



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA- UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

SONATA DE FIGUEIREDO

O CONSENTIMENTO E A VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE DIANTE DO
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

BRASÍLIA

2013

SONATA DE FIGUEIREDO

**O CONSENTIMENTO E A VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE DIANTE DO
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada no curso de Direito do
Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
como requisito para graduação.

Orientador: Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur.

BRASÍLIA

2013

RESUMO

Em recentes decisões nos tribunais estaduais e superiores brasileiros, tem sido relativizada a vulnerabilidade do menor de 12 a 14 anos na ocorrência de crime de Estupro de Vulnerável. Isso tem ocorrido pelo fato de que alguns magistrados consideram como relevantes o consentimento, a maturidade e a experiência de vida sexual não somente do adolescente, assim como o comportamento do agente do crime. Ou seja, a decisão de cada caso valoriza as características específicas, como deve ser, mas deixa de lado o comando imperativo e genérico da lei. Dessa forma, o consentimento das vítimas nos crimes sexuais, sua idade e seu estado psicológico devem influenciar a convicção do magistrado ao decidir as causas que tratam do crime de estupro de vulnerável, pois tais fatores integram as características próprias do caso concreto e do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal. A jurisprudência brasileira tem decidido tanto pela condenação, quanto pela absolvição do acusado no caso de relacionamento amoroso ou sexual com adolescente maior de 12 e menor de 14 anos de idade, dependendo, muitas vezes, do caso concreto. Sempre em consoante mudança, o direito está continuamente integrado, em acordo com a sociedade que regula. Assim as mudanças sociais referentes à sexualidade dão fundamento a novas leis, tal como no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, que visa criar um novo código penal.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerável. Consentimento. Adolescente. Relativização.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| 1 ESTUPRO: DEFINIÇÕES DO CRIME | 7 |
| 1.1 ESTUPRO: DEFINIÇÕES DO CRIME TIPIFICADA NOS ARTIGOS 231 E 217-A DO CÓDIGO PENAL E AS MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 12.015/2009 | 7 |
| 1.2 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL PREVISTO NO ARTIGO 217-A | 13 |
| 1.3 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL-PLS Nº 236/2012 | 20 |
| 1.4 A VITIMOLOGIA E A AUTOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO | 23 |
| 1.5 O CONSENTIMENTO E A CAPACIDADE DO OFENDIDO | 25 |
| 2 REPERCUSSÃO E ANÁLISE CRÍTICA DE UMA DECISÃO CONTROVERSA | 28 |
| 2.1 DA REPERCUSSÃO | 32 |
| 2.2 ANÁLISE CRÍTICA | 34 |
| 3 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA | 36 |
| 3.1 DA CONDENAÇÃO | 36 |
| 3.2 DA ABSOLVIÇÃO | 40 |
| 3.3 O ENTENDIMENTO DA CORTE CONSTITUCIONAL DO PERU DIANTE DAS RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM ADOLESCENTES ENTRE 14 E 18 ANOS DE IDADE | 46 |
| 3.4 ANÁLISE SOBRE OS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES ABSOLUTÓRIAS | 49 |
| CONCLUSÃO..... | 52 |
| REFERÊNCIAS | 56 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a validade do consentimento do indivíduo maior de 12 e menor de 14 anos diante das relações sexuais, mesmo que tais condutas não gerem reprovabilidade social no meio em que esses adolescentes vivem, uma vez que são aceitas, na maioria das vezes, pelos pais do menor e pela sociedade em que vivem. Assim, o direito deve se preocupar com a lesão do bem jurídico tutelado pela norma, sob a ótica do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Os crimes sexuais são considerados como hediondos pela Lei nº 8072/90. O artigo 217-A do Código Penal, o legislador, no tratar do estupro dos menores de 14 anos de idade, teve a pretensão de que tais condutas tivessem um juízo mais rigoroso, com penas mais severas. Todavia, diante de cada caso concreto, o magistrado deve ver a conduta da vítima, pois deve admitir a possibilidade de ela ter participação no desenvolvimento do crime. Conforme analisado adiante, em jurisprudência recente de tribunais brasileiros, e até mesmo da Corte Constitucional do Peru, a vítima pode ter um papel fundamental para se concluir se houve crime ou não. A falta de violência ou grave ameaça e a validação do consentimento do menor em relacionamentos amorosos e sexuais são circunstâncias que devem ser considerados na tipificação da conduta.

