “estupro”, devido ao fato de tal vocábulo, significar coito forçado, violação sexual com emprego de violência física ou moral. Atrelando ao termo do tipo penal, estupro de vulnerável, uma representação de violência forçada no que diz respeito ao campo sexual, obrigando assim, tanto a sociedade, quanto o operador e intérprete da lei, a acrescentar em seu julgamento de um critério atrelado somente à questão negativa do fato, deixando a visão do caso concreto em segundo plano, prejudicando assim, o denominado “estuprador”, visto que, já se encontra em seu quesito a questão da violência forçada, sem se levar em questão uma possível afinidade e consentimento entre a suposta “vítima” e o seu possível “estuprador”.

A análise dessa questão de presunção da violência, ainda deve ser pacificada, vez que, a Lei nº 12.015/09, é muito recente à luz do judiciário, o que implica em ausência de doutrinas majoritárias específicas e de decisões jurisprudenciais que possam solidificá-la em um único entendimento. Porém, sabe-se que, se durante a vigência do revogado art. 224, do Código Penal, boa parte da jurisprudência, seguindo entendimentos doutrinários, já admitia, ainda que, em casos excepcionais, a flexibilização da regra, não há razão que justifique a alteração desse entendimento, muito menos, pelo fato de ter sido, a agora conhecida, presunção de violência positivada no art. 217-A, do mesmo diploma legal.

Para a doutrina recepcionante da presunção absoluta, entende-se por sua natureza o instituto jurídico é ligado ao caráter **“iure et de iure”**, ou seja, o direito pelo direito, não podendo haver nesse contexto uma discussão a respeito de qualquer espécie de exculpante ou elemento que possa diminuir os efeitos de uma determinada norma, ou seja, um fato existirá simplesmente porque a lei determina que ele exista.

Nesse contexto, admite-se a possibilidade da responsabilidade objetiva, que será aquela em que não se discutirá o critério da culpa, entendida **“lato sensu”**, baseada

na teoria do risco, então, desse modo, não há motivo para se discutir o quesito da matéria probatória, se um fato ocorre somente por força da lei, sendo, então, inútil questionar qualquer tipo de elemento que possa tê-lo gerado ou circunstanciado, se a lei já o fez.

No caso do art 224, “a”, do CP, não há porque discutir eventuais circunstâncias exculpantes do delito, como a conduta ou consentimento da ofendida, ou mesmo o erro de tipo por parte do agente. Pois que, para caracterizar tal delito, basta que ocorra qualquer tipo de contato sexual com pessoa menor de 14 anos de idade, e o seu procedimento probatório resta demonstrado na presunção absoluta, configurado pela idade da suposta vítima.

As doutrinas mais antigas entendem que, a natureza da presunção de violência é absoluta nos casos de crimes sexuais, principalmente se a vítima for menor de 14 anos, diferentemente do que entende se entende na atualidade sobre o mesmo crime, por presunção relativa.

Tais julgadores utilizam-se de argumentos como, por exemplo, a tese baseada na ficção jurídica (“*fictio iuris*”) da capacidade de consentir; a tese de irrelevância absoluta do comportamento anterior reprovável da vítima (“*vida anteacta*”), ou seja, independente da experiência sexual ou da conduta leviana da mesma, sempre ocorrerá a violência quando esta tiver menos de 14 anos de idade.

Ressalta-se que, em ambos os argumentos encontram-se generalizadas questões de unho exclusivamente subjetivo, dos quais se menciona os conhecimentos e experiências de natureza sexual da ofendida, além de, conflita também, os interesses interiores da mesma, isto é, a sua liberdade, sua moralidade e sua ética a respeito de assuntos sexuais. Ao generalizar tais quesitos, a doutrina e a jurisprudência, ambas, conservadoras, defensoras dessa tese, são criticadas fortemente pela maioria doutrinária moderna, que alegam que, o direito deve sempre

acompanhar a evolução social, não devendo ficar estático no tempo, preso sobre à letra fria da lei.

Gera-se uma crítica bastante concernente ao entendimento da presunção absoluta, pois que, entende-se não poder ser compreendido como absoluto, no âmbito penal, uma normativa que imputa um fato presumido ao seu autor, sendo que, quando se aceita indiscriminadamente a presunção legal de violência prevista no art. 224, do Código Penal, relativa ao menor de 14 anos, entende-se ignorar a realidade e os fatos mundiais da atualidade, pois que, a ficção jurídica de que, o menor de 14 anos é absolutamente inocente e ignorante em questões de cunho sexual, não condiz com a realidade vivida pelos jovens de hoje.

Sendo que a faixa etária que o legislador estabeleceu no ano de 1940, esta que constituiu um divisor entre o consentimento válido e o inválido do menor no ato sexual, já não deve ser utilizada nos dias atuais com a mesma finalidade legal proposta àquela época, pois que, utilizar-se dos fundamentos da presunção absoluta de violência apresentada na alínea “a”, do art.224, é encontrar-se paralisado na ideologia patriarcal existente no passado, vez que, a moral pública daquela época, ditava as regras consistentes nos delitos costumeiros que ocorriam. Onde, através do conceito da ideologia patriarcal imposta à época, previa-se crime de desobediência à moralidade, se uma pessoa mantivesse relações sexuais com menor de 14 anos de idade.

5 TEORIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Cabe ressaltar que a categoria jurídica "pessoa vulnerável" é um novo conceito de Direito Penal e deve ser entendido, nos termos do artigo 217-A, como toda criança ou mesmo adolescente com menos de 14 anos ou também, qualquer pessoa incapacitada física ou mentalmente de resistir à conduta estupradora do agente criminoso.

A doutrina afirma que o núcleo das presunções encontra-se na capacidade ou não de consentir da pessoa ofendida para com o ato sexual, sendo que, para caracterizar-se a "teoria do consentimento do ofendido" ou do interessado, durante muito tempo, estudiosos utilizaram-se da expressão simplificada: "***volenti non fit injuria***", para justificar a não punibilidade da conduta delituosa se o ofendido assim, o consentisse, onde, tal consentimento é compreendido a partir do momento em que o titular do direito permitir tal ato.

Pierangeli (2001, p. 80) entende que: "tal critério é bastante impreciso, senão contraditório, vez que, a definição de bons costumes é genérica e pode variar com o tempo. Não só o tempo, mas, cada sociedade tem seu próprio conceito de bons costumes". Já, Vasques Rossi (2002, p. 111), menciona que nas legislações penais dos países mais desenvolvidos com relação a esta questão, é possível observar uma tendência despenalizadora de tal conduta sexual, se for observado que, tal situação foi realizada mediante consentimento do "ofendido".

Sabe-se que, os chamados bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado são aqueles que revelam um interesse de proteção mediante uma tipificação penal que venha a afetar uma relação, como por exemplo, a dignidade sexual, sendo que, se o mesmo representar um maior interesse público, o seu consentimento será ineficaz, então, o consentimento só será válido se este não criar danos ou perigos às pessoas na visão da sociedade, e enquanto manter-se na esfera da individualidade da parte.

Com isso, entende-se que o ato de renúncia á tutela jurídica poderá se transformar em um ato ilícito quando assumir o mesmo assumir a função de acordo, e contrastar com a idéia dos bons costumes, pois que, com isso, ele se vinculará a um possível fato imoral, o que não é aceito. Sendo que, para se considerar e valorar o instituto do consentimento deve-se analisar sempre o caso concreto, aplicando-o em conformidade com o entendimento da moralidade social relativa atual.