A reflexão acerca do comportamento da vítima menor de idade nos crimes sexuais mostra a dinâmica da sociedade, o desenvolvimento do pensamento acerca da dignidade e liberdade sexual está menos restrito, isso por que os meios de comunicação e a própria cultura colaboraram para tal. Se antes, no código penal de 1890 e 1940, o objetivo da norma penal que trata de estupro era tutelar a moralidade pública, a modificação dada pela Lei nº 12.015/2009 dispõe que o tipo penal que trata do estupro tutele a dignidade sexual. Então a norma deve proteger a intimidade sexual e o direito de disposição do corpo pelo indivíduo, e não a moralidade pública.

Muitos magistrados, ao julgarem processos judiciais que tratam do crime do artigo 217-A do Código Penal, têm entendido pela relevância do consentimento da vítima, uma vez que hoje os adolescentes teriam mais acesso ao conteúdo sexual, e a liberdade para falar sobre o tema é muito maior e carregada de informações, mesmo por que o assunto é tratado entre os amigos e no colégio do adolescente. O entendimento

pela não criminalização de condutas pelo judiciário, que são aceitas pela sociedade e pela suposta vítima, consideram o princípio da intervenção mínima do direito penal. Isso se traduz pela máxima de que o direito penal só deve ser aplicado como último recurso, se de fato houve violação do bem jurídico tutelado pela norma, e se de fato o detentor do bem jurídico necessita dessa intervenção estatal, sob pena de banalização da aplicação da norma incriminadora.

Projetos de lei que validam o consentimento do menor de idade ou que exigem violência ou grave ameaça na conduta do agente para que haja crime e, ainda, jurisprudências nesse sentido têm sido aceitos pela maioria das pessoas, havendo, muitas vezes, aprovação do desenvolvimento dos adolescentes e de seus relacionamentos amorosos. Esses são aspectos sociais presentes nos dias atuais e que devem ser aceitos pelos aplicadores do direito.

1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DEFINIÇÕES DO CRIME

O presente capítulo avalia os elementos que configuram o crime do artigo 217-A do Código Penal, que trata do estupro de vulnerável e da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos e maior de 12 anos de idade.

A Lei nº 12.015/2009 modificou a parte que trata dos crimes contra a dignidade sexual no Código Penal. Entre as alterações, revogou o artigo 224-A que tratava do estupro com presunção de violência que tinha como sujeitos passivos os menores de 14 anos, o débil ou enfermo mental, ou quem não podia, por qualquer razão, oferecer resistência. O revogado artigo presumia que a violência fosse empregada na ocorrência do estupro praticado com os sujeitos passivos descritos no tipo penal e dependia das elementares do tipo dos artigos 213 e 214 (revogados), qual sejam a conjunção carnal e o ato libidinoso. Entrou em vigor, então, o artigo 217-A, que protege o vulnerável, com os mesmos sujeitos passivos do artigo 224-A.¹

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 236/2012, que visa a criação de um novo código penal e muda a configuração de diversos crimes, além de criar novos tipos penais. Entre as mudanças, diminui a idade da vítima do estupro de vulnerável e reduz a pena de reclusão, como será analisado mais adiante.

Dessa forma, é importante discutir as mudanças que foram ou que serão introduzidas no Direito Penal sob a influência das variações sociológicas e históricas da sociedade.

1.1 Estupro: definições do crime tipificado nos artigos 213 e 217-A do Código Penal e as mudanças implementadas pela Lei 12.015/2009.