Sobre a capacidade para consentir, Pierangeli (2001, p. 137), diz que: “a nossa lei penal, no que tange a delitos contra os costumes, delimita a idade mínima para o consentimento nos 14 anos completos, conforme a previsão do Código Penal.” Porém, tal elemento imposto seria unicamente a interpretação ao pé da letra da lei, sendo assim, se de qualquer forma houver ausência de consentimento válido, entender-se-á como falta de consentimento, justificando-se assim, a presunção de violência. Mas, no entendimento do autor, o critério de validade para tal consentimento advém da idade estabelecida pela imputabilidade penal, isto é, 18 anos, onde, ele entende que, para poder consentir de forma válida, faz-se necessário que a pessoa adquira o status de penalmente imputável.

Entendimento este que, pode gerar divergências, pois que ele alega que somente o maior de 18 anos à visão do autor possui o status de penalmente imputável, isto é, poderá arcar penalmente com as suas responsabilidades, diferentemente do que entende o Estatuto da Criança e do Adolescente, que entende por adolescente com menor acima de 12 anos de idade, podendo vim até a sofrer medidas sócio-educativas em decorrência de possíveis atos análogos a infrações por eles cometidos.

Faz-se evidente pensar que, nos dias atuais não se pode mais falar que um adolescente continua com o mesmo conhecimento a respeito de vários assuntos como o era na época de 1940, visto que, hoje em dia o acesso às informações, relacionadas aos mais variados assuntos encontram-se livres em nosso cotidiano, sendo assim, fácil de acessá-los.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A denominação estupro de vulnerável foi criada justamente para se tentar identificar a situação de vulnerabilidade em que possa se encontrar a “vítima”, frágil, menor de 14 anos, visando assim, resguardá-los do ingresso precoce na vida sexual e defender a sua inocência.

No que diz respeito ao estupro de vulnerável, ao se incluir o artigo 217-A no nosso ordenamento jurídico vigente, pretendeu-se proteger aquelas pessoas que, em razão de pouca idade, em razão da deficiência física ou psíquica, ou por outra causa, não podem de forma válida, consentir ou até mesmo resistir à prática do ato sexual.

Porém, precisa-se de cautela ao se interpretar essa situação na prática do dia a dia, pois que, a interpretação atrelada apenas à letra da lei, pode ocasionar ao suposto autor do delito, uma situação deveras complicada, pois que, se interpretada de maneira errada, a sua conclusão final, de que qualquer relação sexual praticada com estas pessoas, ainda que de forma consentida, seria criminosa, merecedora de uma tutela penal, pode atribuir, à parte acusada eventos irreparáveis. Tal interpretação leva a graves e inevitáveis injustiças, sendo necessário, pois, relativizar a presunção de vulnerabilidade, a qual deve ser analisada concretamente.

Observa-se que, o delito em questão, visto como um fenômeno social, na hora de ser aplicado na prática muda constantemente de aspecto, pois que, a realidade da atualidade nos mostra que, no campo da liberdade sexual, muita coisa se transformou, muitos preconceitos foram extintos, mesmo porque, o mundo e a sociedade mudaram, evoluindo. Por isso, não seria diferente que o direito também se adaptasse a esses novos costumes sociais.

Ressalta-se que, quanto à matéria sexual, a intervenção do Estado deve atrelar-se exclusivamente à criminalização das relações obtidas mediante o constrangimento

real e efetivo, não podendo, assim, haver lugar para presunção, pois que, presunções não passam simplesmente de ficções legais, impostas pelo desejo da moralidade, que se assim, entendidas, dificultam e muito o trabalho de caracterização da tipificação, visto que, aqui, para o acusado, quando incriminado, restam em jogo a sua liberdade, bem como, a sua dignidade perante o conceito social.

Percebe-se que, embora não seja recomendável, mas, porém, se espontâneo e consentido, tal relacionamento sexual com adolescentes, mesmo que ele conste com idade inferior a 14 anos e o seu parceiro seja mais velho, ainda assim, não pode ser objeto de mera repressão penal na atualidade.

Os doutrinadores mais antigos entendem que a presunção de violência contida no art. 224, “a”, do CP, possui caráter absoluto, “*ius et de iure*”, independentemente dos fatores pessoais relacionados à vítima. Porém, alguns juristas discordando desse entendimento conseguiram perceber que a lei não pode generalizar toda e qualquer situação como violenta, por consequência exclusiva de um entendimento ficto, atrelado apenas ao que manda na legislação.

Nesse contexto, entende-se ser inviável presumir violência em uma situação que ocorre muitas vezes com anuência expressa da suposta vítima, somente porque este tipificado em lei que o sujeito descrito na ação é vulnerável, ensejando delito criminoso pelo suposto autor.

Ademais, a presunção absoluta, demonstra que, se a pessoa que pratica o ato sexual com um menor de 14 anos, fosse sempre punida, estaria consagrando assim, a responsabilidade penal objetiva, esta que é totalmente repudiada pela nossa legislação penal brasileira, porque ataca frontalmente o Princípio da Culpabilidade.

Sabe-se que, hoje em dia, não existem apenas crianças de 12 anos, mais também, há moças dessa idade, onde o direito não pode omitir-se quanto a esta realidade, ao

considerar que, uma pessoa com essa idade não possui conhecimento suficiente da matéria sexual, forçando-se a conclusão de que a violência prevista no art, 224 do CP, cede à realidade do caso concreto, até mesmo porque, não há como deixar de reconhecer que os costumes mudaram nas últimas décadas.

Tal interpretação se dá através dos meios de comunicação de um modo geral, principalmente, à televisão, responsável pela divulgação da maioria das informações, sem nenhum tipo de seleção aparente. Ademais, atrelado a isso, ainda que o acesso a mídia fosse irrestrito, não é incomum reparar a maneira precoce com que as crianças de hoje em dia lidam com qualquer assunto relacionado à sexualidade, de forma natural e sem constrangimentos, diferentemente, das crianças dos anos 40, que àquela época, eram consideradas de fato indefesas e despreparadas para a realidade da vida.

Portanto, percebe-se que, os rigores existentes em um código ultrapassado, já não mais atendem ao anseio dos acontecimentos sociais atuais, pois que, o mesmo não acompanhou a evolução da sociedade. E, se tal conduta praticada pelo jovem, não afeta a sua dignidade e não lhe prejudica, visto que, se essa criança ou adolescente tem entendimento, maturidade e consciência do seu ato, não faz sentido que haja o acionamento do judiciário para tutelar uma questão escolhida e praticada por ele, devendo-se aplicar assim, a tal entendimento o “princípio da adequação social”, já que, a nossa sociedade encontra-se evoluindo a cada dia e não faz sentido algum, que o judiciário permaneça estagnado e atrelado à compreensão de um dispositivo ultrapassado, sem acompanhar a vivência atual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Amanda. HANDERI DE LIMA, Hessen. **TCC - Estupro de Vulnerável: O Estupro de Vulnerável e a Presunção Relativa da Vulnerabilidade, quanto aos menores de 14 anos**. Ano de Apresentação: 2013. Direito Penal e Direito Constitucional. IESI/FENORD. Ano da Defesa do TCC: 2013. Disponível em: <http://www.fe-nord.edu.br/revistaacademica/.../textos/art07revaca2.pdf>. Acesso em 22 abr. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. Editora Saraiva. 2004, v. 4.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCrim. Editora Revista dos Tribunais. 100 Anos. Presunção de Violência no Estupro de Vulnerável: Comentário à Decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no ERE/SP 1. 021.634, por Ana Elisa Liberatore S. Bechara.

DELAZERI, Gêssica. **TCC Estupro de Vulnerável: A (In) Constitucionalidade da Relativização do Conceito de Vulnerabilidade dos Menores de 14 anos nos Crimes Sexuais**. Ano de Apresentação: Junho de 2015. Lajeado. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/879/1/2015GessicaDelazeri.pdf>. Acesso em 21 out. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 9. ed. Local: Impetus. 2012, v. II e III.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. 19. ed. Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial a Dos Crimes contra a Paz Pública. Local: Saraiva. 2010, v. 3.