No Código Criminal Brasileiro de 1830, o verbo do tipo penal do crime de estupro era “estuprar” e abarcava vários atos que tinham conotação sexual, tais como a conjunção carnal, o adultério e os atos libidinosos. Mais adiante, o estupro se

¹BRASIL. Código Penal (1984). *Código Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

estabeleceu no Código Penal de 1890 e de 1940 como conjunção carnal violenta praticada pelo homem na mulher, antes da Lei nº 12.015/2009.²

O Código Penal de 1940, ao tratar dos crimes sexuais, tinha como objetivo a tutela dos costumes, tanto que o Título VI, que tratava desses crimes, era denominado Crimes Contra os Costumes. Assim percebe-se que o objetivo da norma era cuidar da moralidade sexual pública relacionada à própria sociedade e individual relacionada a quem sofreu o crime. Além disso, eram considerados fatores como as características das vítimas, tais como o fato de ela ser virgem, honesta ou prostituta.³

A Lei nº 12.015/2009 mudou o nome do Título VI do Código Penal denominado Dos Crimes Contra os Costumes para o nome Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Essa dignidade assume um caráter valorativo e principiológico, no sentido de que integra a essência humana e sua autonomia de ações e pensamentos, há um liame com a honra também. Essa dignidade está relacionada não somente à questão sexual, mas também ao princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como objetivo a proteção psicológica e física da vítima desse crime.

A palavra Estupro deriva-se de *stuprum*, que abrange todas as relações carnais que sejam praticadas com violência. Isso nos remete à origem histórica do estupro, que há muito tempo sofre reprimenda como ato violento sexual praticado contra a mulher, variando desde pena de multa na Grécia e Roma antiga até sua evolução para a pena de morte na Idade Média, tal como dispõem as Ordenações Filipinas em seu livro V. Em alguns casos, o casamento da ofendida com seu agressor extinguiu a punibilidade do agente. Nesse sentido dispõe o primeiro Código Republicano Brasileiro.⁴

Antes da Lei nº 12.015/2009, o crime do artigo 213 do Código Penal tratava da conduta de constranger mulher à conjunção carnal, e o artigo 214 tratava do constrangimento por atentado violento ao pudor contra qualquer pessoa. Depois da vigência da referida lei, o tipo penal do estupro descrito no artigo 213 é constranger, mediante violência ou grave ameaça, qualquer pessoa a praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com o agente do crime. Dessa forma, não só a mulher pode ser vítima do

²HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. p. 74. v.8.

³MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual do Direito Penal*, parte especial. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

⁴HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. p. 74. v.8.

crime em tese, mas também o homem, assim como foi agregado ao tipo penal o ato libidinoso, que antes se encontrava no artigo 214, que foi revogado.⁵

A conjunção carnal é a cópula vagínica, sendo necessário, para consumação do crime, o toque entre o órgão sexual da vítima com o do ofensor. O ato libidinoso é qualquer outro tipo de coito anormal, ou seja, sexo oral ou anal, ou mesmo qualquer conduta que objetive o prazer sexual, como apalpar seios ou nádegas, e que possam ferir o pudor médio.⁶

A nova perspectiva que os crimes sexuais adquiriram reflete o avanço do pensamento da sociedade em relação à sexualidade, tendo como consequências um tratamento igual entre homens e mulheres em relação ao crime de estupro, e busca também ampliação da tutela penal, em especial, dos menores de 14 anos e de outras pessoas que a lei considera vulnerável, tais como os deficientes e enfermos mentais.⁷

O crime de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 foi revogado pela Lei nº 12.015/2009, e passou a ser modalidade de estupro prevista no artigo 213. O juiz deve-se atentar aos critérios de proporcionalidade, pois há atos sexuais que podem se igualar às conjunções carnis, mas, em contrapartida, há outros que merecem uma aplicação da pena menor. Conforme dispõem os artigos 213 e 217-A do Código Penal:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Estupro de vulnerável

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o

⁵BRASIL. Código Penal (1984). *Código Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶BITTENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁷MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 7ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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.⁸

O elemento objetivo do crime de estupro é constranger alguém a praticar ato libidinoso ou conjunção carnal com o criminoso. É um constrangimento ilegal relacionado à dignidade e à liberdade sexual da pessoa atingida e que está relacionado ao ato forçado ou compelido da vítima de praticar as condutas com conotações sexuais que o agente do crime quer.⁹

Para caracterização do crime de estupro é necessário que a vítima exteriorize a sua vontade de não querer os atos sexuais, ou seja, há um constrangimento do ofendido a praticar tais atos. Fazendo um paralelo entre o crime de estupro e o crime de estupro de vulnerável, este último tem como ação indicada o verbo “ter” conjunção carnal ou ato libidinoso com os sujeitos passivos descritos no tipo penal, enquanto no primeiro, a ação do crime é caracterizada pelo constrangimento da vítima. Por lógica, no estupro de vulnerável teria que se exigir a prática da elementar do tipo, enquanto no estupro do artigo 213 bastaria que houvesse ameaça ou constrangimento da vítima, mesmo que nenhum ato sexual acontecesse, para que a conduta do agente constrangedor fosse considerada típica.¹⁰

O crime do artigo 213 é executado por meio do constrangimento da vítima, por meio de violência ou grave ameaça. Tal violência é material ou real, ou seja, violência física, enquanto que a ameaça é uma violência moral. Sendo assim, para que haja violência é necessário que haja resistência do ofendido, devendo exteriorizar sua vontade contrária aos atos sexuais. Além disso, o consentimento do sujeito passivo exclui a tipicidade da conduta, pois, se houver vontade consciente da pessoa ofendida,

⁸BRASIL. Código Penal (1984). *Código Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79. v.3.

¹⁰CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79. v.3.

não haverá a elementar do tipo. Ou seja, é essencial que a vítima tenha resistência física ou psicológica contra tal conduta.¹¹

Em relação ao sujeito ativo do crime, a violência empregada por ele deve estar em consonância com a sua vontade de praticar o estupro, de tal forma que essa violência deve vencer a resistência da vítima para a consumação do crime.

A ameaça, como dito anteriormente, é violência moral, caracterizada pela produção de medo na vítima de que seja concretizado um mal injusto e futuro.

A caracterização de algo como mal, ou ruim, deve ser observada diante das condições usuais do ameaçado, não da situação concreta e excepcional da ameaça, pois em tal contexto o ameaçado prefere sujeitar-se ao que lhe é exigido a sofrer aquilo que é objeto da promessa do agente.¹²

Assim, o ofendido submete-se à vontade do agente ao mal momentâneo, para não concretizar o mal maior prometido, objeto da ameaça.¹³

O homem ou a mulher podem ser vítimas, no entanto a ação contra a mulher pode ser tanto a conjunção carnal, quanto o ato libidinoso. O estupro contra vítima homem somente poderá ocorrer na modalidade de ato libidinoso, pois a conjunção carnal é considerada a introdução parcial ou total do pênis na vagina. Assim como também não é possível uma mulher praticar estupro por meio de conjunção carnal em outra mulher. Um exemplo é a introdução de um objeto estranho em vítima mulher, feita por homem ou por mulher. Assim sendo haverá a configuração do crime de estupro pela modalidade ato libidinoso.¹⁴

O magistrado não levará em conta as experiências sexuais anteriores ou o nível de pudor pessoal do ofendido, nesse caso será configurado crime se presentes os

¹¹CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.v. 3.

¹²MARCÃO, Renato. *Crimes contra a Dignidade Sexual: comentários ao título VI do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

¹³MARCÃO, Renato. *Crimes contra a Dignidade Sexual: comentários ao título VI do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

¹⁴MARCÃO, Renato. *Crimes contra a Dignidade Sexual: comentários ao título VI do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

elementos objetivos do tipo, e haverá exclusão da tipicidade se houver o consentimento da vítima.¹⁵

Poderá haver crime continuado nos moldes do artigo 71 do Código Penal se houver repetição da mesma conduta, nas mesmas circunstâncias e no mesmo lugar, contra a mesma vítima. O crime de estupro é um tipo misto cumulativo, ou seja, haverá o crime tanto por conjunção carnal, quanto por ato libidinoso. Se os atos libidinosos forem atos preparatórios para a conjunção carnal, que é a preparação para a execução do crime, esses não serão puníveis, pois, no direito penal brasileiro, somente são puníveis os atos executórios, que são as ações que podem consumir o crime.¹⁶