LEAL, João José. **Crimes hediondos: a Lei 8072/90 como expressão do direito penal da severidade**. 2. ed. Curitiba. Juruá. 2005.

NASCIMENTO, Santiago Fernando do. Revista dos Tribunais, Fevereiro de 2009. Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais 1998, v.88.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Especial**. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, 95 anos. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. **Revista dos Tribunais**, a dez. Doutrina Penal. Primeira Seção: O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. Publicado em 2010, p. 415, v. 902.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual - comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2009. p. 37.

PARGENDLER, Ari. Crianças e Adolescentes. Violação da Condição Humana. **Revista Jurídica Consulex**, Um Desafio para Todos, por Camila Freitas Ribeiro. Ano XVI, nº. 368, de Maio de 2012.

PIAUÍ. Jurisprudência do Ministério Público do Estado do Piauí X Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Recurso Especial. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf - Publicado em 27/08/2015. Acesso em: 22 abr. 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. Ed. São Paulo. Ed. RT. 2001. p. 80 e 137.

REDE BRASIL ATUAL. **Artigo: STJ terá posição definitiva sobre consentimento em casos de estupro de vulnerável**. Publicado em: 05 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.bancariosrio.org.br/2013/ultimas-noticias/item/31153-stj-tera-posicao-definitiva-sobre-consentimento-em-casos-de-estupro-de-vulneravel>.

SARAIVA. Vade Mecum. ed. Saraiva. **Saraiva**. 13. ed. Atualizada e Ampliada. 2012.

VASQUES ROSSI. Apud CARVALHO, Amílton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2002, p. 111.

VIEIRA, Cássia Passos. **TCC Da Possibilidade e dos Limites da Relativização da Vulnerabilidade no Crime de Estupro de Vulnerável**. Ano de Apresentação: 2012. 18 fls. Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCRS. Ano da Defesa do TCC: 2012. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/cassia_vieira.pdf. Acesso em: 23 abr. 2016.

WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. **Legislação comentada do Artigo 217-A do Código Penal - Estupro de vulnerável**. Publicado em 17/09/ 2015. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Estupro_de_vulner%C3%A1vel. Acesso em: 12 maio 2016.

ANEXO A - DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA***Superior Tribunal de Justiça*****RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

RECORRIDO: A. R. DE O.

ADVOGADO: ANDRÉA REBELO FONTENELE

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ interpõe recurso especial com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação manejado pela defesa para absolver o ora recorrido (fls. 182-204).

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público estadual aponta negativa de vigência do art. 217-A do Código Penal.

Alega que "o tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despiciendo o consentimento da vítima" (fl. 221).

Assim, insiste que é suficiente que o agente tenha conhecimento da idade da vítima (menor de 14 anos) e com ela mantenha conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, o que aconteceu no caso dos autos. Pondera, ainda, ser despicienda a ocorrência de violência ou grave ameaça para que a conduta seja tipificada como estupro de vulnerável. Para embasar sua argumentação, colaciona precedentes deste Tribunal Superior.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso especial a fim de que seja restabelecida a condenação imposta em primeiro grau.

Admitido o recurso na origem (fls. 230-231), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento (fls. 240-247), em parecer assim ementado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ERESP Nº 1.152.864/SC. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Este recurso especial foi distribuído à minha relatoria e concluso ao Gabinete em 16/9/2014 (fl. 236).

Após manifestação da Defensoria Pública da União (fls. 339-360) – na qualidade de *amicus curiae* – o feito foi convertido em diligência, com o fim de que o réu fosse intimado para apresentar contrarrazões ao recurso especial. A peça foi juntada às fls. 627-632, juntamente com a procuração outorgada à nova advogada constituída (fl. 633).

Em seu arrazoado, o recorrido alega a incidência do Enunciado Sumular n. 7 do STJ, pois "o Tribunal a quo se convenceu, com base na prova dos autos que a conduta do acusado apesar da subsunção ao art. 217-A do CP, foi perpetrada em erro de elementar do tipo, bem como, que a violência presumida existente no tipo exige que a vítima encontre-se em situação de vulnerabilidade, o que não se verificou no caso em epígrafe" (fl. 629). Ressalta, ainda, que nos crimes de estupro de vulnerável "deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido" (fl. 630). Por fim, invoca a tese do erro de tipo, aplicável quando o agente desconhece que a vítima era, ao tempo do fato, menor de 14 anos.

Após nova vista dos autos, o MPF, por seu Subprocurador-Geral da República Hugo Gueiros Bernardes Filho, posicionou-se contrariamente ao provimento do recurso do Ministério Público do Estado do Piauí, postulando a manutenção da sentença absolutória do recorrido (fls. 655-664).

As partes foram intimadas acerca da data do julgamento deste REsp.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0)

EMENTA

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

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

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

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

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

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

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

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

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

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

existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

I.1. Tempestividade do recurso

A Defensoria Pública, na condição de *amicus curiae*, por meio da petição de fls. 339-360, alega, em preliminares, a intempestividade deste recurso especial.

Para tanto, afirma que a contagem do prazo não se inicia com a data da remessa do feito ao Ministério Público – que no caso se deu em 7/5/2014, conforme certidão de fl. 207 –, mas sim do dia em que foi intimado pessoalmente.

Pondera, no entanto, que não há registro do recebimento do processo pelo membro do *Parquet*, pois o carimbo de ciência está em branco nas respectivas lacunas de data e de assinatura (fl. 205)

Logo, asseve que o recurso foi protocolado no 16º dia do prazo, o que o torna intempestivo e que a dúvida quanto à data precisa do recebimento não milita em favor da parte recorrente.

Não obstante a argumentação dispensada pela Defensoria, nesta oportunidade, observo, primeiramente, que, no caso de dúvida quanto ao dia da efetiva ciência por parte do representante do Ministério Público, com fins à demarcação do termo *a quo* para a contagem do prazo, conclui-se em favor da parte recorrente.

O mesmo procedimento se dá quando o recurso é interposto pela Defensoria Pública. Isso porque a entidade representada não pode ser prejudicada pela ausência de indicação nos autos quanto ao dia do efetivo recebimento dos autos.

De toda sorte, após contato telefônico realizado pelo Gabinete com a Secretaria das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, **obteve-se a informação de que, consoante alegado na peça recursal, o Ministério Público teve a ciência pessoal do julgado a partir do dia 8/5/2015.**

A propósito, foi encaminhada, via correio eletrônico, cópia da página do **livro de protocolo de carga dos autos físicos – efetivada na aludida data** –, que ora faço juntar aos autos (fls. 680-681), o que **atesta a tempestividade do recurso especial**

sob exame, uma vez que a ciência do acórdão ocorreu, necessariamente, no dia 8/5/2015 ou em data posterior.

I.2 Não incidência da Súmula 7 do STJ

As circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual, ou seja, não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito à espécie, motivo pelo qual afasto a alegação, trazida nas contrarrazões, de incidência do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

I.3. Demais requisitos

Verifico que o recurso indica a contrariedade a preceito de lei federal, nos moldes do permissivo constitucional, que o tema versado na impugnação foi prequestionada mediante discussão explícita no tribunal de origem, que a jurisdição ordinária foi esgotada e que a questão debatida é jurídica.

Preenchidos os demais requisitos legais e regimentais, conheço do recurso especial.

II. Mérito

II.1. Delimitação dos fatos

A controvérsia posta nesta via especial centra-se na discussão relativa à **incidência do tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal**, notadamente **quando a vítima**, apesar de contar menos de 14 anos de idade, **consentir com o ato sexual**.

Com o objetivo de contextualizar a prática do delito, oportuna é a transcrição do seguinte excerto da denúncia, ofertada em 20/7/2010 (fls. 2-4, destaquei, *sic*):

I - DOS FATOS

01. No dia 13 de julho do ano em curso, foi preso por ordem judicial o denunciado acima nominado e qualificado, em razão do mesmo vir mantendo há aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S., nascida no dia 14 de abril de 1997 – certidão de nascimento às fl. 07 –, visando obtenção de prazer sexual.

02. Discorre a peça investigativa que o denunciado frequentava a residência do genitor da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor.

03. Narra ainda o caderno investigativo que a vítima era virgem quando manteve o primeiro ato sexual com o acusado. O fato só descoberto depois de um ano, porque a genitora da menor desconfiou, a levou para fazer exame, foi então que a mesma diante do resultado, como não tinha mais

como negar, confessou que estava sendo abusada sexualmente pelo acusado.

04. Interrogado acerca da prática delituosa, o denunciado confessou que realmente vinha mantendo relações sexuais com a menor a cerca de um ano.

05. Ouvida também pela autoridade policial a menor disse que só manteve relações sexuais com o acusado e que a última vez foi em maio do ano em curso, pormenorizando todo *iter criminis*.

06. Extraí-se das provas apuradas no inquérito policial que E. M. P. S., ainda quando criança começou a sofrer coação psicológica, diante o estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado pelo denunciado, pois desde seus nove anos que é perseguida pelo acusado.

[...].

III - DA TIPIFICAÇÃO DO DELITO:

09. Os *iter criminis* descritos no procedimento investigatório evidenciam, de forma clara, que a atitude reiterada do denunciado A. R. DE O. se amolda à figura típica e antijurídica capitulada no art. 217-A (crime de estupro de vulnerável) c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Afirma o recorrido em seu interrogatório (fl. 93):

Que em Dezembro de 2009, quando a menor tinha treze anos, depois de muita insistência da menor, não se controlou mais, pois começou a gostar e se apaixonar pela menor e começaram a namorar e ter relações sexuais.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi **condenado à pena de 12 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado**, pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do CP. Da sentença, da lavra da Juíza Maria do Perpétuo Socorro Ivani de Vasconcelos, Juíza de Direito em exercício na Comarca de **Buriti dos Lopes – PI**, destaco os seguintes trechos (fls. 110-112):

De acordo com as alegações das partes e as provas dos autos, entendo que merece ser acolhida a pretensão punitiva Estatal, vez que foi formada a convicção deste juízo sobre a veracidade dos fatos alegados pela acusação.

Restou demonstrado que acusado A. R. DE O. começou a manter relações sexuais com a vítima E. M. S. P. desde que esta tinha 11 anos de idade.

Foi essencial para a conclusão, a confissão do acusado quanto ao crime narrado na peça acusatória, tendo o réu confessado a prática delitiva tanto em juízo, quanto em sede policial, tudo corroborado pelos depoimentos das testemunhas, da vítima e pelo exame de corpo de delito constante às fls. 11 dos autos, onde o perito concluiu que a vítima havia iniciado sua vida sexual acerca de um ano em razão da cicatriz himenal.

A vítima relatou pormenorizadamente em juízo, todo o seu envolvimento com o acusado, que usou sua experiência para adquirir a confiança da menor, tendo esta desde os 08 (oito) anos de idade começado a nutrir um sentimento incompatível com sua idade, o que levou, anos depois, à vítima a iniciar sua vida sexual com apenas 11 anos de idade, cedendo aos apelos sexuais de um homem de 25 anos de idade.

No depoimento em juízo a vítima confirma que teve sua primeira relação sexual com o acusado aos 11 anos de idade, conforme se vê às fls. 79,

tendo a menor, na fase investigativa afirmado que o réu fazia muitas promessas, dizendo até que iria se casar com a vítima quando a mesma ficasse maior de idade, conforme se vê às fls. 18/19.

O denunciado para conseguir obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima.

A instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame. Tais fatos foram obtidos pela conjugação dos depoimentos da VÍTIMA e das testemunhas A. M. A. P. (mãe da vítima), A. C. DE S. B. (padrasto da vítima), L. V. DA S. (pai da vítima) tanto no inquérito policial como na instrução processual.

A vítima afirmou em seu depoimento constante às fls. 79, que **começou a namorar de 08 para 09 anos com o acusado e só depois que tinha 11 anos foi que teve a 1ª relação sexual com o acusado**, confirmando ainda que manteve mais de uma relação sexual com o acusado.

No depoimento da **testemunha F. J. P. DA S. F., colacionado às fí. 84, esta afirmou que chegou a advertir ao acusado que namorar com menor poderia dar problemas.**

Além da prova oral, a pericial por si só já evidencia a materialidade do crime de estupro de vulnerável, pela constatação de que a paciente E. M. P. S. não era mais virgem, não havendo indícios de desvirginamento recente, com carúnculas himenais de aspecto cicatricial remoto, tal como consta do auto de exame de corpo de delito para constatação de conjunção carnal, acostado às fls. 11.

[...].

Incide, pois, na sanção do art. 217-A do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.

Assim, concluo que a instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas tanto em sede policial, quanto em juízo, bem como por toda análise minuciosa dos fatores abordados, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame.

O próprio acusado não desmente que manteve conjunção carnal por várias vezes com a vítima, defendendo-se apenas dizendo que não conseguiu se controlar, pois começou a gostar muito da menor, demonstrando plena consciência quanto a idade da vítima e do caráter delituoso de sua conduta.

Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a **2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em 2/4/2014, deu provimento, para absolver** o recorrido da acusação de estupro de vulnerável.

O órgão colegiado, por unanimidade, acompanhou o voto do relator, Desembargador Erivan Lopes, assentado nos seguintes fundamentos (fls. 192-203, destaquei):

Sobre os fatos, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade. A discussão deve ser travada exclusivamente a respeito do Direito a ser aplicado frente ao caso concreto. Se a aplicação se der em mera forma de subsunção dos fatos à norma jurídica do art. 217-A do CP, a sentença condenatória deverá ser mantida. Porém, para fazer uma interpretação mais

ampla, fundada nos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana e nos **valores culturais internalizados (a tradição)**, é preciso se analisar toda a dinâmica dos fatos, personalidade e comportamento dos atores envolvidos na cena.

Na fase inquisitiva, a vítima E. M. P. S., menor de 14 anos, prestou declarações no dia 18.06.2010 e aduziu: que **começou a se envolver com R. quando tinha uns nove anos**, que R. era muito de dentro da casa do pai da depoente, que admite que **foi ela que disse a R. que gostava dele, que só depois que a depoente se declarou para R. é que o mesmo passou a retribuir as cortesias, que no começo havia só abraço e beijos**, que passou muito tempo só em carícias, sem sexo, porém que se recorda que **mais ou menos há um ano atrás foi que manteve pela primeira vez relação sexual com R.**; que se recorda nessa época **ter doze anos aproximadamente**; [...] que há algum tempo atrás namorou com um menino da região; que a última vez que manteve relação sexual com o R. foi exatamente há três semanas atrás, dias 29 e 30 de maio de 2010; que **R. dizia que quando a depoente ficasse maior de idade iria casar com a mesma**; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; **que se apaixonou por R.**; que **afirma não saber que era contra a lei que um maior mantivesse relação sexual com uma menor**; que não tem intenção de prejudicar R. (fls. 18/19); que não teve relação sexual com nenhum outro homem, apenas com R., mas admite que foi ela que deu em cima de R.; que teme sua mãe saber que ela escreveu o bilhete constante nos autos, mas afirma que é sua letra no bilhete, que escreveu e mandou por um amigo de R. (fls. 43/44)

Em juízo (no dia 13.09.2010), a vítima E. descreve com riqueza de detalhes como ocorreram os fatos, ao afirmar: que conhece o acusado desde pequena, **ele sempre ia à casa de seus pais**; que quando saiu o boato do seu namoro com o acusado, seu pai não queria; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que **fez um pacto com o acusado, que ninguém iria contar que namoravam escondidos**; que acha que seus sentimentos são recíprocos com R.; que no início do namoro eram só **beijos e abraços com o acusado; que começou a namorar de 8 para 9 anos com o acusado, só depois quando tinha 11 anos foi que teve a primeira relação sexual com o acusado**; que manteve mais de uma relação sexual com o acusado; que já tinha menstruado quando manteve a primeira relação; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que nunca viu o acusado com outras namoradas; que quando o acusado esteve preso pediu para sua mãe para ir conversar com ele, mas sua mãe não deixou; que depois de solto, o acusado ligou para sua mãe, mas ela não deixou que ele falasse com a depoente; que fez 13 anos em abril; que quando começou a namorar com R. seus pais já estavam separados; **que começou a paquerar com o acusado quando tinha oito anos**; que seus pais estão separados há aproximadamente uns quatro anos; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela. (fls. 79)

Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual. O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real.