Se a vítima tiver entre 14 e 18 anos, haverá a forma qualificada do crime em tese, ou seja, há uma punição maior pelo fato do estado da vítima, qual seja o impacto que o crime pode causar em pessoas que tenham idade menor, e que não tem o desenvolvimento físico e psicológico sexual completo. Se a vítima é menor de 14 anos, a conduta estará tipificada no artigo 217-A, como veremos adiante.¹⁷

Somente haverá estupro se o agente tiver dolo, que é a vontade de querer o resultado do crime praticado, não sendo possível a modalidade culposa. Nesse sentido, Fernando Capez expõe:

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consubstanciado na vontade de constranger alguém à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, mediante emprego de violência ou grave ameaça.¹⁸

A pena será agravada se o crime for seguido de morte (12 a 25 anos) ou lesão corporal (8 a 12 anos). No crime agravado pelo resultado, deve-se observar o dolo do agente. No caso do estupro, a vontade do ofensor é constranger a vítima a ter conjunção carnal ou ato libidinoso. Se o resultado morte decorrer da conduta dele de estuprar a vítima, não houve intenção de matar, e sim de estuprar. A morte ou a lesão corporal é um resultado decorrente da conduta de estuprar.

O concurso material ocorre quando o mesmo agente pratica uma ou mais ações ou omissões que resultam em dois ou mais crimes. Nesse caso a pena deve ser aplicada

¹⁵MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1339.

¹⁶MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1339.

¹⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1339.

¹⁸CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79. v. 3.

de forma cumulativa, como dispõe o artigo 69 do Código Penal. Assim haverá concurso material entre estupro e homicídio, ou estupro e lesão corporal, na hipótese de que, depois de consumado o estupro, o agente tem o dolo de matar ou lesar a vítima. A diferença está no dolo do agente em ter outra conduta criminosa diferente do estupro.¹⁹

1.2 O estupro de vulnerável do artigo 217-A

O artigo 213 do Código Penal protege os indivíduos de uma maneira geral, enquanto que o artigo 217-A protege especificamente o grupo das pessoas consideradas pela lei como vulneráveis. Analisando esses dois artigos, percebe-se que o legislador quis dar uma atenção especial às vítimas menores de 14 anos, aos enfermos ou deficientes mentais, ou a quem, por qualquer razão, não pode oferecer resistência em relação à conduta ilícita em análise. As elementares do tipo do artigo 213 se aplicam amplamente ao artigo 217-A, pois os dois tratam de tutelar a dignidade e a liberdade sexual dos ofendidos. No entanto é necessário fazer algumas observações. No artigo 213, o tipo penal exige o constrangimento ou grave ameaça à vítima, que poderá ser tanto homem, quanto mulher. No artigo 217-A, o verbo do tipo penal é “ter” conjunção carnal ou ato libidinoso com o sujeito passivo, que são as pessoas que a lei considera vulneráveis. Nesse caso, discute-se a validade do consentimento dessas pessoas. O verbo “ter” não exige a violência ou a grave ameaça para a consumação do delito. Assim, se for feita interpretação literal do artigo 217-A, será vedado ter relações sexuais com pessoas descritas como vulneráveis. Ou seja, com base na interpretação literal, mesmo que não se tenha observado violência e que se tenha consentimento do ofendido, haverá a tipicidade da conduta.²⁰

Desta forma, estaria o legislador suprimindo a liberdade das pessoas consideradas vulneráveis para protegê-las?