[...].

Como se vê, **é incontroversa a ocorrência de relação sexual entre acusado e vítima**. Ambos confirmaram o fato, relatando com detalhes e o auto de exame de conjunção carnal, às fls. 11, corrobora essa afirmativa. **Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro,**

25 anos) e a vítima (menor de 14 anos), no caso em análise, a questão cinge-se em saber se a vítima, conquanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável.

É cediço que a violência que coage, constrange, força o menor de 14 (catorze) anos a ato sexual é merecedora de intensa reprovação social e penal. Contudo, a mesma reprovação merece ser dada nos casos em que existe o discernimento em relação ao fato, o consentimento, a livre vontade e concordância do menor?

Nos casos em que existe envolvimento afetuoso estabelecido entre acusado e vítima e/ou nos casos em que o menor já desempenha sua vida sexual? Não admitiria, pois, cada situação, uma apreciação mais minuciosa, considerando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos? [...].

Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, **entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da**

Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário.

Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato.

Dessa forma, analisando o caso concreto, **entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade;** que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela (fls. 43/44 e 79).

As declarações prestadas pela mãe da vítima [...] e as declarações prestadas pelo pai da vítima [...] corroboram a idéia de que, embora escondido, existia um relacionamento afetivo e não apenas relações sexuais, entre o acusado e a vítima; que existiu uma anuência, mesmo que indireta, dos pais para com esse relacionamento; que existe o apoio dos pais caso se concretize a união do acusado e vítima, o que autoriza concluir que **não existiu comportamento agressivo ou ameaçador por parte do acusado e nunca houve violência real para a prática de ato sexual, tendo ocorrido, inclusive, com o consentimento e vontade da vítima,** uma vez que a mesma nutria um sentimento pelo acusado, sentimento este que aparentemente era recíproco. (fls. 80/81)

Pela análise das provas colhidas nos autos e das circunstâncias em ocorreram os fatos, sendo incontestável a existência de relacionamento afetuoso e sexual entre acusado (solteiro, 25 anos) e vítima (menor de 14 e anos), bem como o discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para a prática do ato, não vejo como considerar típica a conduta do acusado, não havendo que se falar na existência de crime previsto no art. 217-A do CP.

As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime.

[...]

Dessa forma, **afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta.**

Em virtude do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para absolver o acusado da acusação pelo crime de estupro de vulnerável, por ausência de tipicidade, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

II.2. Violação do art. 217-A do Código Penal

Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos de que se valeu a Corte estadual para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, **encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem**, por entender violado o dispositivo de lei federal invocado na impugnação especial.

Registre-se que, ainda na vigência da alínea "a" do art. 224 do

Código Penal (antes da entrada em vigor da **Lei n. 12.015/09**), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima**, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos.

Nesta Corte de Precedentes, o tema ensejou, no passado, interpretação oscilante nas duas Turmas da Terceira Seção. Em abril de 2014, a **matéria foi pacificada** por força do julgamento dos Embargos de Divergência em **Recurso Especial n. 1.152.864/SC**, da relatoria da Ministra **Laurita Vaz**, assim ementado:

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

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

2. **A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações**

como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida." (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012).

No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas. (EREsp n. 1.152.864/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014, destaquei).

Antes disso, também em Embargos de Divergência em Recurso Especial, a **Terceira Seção já tivera oportunidade de assentar a irrelevância do consentimento da vítima**, para fins de caracterização do crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos.

(EREsp. n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

Na Corte Suprema, o assunto também mereceu igual compreensão, como se percebe dos arestos colacionados:

1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.

2. [...].

3. Ordem denegada.

(HC n. 119.091/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2ª T., DJe 18/12/2013).

1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o **caráter absoluto da presunção de violência** no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, "a", do CP, com a

redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo **irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima.** Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (**AgRg no RHC n. 97.664/DF**, Rel. Ministro **Teori Zavaski**, 2ª T, DJe 21/10/2013, destaquei.)

[...] 2. **O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.** 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima. (**HC n. 105.558/PR**, Relatora Min. **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 12/06/2012, destaquei)

Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos "crimes contra os costumes" – **as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09 ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.**

O acórdão recorrido alude a que "a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade" (fl. 197).

Disse ainda: "As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime" (fl. 198).

Vê-se 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.

A referência à imagem da “criança libertina” ou “criança provocadora”, mencionada pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre *História do estupro*, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradas as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de instrução para a tenra idade”, **fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia.** (VIGARELLO, G. *História do estupro*. Violência sexual nos séculos XVI – XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda freqüentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com **"grau de discernimento"**, segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que **"nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade"**. Desse modo, **tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo.**

Da alusão feita, no acórdão, ao comportamento da mãe da vítima se infere quão atual é a antiga observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que “elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais” (DEL PRIORE, M. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

O voto condutor do acórdão faz menção também a "**valores culturais internalizados (a tradição)**", o que **parece justificar a permanência de práticas coloniais e imperiais como as relatadas** pela referida historiadora:

O preconceito racial de estrangeiros não raro se misturava com a aversão europeia pela "corte amorosa à brasileira". O fato de meninas, muito meninas, passarem da reclusão familiar às mãos dos maridos os fazia crer num precoce interesse pelo sexo oposto, interesse, aliás, muito mal visto. Os viajantes criticavam a precocidade com que adquiriam modos e conhecimentos impróprios para a sua idade: [...] A percepção destes estrangeiros é de que havia certa precocidade sexual nas moças do Novo Mundo" (DEL PRIORE, M., op.cit., p. 168).

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe ARIÈS (*História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a "toda sorte de grosserias e indecências". Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as conclusões do François de Dainville (*La Naissance de L'humanisme Moderne*, Paris. Beauchesne. 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: "O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo".

Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório **centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento**. A denúncia imputou **ao réu**, ora recorrido, a prática do crime de estupro de vulnerável.

Manteve o réu, por "**aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S.**", quando tinha menos de 14 anos, e "**que o denunciado freqüentava a residência da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor**" (fl. 3, destaquei).

Registrou-se, aliás, por mais de uma vez, que o recorrido e a vítima iniciaram um relacionamento amoroso **quando esta última contava 8 anos de idade**, momento em que, a despeito de ainda não manterem relações sexuais, **trocavam "beijos e abraços"** típicos do namoro, o que, como é cediço, **já bastaria para configurar o**

crime de estupro de vulnerável, haja vista que tais carícias são compreendidas como modalidades de atos libidinosos.

Sem embargo, a absolvição inverte o objeto do juízo criminal ao dizer que a adolescente não foi vítima "**de violência real**" (fl. 198), que "**não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos**" (fl. 197).