A mudança dada pela Lei nº 12.015/2009 não exaure a discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos. A legislação fixou o limite de 14 anos de idade para a pessoa ser considerada vulnerável. Nesse contexto, observa-se o Princípio da Intervenção Mínima, que acontece quando o Direito Penal é chamado para tutelar esse

¹⁹BRASIL. Código Penal (1984). *Código Penal*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁰CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82. v. 3.

bem jurídico, quando já explorados todos os outros meios de proteção (*Ultima Ratio Legis*), ou seja, como último recurso.²¹

A norma incriminadora do estupro tutela a liberdade e a dignidade sexual, e essa proteção dos indivíduos está relacionada ao grau de determinação sexual, ou seja, à liberdade de dispor do bem juridicamente tutelado. Sendo assim, se houver consentimento da vítima para a prática de atos sexuais, haverá aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, pois não houve lesão ao bem juridicamente tutelado, e não há interesse da vítima em tal proteção. Mas, nos casos em que as vítimas forem pessoas que a lei considera como vulneráveis, a ação penal será pública incondicionada a representação, e o legitimado para promover a ação é o Ministério Público.²²

O artigo 217-A reproduziu o artigo 224, no entanto, muda a denominação de presunção de violência que remetia a uma ideia que atuava contra os interesses do acusado, pois tinha um sentido acusador em sua concepção. O novo tipo penal passou a se chamar estupro de vulnerável, pois protege os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais, ou quem, por qualquer razão, não tenha capacidade de oferecer resistência a tal ato, podendo ser homem ou mulher. Tais pessoas são consideradas vulneráveis porque são mais passíveis de sofrer lesões e, assim, necessitam de uma proteção maior.²³

Para a configuração do tipo penal em tela, é necessário o dolo do agente e o conhecimento da condição da vítima, uma vez que, por não existir modalidade culposa, há erro de tipo pelo fato de o agente desconhecer a ilicitude do fato.²⁴

O artigo 224, que protegia o menor de 14 anos, o alienado ou débil mental e quem não pudesse, por qualquer causa, oferecer resistência, tratava do estupro com violência presumida e dependia das elementares do tipo do artigo 213 e do revogado artigo 214. A Lei nº 12.015/09, que revogou o artigo 224 e deu lugar ao artigo 217-A, ambos do Código Penal, pune pelo fato de se ter conjunção carnal ou qualquer outro

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais - bases críticas para a reforma do direito penal Sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29. v. 3.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24. v. 3.

ato libidinoso com o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, ou quem, por qualquer razão, não possa oferecer resistência. O objetivo do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal é proteger a dignidade sexual das pessoas que o próprio tipo considera vulneráveis.²⁵

Os parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A descrevem a forma qualificada. No parágrafo 3º, dispõe-se que, se estupro resultar lesão corporal grave, a pena será de 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão; e no parágrafo 4º, se do estupro resultar em morte, a pena será de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.²⁶

No caso da vítima menor de 14 anos, o consentimento pode ser considerado não válido, pela falta de discernimento, mas pode ser considerada válida se o magistrado levar em consideração o princípio da autodeterminação da pessoa e a sua liberdade sexual. Hoje, a jurisprudência e a doutrina são oscilantes em dizer se a presunção de violência é relativa ou absoluta. Caso o magistrado entenda que a presunção é relativa, ele considerará a capacidade de entendimento do ofendido nas relações sexuais, e se houve consentimento. Capez afirma que a análise da tipicidade da conduta dependerá do caso concreto e que, se for demonstrado que a vítima tinha capacidade de entender o ato sexual e tiver maturidade sexual, não haverá crime.²⁷

A conjunção carnal é a introdução parcial ou total do pênis na vagina, mas o mero contato entre os órgãos genitais também configura conjunção carnal. Ato libidinoso são todas as práticas sexuais, ou de conotações sexuais, que não seja a conjunção carnal, atos que tenham como objetivo satisfazer a lascívia do agente. E pode ser abarcado nesse conceito o beijo lascivo, ou seja, não é necessário que se tenha o toque entre os órgãos genitais, basta que a conduta tenha uma conotação sexual, que, como bem citado pelo autor, tenha o objetivo de satisfazer a libido.²⁸

Em sentido contrário, alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 5597720108260075/ SP, têm entendido que o ato do acusado de apalpar os seios de uma criança com dez anos de idade, apesar de ser moralmente reprovável,

²⁵PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

²⁶CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85. v.3.

²⁷CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29. v. 3.

²⁸JESUS, Damásio. *Direito penal: parte especial*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 103/104. v. 3.

não constitui o crime do artigo 217-A do Código Penal. Essa conduta seria mais bem enquadrada no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais.²⁹

Nesse sentido, segue a ementa do referido julgado:

Apelação Estupro de vulnerável Art. 217-A c.c. art. 226, inc. II, do Código Penal - Réu que apalpou os seios da enteada, criança com dez anos de idade - Recurso defensivo Autoria e materialidade comprovadas Relatos da vítima elucidativos quanto à ocorrência da conduta descrita na denúncia - Reconhecido o elevado valor probatório da palavra da vítima - Condenação mantida Desclassificação da conduta operada pelo agente para a contravenção prevista no art. 65 da Lei de Contravenções Penais - Ao estupro de vulnerável, inserido no rol dos crimes hediondos e cuja pena mínima cominada é de 08 anos de reclusão, não se pode incluir quaisquer atos ofensivos ao pudor, mas somente aqueles de caráter libidinoso que por sua gravidade representem uma grave ofensa à dignidade e à liberdade sexual da vítima - Conduta narrada na denúncia que, embora moralmente reprovável, não representa uma lesão objetiva ao bem jurídico penalmente tutelado pela norma do art. 217-A do Código Penal. Molestação que, nada obstante ser ofensiva ao pudor, não chega a caracterizar crime sexual Simples contatos físicos, ainda que lascivos, sem maior repercussão devem ser enquadrados na Lei de Contravenções Penais. Dosimetria Pese às diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis que demandariam o aumento da reprimenda, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, torna-se incabível o reexame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal em prejuízo do réu, sob pena de se incorrer em indevida violação ao princípio que veda a *reformatio in pejus* Pena fixada em 17 (dezesete) dias de prisão simples, mantidos os fundamentos da sentença de primeiro grau. Recurso parcialmente provido.³⁰

Para a configuração do crime em tese, é preciso que haja um contato físico da vítima com o agente. Assim, o crime não se perfaz se não se der tal ato. Mas na chamada Autoria Mediata ou Indireta, se o agente força a vítima a se masturbar, por meio de coação ou grave ameaça, há estupro, pois existe prática de ato libidinoso.³¹

O toque entre o órgão sexual do agente com o da vítima consuma o crime. Porém haverá apenas a tentativa, se o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguir realizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso.³²

²⁹BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL nº 38680720118070009 DF 0003868-07.2011.807.0009. Rel. George Lopes Leite. Dje:26/04/2012, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 15/05/2012.

³⁰BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL 5597720108260075 SP 0000559-77.2010.8.26.0075. Rel. Salles Abreu. Dje:06/12/2011. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Publicação: 14/12/2011.

³¹NORONHA, Magalhães. Curso de direito processual penal. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113.

³²CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29. v. 3.

A forma simples do crime em questão esta no *caput* e no parágrafo 1º do artigo 217-A, que é ter conjunção carnal e ato libidinoso com o menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental ou quem tenha diminuída sua resistência.

O elemento subjetivo de tal tipo é o dolo, o mesmo do crime de estupro. E não há forma culposa nesse crime. Um exemplo prático é o de que, se o autor não sabia do estado da vítima, seja a enfermidade mental, seja a idade, não haverá crime.³³

A materialidade da infração penal se dará pelo exame de corpo de delito, ou seja, por vestígios materiais. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que esse tipo de prova não é imprescindível, podendo ser substituída por outros meios de prova, quando possível. A prova da conjunção carnal poderá ser colhida se houver constatação de gravidez, contágio de doença venérea ou presença de esperma na vítima.³⁴

A palavra de uma vítima menor de 14 anos, seja ela criança ou adolescente, deve ser aceita com cautela, pois, em tal situação, encontram-se presentes a imaturidade e a precocidade da capacidade de entendimento de diversos atos, entre eles os sexuais. Pelo fato de, na maioria das vezes, o crime não ter testemunha e não deixar vestígios ou provas materiais da ocorrência do delito, a palavra da vítima deverá ser aceita pelo juiz como prova incriminadora, quando estiver em acordo com as demais provas do processo.³⁵