O **desvio teleológico da função de julgar** passou ao largo da análise dos demais integrantes do órgão julgador. Preferiram reduzir a questão a uma lógica tão simples quanto perversa: **se a criança (tinha menos de 12 anos** quando o réu com ela manteve a primeira relação sexual) desejou, ou mesmo buscou, o contato íntimo, caracterizado pelo "**discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para prática do ato**" (fl. 198), no sentido de que sabia o que fazia, o comportamento do réu é irrelevante para o direito penal.

Não se vê no acórdão impugnado qualquer referência à história de vida da vítima, de tal modo a se poder aferir se os magistrados que decidiram absolver o recorrido, por conta da alegada livre e lúdica vontade da vítima de com ele manter prática sexual, apoiaram seu convencimento em elementos probatórios encontrados nos autos que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, sua conduta familiar e social etc.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria

"justificada" a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia concilli* da vítima. Basta um rápido exame da história das idéias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado.

Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Senão vejamos.

Até o Código Penal de 1940, crianças e adolescentes não recebiam proteção penal específica em relação aos crimes de natureza sexual. De fato, tanto o Código Criminal do Império (1830) quanto o Código Penal da República (1890) não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de 14 anos e nem sequer previam recrudescimento da pena prevista para tais situações.

A partir do Código Penal de 1940, passou-se a presumir, para fins penais, a ocorrência de violência em quaisquer atos libidinosos cometidos contra meninas e meninos menores de 14 anos, sob o fundamento – constante da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (n. 70) – de que tal ficção legal decorre da *innocentia consilii* do sujeito passivo dessa modalidade delitiva, a denotar “sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Também se entendeu importante e necessário – para a efetiva e proporcional proteção penal – punir especialmente o crime cometido contra crianças e adolescentes e previu-se, inclusive, a hipótese de cometimento de estupro e de atentado violento ao pudor “com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador” (art. 225, II, CP, em sua versão original), hipótese que, a par da iniciativa pública da ação penal, também mereceu agravamento da reprimenda do infrator, inicialmente “de quarta parte” (art. 226, II) e, agora, “de metade” (*ex vi* da redação dada ao dispositivo pela Lei n. 11.106/05).

Essa mesma expressão normalmente utilizada: "desenvolvimento da sociedade e dos costumes" foi responsável também por cominar diversos crimes contra crianças e adolescentes, em rol constante de marcante legislação infanto-juvenil, que sucedeu, sob nova realidade político-constitucional, o antigo Código de Menores. A referência, por óbvio, é ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90, o qual vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para conferir maior proteção penal a essa faixa etária.

Assim é que, a par da criminalização das condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes de modo geral, novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes.

Após reformas penais de menor grandeza (como a da Lei n. 10.764/03, que alterou o art. 241 do ECA, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de menores em cenas de sexo explícito), veio à tona a Lei n. 11.829/08, que, conforme enunciado em sua ementa, altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Outra importantíssima alteração legislativa a destacar, ocorrida no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/09, banuiu – e aqui reside a questão versada neste recurso – a possibilidade de relativizar a presunção de violência do antigo artigo 224 do CPB, ao inovar, em técnica legislativa, o tratamento jurídico-penal dos “crimes contra os costumes”, que passaram a se denominar “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo-se, no que interessa por ora, como “estupro de vulnerável”, na letra do art. 217-A, a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Registre-se, por derradeiro, a recente edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/90, para **classificar como hediondo** o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Esse lento, porém constante, **progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente** não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o

desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil:

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

ARTIGO 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Constituição da República

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.

[...]

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalantar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

Não. **A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes**, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta.

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. **O tema é essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado.** A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária.

Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada (art. 224, “a”, do CPB). É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais.

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade.

A esse respeito, creio oportuno trazer à colação, entre tantos arestos sobre o tema, o da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP**, referido linhas atrás, da relatoria do Ministro **Felix Fischer**, de cujo voto extraem-se importantes ponderações:

[...] **Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução**, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, **que ninguém deve envolver-se com menores**. É até comum o uso da expressão “de menor”. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento

generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como incoseqüente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, **justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa.** Por outra, a nossa legislação – repetindo – protege contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos.

E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. *Data venia*, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna.

Ao impor um **dever geral de abstenção** (cfr. João Mestieri) **da prática de atos sexuais com menores** (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual.” (**Embargos de divergência desprovidos. (REsp. n. 762.044/SP**, rel. Ministro Nilson Naves, rel. para o acórdão Ministro **Felix Fischer**, 3ª S., DJe 14/4/2010).

A esse “dever de abstenção”, de que já falava Manzini no início do século XX, contrapunha Nelson Hungria, comentando o art. 224 do Código Penal, outra explicação para a validade da presunção positivada nesse preceito penal. Dizia que “a indução de violência, na espécie, fundou-se no argumento [...] segundo o qual *qui velle no potuit, ergo noluit*. Quem não podia consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissentiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento”.

Reconhecendo que “fora do ponto de vista jurídico não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir”, Hungria conclui – sem embargo de mais adiante coonestar o caráter relativo da presunção – que “o estado de **indiferença** ou a ausência de consentimento **válido** podem ser assimilados à **falta de consentimento válido**, justificando a **presunção de violência**.” (HUNGRIA, Nelson; CORTES DE LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno C. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 226. Destaques no original).

É, no entanto, em voto ora parcialmente transcrito, proferido quando oficiou como juiz do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal, que Nelson Hungria (op. cit., p. 188-194) externa ácida reprovação ao posicionamento de seus pares, acerca de situação submetida a julgamento, versando o crime de sedução de menores. Confira-se:

Recusei o fundamento do acórdão, que, nos termos em que está concebido, representará, em que pese seu ilustre relator, um caso típico de **jurisprudência aberrante**. Para forçar uma conclusão ao jeito de uma praxe indefensável, deslocou-se o problema para o terreno de um naturalismo ultrapassado e já arquivado no museu jurídico. Fez-se tábula rasa da moral positiva, que é a ciência do útil social. Mais um pouco de coragem, e o nobre relator do acórdão teria proclamado o **amor livre**, o hedonístico desenfreio do instinto sexual. Do princípio ao fim, é o acórdão uma série de equívocos. Perdendo de vista o sentido profundamente ético-social da ordem jurídica, não vacila em admitir a prevalência da **animalidade**, que é a força bruta, contra o direito, que é norma de cultura e condição específica da vida em sociedade. Eis a tese central do acórdão: a conjunção carnal e um ato natural e, portanto, não há proibi-la, a pretexto algum, se realizada entre pessoas fisiologicamente idôneas e livremente ajustadas. **A própria virgem adolescente, que *sponte sua*, ou por exclusivo impulso de sexualidade exaltada, se entrega, para o ato genésico, ao sátiro impudente e gozador, não pode ter a proteção penal**. Não o exige o interesse social, não o reclama a ordem jurídica. É o que diz o acórdão com todas as letras. [...]

II.3. Impropriedade da relativização do consentimento do menor

Feitas todas essas considerações, entretanto, entendo que a discussão quanto à relativização do consentimento do menor de 14 anos encontra-se hoje superada com o advento da Lei n. 12.015/2009 que introduziu o art. 217-A ao Código Penal, assim redigido:

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.

Embora parte da doutrina sustente o entendimento de que ainda se mantém a discussão, agora sob nova roupagem, sobre *vulnerabilidade absoluta* e *vulnerabilidade relativa* – outorgando 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" (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, p. 100) – não vejo como prevalecer tal posicionamento.

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo "estupro de vulnerável". Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.

Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso:

- 1 - Com menor de 14 anos;
- 2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato;
- 3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo –, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.

A propósito, reporto-me a Rogério Greco:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. **Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.**

[...].

O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato

poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*.

[...].

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. **Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.** (*Curso de Direito Penal*, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534, negritei).

Acentua Luiz REGIS PRADO que "as previsões legais *ex novo* têm em vista vítimas específicas – pessoas vulneráveis – que são os menores de 14 (catorze) anos e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Com acerto, **o legislador atual elimina a figura da presunção e cria em seu lugar tipos penais autônomos**" (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2: parte especial, arts. 121 a 249, 11. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 846).

Nesse sentido se alinha a jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. MATÉRIA DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Manifesta a vulneração ao art. 217-A do Código Penal, porquanto a absolvição do agravante, no que concerne ao estupro de vulnerável, se embasou apenas no consentimento da menor e não na ausência de provas da ocorrência da relação sexual, cuidando-se, portanto, de matéria unicamente de direito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp. n. 191.197/MS, rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), 5ª T., DJe 19/12/2014, destaqueei).

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

1. [...].

2. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição

da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp. 1.435.416/SC, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 3/11/2014, destaquei).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, § 1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DENOMINADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE.

1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, *in casu*, porquanto suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. n. 1.418.859/GO, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 10/4/2014,).

Na espécie, destaque-se que o recorrido, para "obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima" (fl. 111). Além disso, **possuía conhecimento pleno acerca da idade da ofendida**, bem como da ilicitude de sua conduta, na medida em que é incontroverso que as relações sexuais com a infante começaram quando esta tinha apenas 11 anos de vida (fl. 110) e que chegou a ser alertado, em depoimento de testemunha referido na sentença condenatória, de que "namorar com menor poderia dar problemas." **Refuto, também por essas considerações destacadas na sentença, a tese de erro de tipo** – por desconhecimento da idade da vítima –, trazida nas contrarrazões ao recurso especial. Essa afirmação não condiz com a insistência acerca das intenções do réu de estabelecer relacionamento estável e duradouro, pois, obviamente, conhecia a ofendida e sua idade não seria dado ignorado.

II.4. Inaplicabilidade do princípio da adequação social

A Defensoria Pública, em sua manifestação de fls. 339-360, **invoca o princípio da adequação social para justificar (e despenalizar) a conduta do réu**. Para tanto,

lembra que "a mãe da vítima casou-se com 13 anos, conforme anotado no Acórdão ora vergastado" (fl. 355). Nesse sentido, ressalta que "na comunidade em que Recorrido e a menor estão inseridos, a relação sexual praticada com menores de 14 anos é aceita, desde que o propósito seja o de constituir matrimônio" (fl. 355). Destaca, por fim, que houve pedido de "seu papel de homem trabalhador, sério e interessado em constituir família" (fl. 355), que servia como abonador de suas práticas sexuais com a menor.

No escólio de Francisco de ASSIS TOLEDO, "... *A adequação social exclui desde logo a conduta em exame no âmbito da incidência do tipo situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos*" (*Princípios básicos do direito penal*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, página 120)

Assim também pontuam NILO BATISTA e Maurício RIBEIRO LOPES, *verbis*:

Como ensina Roxin, "só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos". A conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, 3ª ed., p. 91).

A teoria da adequação social formulada por Welzel surgiu como um princípio geral de interpretação e compreensão dos tipos penais. **Não são consideradas típicas aquelas "condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social, histórico, normal da vida porque são socialmente adequadas"** (...) A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social (RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio *Princípio da insignificância no direito penal*, São Paulo: RT, p. 117)

Ora, a conduta imputada ao recorrente não é apenas imoral e muito menos é aceita como algo dentro da "normalidade social", a não ser que admitamos que o Direito Penal deva adaptar-se a tantos quantos forem os costumes e a moral de cada uma das microrregiões desse imenso país, o que, a par do *nonsense* jurídico que subjaz à idéia, consubstanciaria verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas.

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação

do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – o qual, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.

Com efeito, a aclamada **aceitação do relacionamento**, por parte da comunidade em que vivem os envolvidos, **desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227 da CF), bem como na Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º).**

Em uma palavra, a relatada anuência a esse convívio amoroso (e sexual), por parte das pessoas próximas ao acusado e à vítima, não legitima o ilícito penal em questão, sendo totalmente desimportante, para fins penais, o fato de a mãe da vítima (ou qualquer outra pessoa de seu povoado) ter contraído matrimônio aos 13 anos de idade (ou menos).

A tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista – ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, como a descrita nos autos – segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas.

A tradição, neste caso, não deve servir para abrandar a conduta ilícita do réu, pois à criança são assegurados, nos níveis constitucional e infraconstitucional, direitos inerentes à condição de infante e a ela não podem ser impostas obrigações típicas de um adulto. É de conhecimento geral que meninas que se casam em tenra idade – ainda que por opção e consentimento –, são impedidas (também pelos costumes, ou

pela própria realidade) de estudar e exercer atividades infantis, para poder gerar filhos e cuidar da pesada carga de afazeres domésticos.

Nesse sentido, oportunas são as considerações de João JOSÉ LEAL e Rodrigo JOSÉ LEAL, em *Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado* (Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 32, out-nov/2009, p. 65-66):

[...] Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode-se dizer que a incriminação da conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida. Parece-nos que **o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a idéia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser penalmente garantida contra qualquer ato de natureza sexual.**

Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece-nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade - no caso, uma criança ainda - atenta contra os bons costumes ou, como diz a nova rubrica do Título VI do CP, "contra a dignidade sexual. Em consequência, a lei considera tal conduta sexual ou libidinosa como um ato sexual de evidente violência, que precisa ser reprimido de forma mais severa. O rigor penal se manifesta pela quantidade maior de pena legalmente cominada e, também, pela hermenêutica jurisprudencial, que admite o beijo na boca ou na genitália como ato capaz de configurar o crime de estupro (antes, de atentado violento ao pudor).

Entende o Direito Penal que, durante a infância, período de vida fixado até determinada idade, a criança encontra-se num processo de formação, seja no plano biológico, seja no plano psicológico e moral. Dessa forma, se o agente mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso com alguém menor de catorze anos, o bem jurídico penalmente protegido é considerado indisponível de pleno direito (Destaquei).

Pertinentes, a esse propósito, são as informações extraídas de documento publicado pelo Unicef (*Minimum age of sexual consent*) acerca da idade mínima para o consentimento sexual. O texto deixa claro que o objetivo de se estabelecer critério etário mínimo para incursão na vida sexual é a proteção de crianças e adolescentes de abusos e das consequências da atividade sexual prematura sobre seus direitos e desenvolvimento. Um dos pontos destacados é a gravidez antecipada de adolescentes, circunstância que determina o abandono das escolas pelas meninas. O documento assevera ainda:

[...]

As normas internacionais não indicam qual a idade mínima para consentimento sexual. O Comitê de CRC considerou 13 anos como "muito baixo". A idade deve, porém, evitar o excesso de criminalização dos comportamentos dos adolescentes e impedir o acesso aos serviços. Assim, deve respeitar a capacidade de desenvolvimento da criança e não ser estabelecida em patamar muito elevado. Também deve ser considerado como critério a diferença de idade entre os parceiros envolvidos, como uma indicação do equilíbrio de poder entre eles, para tratar os casos em que dois adolescentes menores de idade estão envolvidos.

Em toda a região, a esmagadora maioria dos países estabeleceu a idade mínima para consentimento sexual entre 14 e 16 anos. No entanto, alguns países fixam uma idade inferior a 14 anos ou acima de 16 anos.

Em vários países, a legislação discriminatória persiste, com base em gênero e orientação sexual (Tradução livre do texto encontrado em http://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm, acesso em 21/8/2015).

Ao concluir, acentuam-se os riscos à saúde a que estão submetidas crianças e adolescentes que cedo ingressam na vida sexual, particularmente porque, dada a falta de informações, estão mais vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis. Por fim, deixa claro que **o estabelecimento de idade mínima para que a adolescente possa livremente consentir ao ato sexual é algo presente na generalidade dos países da América Latina.**

Confira-se:

Quatro países da região estabeleceram a idade mínima para o consentimento sexual abaixo de 14 anos. São eles Argentina, Costa Rica, México e Uruguai. Outros dez estabeleceram essa idade em 14 anos. A maioria dos países do Caribe definiram a idade mínima em 16 anos. Na República Dominicana e no Equador, a idade é fixada em 18 – que pode ser considerada particularmente elevada, tendo em vista que naquele país, por exemplo, os dados indicam que 28,4 por cento dos adolescentes são mães com a idade de 18 anos e as meninas podem se casar aos 15 anos de idade, com o consentimento dos pais (Tradução livre).

II.5. Alinhamento do direito pátrio a outros diplomas penais

O exame da legislação de países centrais reforça a idéia de que é universal a preocupação de conferir plena proteção penal a crianças e adolescentes ainda não totalmente amadurecidos psíquica, física e emocionalmente.

Nos Estados Unidos, a quase totalidade dos estados federados possui legislação proibindo e punindo o sexo consentido com pessoa abaixo de certa idade. Sob variada denominação (*statutory rape, sexual assault, unlawful sexual intercourse, rape of a child, corruption of a minor, carnal knowledge of a minor* etc), alguns estados punem com maior rigor o agente que mantém relações sexuais com adolescente quando a diferença de idade é significativa.

Delaware, por exemplo, pune com pena maior quem é 10 ou mais anos mais velho do que a adolescente. Na Geórgia a pena chega a 10 anos de prisão quando o agente é maior de 21 anos. A Flórida aprovou uma lei – lá chamada *Romeo and Juliet Law* – temperando o rigor punitivo quando o adulto não possui grande diferença de idade em relação à adolescente. (Cfe State Legislators' HANDBOOK for Statutory Rape Issues. Noy S. Davis and Jennifer Twombly. American Bar Association. Center on Children and the Law. Disponível em: <<http://ojp.gov/ovc/publications/infores/statutoryrape/handbook/statrape.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015. Para um estudo comparativo entre todos os estados, com as respectivas penas para o crime de *statutory rape*, consultar a tabela disponível em: <<http://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003<R-0376.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2015).

Na Itália, para citar um país com tradição jurídica similar à nossa, pune-se com pena entre 5 e 10 anos de reclusão quem mantém relações sexuais com pessoa, que no momento do fato: 1) não completou 14 anos ou 2) não completou 16 anos, na hipótese de ser o réu ascendente, genitor, inclusive adotivo, padrasto, tutor ou outra pessoa com quem o menor tenha relação de cuidado, educação, instrução, vigilância ou custódia (*art. 609-quater, Codice Penale Italiano*).

A compreensão essencial extraída dessas leituras é, portanto, a de que **praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente – e, mais ainda, com uma criança** – e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional.

A propósito, enfatizo uma vez mais que **o ora recorrido, que nasceu em 25/4/1985 (certidão de nascimento à fl. 32), já era maior de 21 anos quando iniciou o relacionamento amoroso com a ofendida (nascida em 14/4/1997 – certidão de nascimento à fl. 12), então com 8 anos de idade (sentença fl. 111).**

III. Dispositivo

À vista de todo o exposto, e por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal e, nos aspectos assinalados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a**

sentença condenatória de fls. 109-114, proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI.

IV. Tese assentada

Por se cuidar de julgamento de Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C), proponho a seguinte tese, a derivar das conclusões extraídas deste julgamento:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

ANEXO B - STJ TERÁ POSIÇÃO DEFINITIVA SOBRE CONSENTIMENTO EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL



Ministro decidiu que o tribunal deve se posicionar em virtude da quantidade de decisões favoráveis aos acusados nos estados e de recursos que chegam à corte com este argumento

(Quinta, 05 Março 2015 - 16hrs56min.)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vai decidir se o consentimento da vítima menor de 14 anos possui relevância jurídica para levar a absolvição de pessoas adultas em acusações de estupro de vulnerável – artigo 217-A do Código Penal. O ministro Rogério Schietti Cruz decidiu levar o assunto à 3ª seção do tribunal no dia 5 de fevereiro, por conta do grande número de recursos que têm chegado ao STJ, após julgamentos com resultados diversos – alguns resultando em condenação, outros em absolvição – nos tribunais estaduais. A informação foi divulgada ontem (4) pelo STJ. O resultado deste julgamento vai definir a orientação para solução de causas idênticas, bem como impedirá o recurso, ao STJ, de posições contrárias a esta

decisão. Se o tribunal decidir que não existe consentimento por menores de 14 anos, tal argumento será prejudicado em todos os tribunais do país. Ainda não há data prevista para o julgamento.

A Defensoria Pública da União será convidada a se pronunciar sobre o assunto e todos os processos tramitando em segunda instância no país, sobre este tema, estão suspensos.

A ação foi motivada também por um recurso do Ministério Público Estadual do Piauí contra a absolvição de um réu pelo colegiado do Tribunal de Justiça (TJ) de estado, após a condenação dele a 12 anos de reclusão por estupro de vulnerável. Segundo o processo, o acusado manteve relacionamento íntimo com pessoa menor de 14 anos durante aproximadamente um ano. Ele tinha 25 anos na época.

Os magistrados consideraram que havia um "relacionamento afetivo" entre o acusado e a vítima, e que esta tinha discernimento sobre os fatos e consentiu a prática de sexo. Para o MP, no entanto, "o tipo penal de estupro de vulnerável apresenta considerações objetivas e taxativas", assim, pouco importa se houve consentimento, pois se trata de pessoa vulnerável nos termos legais.

O ministro Cruz já se posicionou contra a idéia de consentimento de menor de 14 anos na prática sexual. Relator de um processo originado em São Paulo, em que um homem de 27 anos manteve relações sexuais com uma menina de 11 e foi absolvido pelos desembargadores do Tribunal de Justiça, Cruz enfatizou que o consentimento da criança ou adolescente não tem relevância na avaliação da conduta criminosa.

Para ele, os argumentos dos magistrados paulistas eram "repudiáveis" e reproduzem um "comportamento judicial tipicamente patriarcal" "É anacrônico o discurso que procura associar a evolução moral dos costumes e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas", diz um trecho do relatório, de agosto do ano passado. O STJ manteve a condenação por quatro votos a um.

Mas há outros casos recentes que ainda aguardam definição. Também no TJ de São Paulo, um fazendeiro da cidade de Pindorama, no interior paulista, foi absolvido da acusação de estupro contra uma adolescente de 13 anos sob alegação de que ele

não tinha como saber que ela era menor de idade, em virtude do seu comportamento.

Acompanhado pela maioria dos desembargadores da 1ª Câmara Criminal Extraordinária do TJ, o relator do caso, que corre em segredo de Justiça, argumentou que "não se pode perder de vista que em determinadas ocasiões podemos encontrar menores de 14 anos que aparentam ter mais idade".

E continuou: "Mormente nos casos em que eles se dedicam à prostituição, usam substâncias entorpecentes e ingerem bebidas alcoólicas, pois em tais casos é evidente que não só a aparência física, como também a mental desses menores, se destoará do comumente notado em pessoas de tenra idade".

O caso é um dos que aguardam a decisão da 3ª seção do STJ.

Fonte: Rede Brasil Atual

(<http://www.bancariosrio.org.br/2013/ultimas-noticias/item/31153-stj-tera-posicao-definitiva-sobre-consentimento-em-casos-de-estupro-de-vulneravel>)