Para que o menor dê seu depoimento em juízo, que pode ser a prova imprescindível para que haja certeza da materialidade e da autoria do crime, é necessário que, para isso, ele se sinta confortável e seguro. A título de exemplo, cita-se o projeto Depoimento sem Dano, desenvolvido em meados de 2003 pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul e que tem como objetivo melhorar as condições em que o menor depõe nos processos judiciais. Assim, os menores que supostamente haviam sofrido abusos sexuais, seriam ouvidos no tribunal presencialmente por psicólogos e assistentes sociais, em uma sala separada da sala de audiência, e à distância pelo juiz, promotor e advogados. Esse projeto visa dar à vítima um ambiente acolhedor, onde ela pode ter mais liberdade para falar sobre os detalhes do crime. Essa medida pode

³³CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29. v. 3.

³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC 25.097- RS, Rel. Min. Paulo Medina, Dje.15/05/2003.

³⁵NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113.

diminuir os danos secundários do crime sexual, que é o trauma no âmbito pessoal e social que resta à vítima.³⁶

Quanto à classificação doutrinária, o crime em tese é material (exige um resultado), instantâneo (se consuma de imediato), admite tentativa, é doloso e pode ser praticado por concurso de pessoas, ou até mesmo de crimes. O crime só é punível na fase de execução, uma vez que a preparação e a cogitação não são puníveis (*itercriminis*) por se tratar de crime material.³⁷

No que concerne às disposições gerais dos crimes contra a dignidade sexual, a regra geral do artigo 225 é que a ação seja pública condicionada à representação. Na sistemática antiga, a ação era privada, e segundo a súmula 608 do STF, se fosse empregada violência real, a ação seria incondicionada a representação, ou então, quando o resultado do crime fosse além do estupro, morte ou lesão corporal grave. A referida súmula não é mais aplicada, pois a reforma implantada pela Lei nº 12.015/09 estabelece como regra que a ação seja condicionada a representação, e, no caso de estupro de vulnerável, a ação seja pública incondicionada a representação. A ação condicionada depende da representação da vítima, para que o Ministério Público possa oferecer denúncia contra o agressor, enquanto que, na ação pública incondicionada, tal ministério tem o dever de denunciar o criminoso, independentemente da representação da vítima.³⁸

O artigo 226 elenca as causas de aumento de pena. Se houver coautoria ou participação no crime por decorrência de concurso de duas ou mais pessoas, a pena é aumentada da quarta parte; da metade, se o agente é descendente, ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, companheiro, cônjuge, tutor, curador, preceptor ou empregador ou quem tenha autoridade sobre ela, por haver uma relação de confiança e de proximidade da vítima com o ofensor.³⁹

As hipóteses do artigo 234-A consideram que, se do crime de estupro resultar gravidez, a pena pode ser aumentada pela metade; e de um sexto até a metade, se o

³⁶MELO, Eduardo Rezende. *Depoimento com Redução de Dano e a Importância de sua Implementação e Funcionamento para Crianças e Adolescentes Vítimas de Maus-Tratos*. Justitia. São Paulo, v. 64, n. 197, p. 387-406, jul/dez.2007. Disponível em [HTTP://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25944](http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25944). Acessado em 05 out.2012.

³⁷MELO, Eduardo Rezende. *Depoimento com Redução de Dano e a Importância de sua Implementação e Funcionamento para Crianças e Adolescentes Vítimas de Maus-Tratos*. Justitia, São Paulo, v. 64, n. 197, p. 387-406, jul/dez.2007. Disponível em [HTTP://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25944](http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25944). Acessado em 05 out.2012.

³⁸CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29. v. 3.

³⁹BRASIL. Código Penal (1984). *Código Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

agente transmite à vítima doença sexual. A pena é aumentada porque, além de a vítima sofrer constrangimento ligado à sua intimidade sexual, o crime produz sequelas que a prejudicam física e psicologicamente.

O estupro constitui-se crime grave, que lesa a liberdade e a dignidade sexual, e a incolumidade física e psicológica da pessoa que o sofre. Em tal ocorrência, há que se ter preocupação com a liberdade de autodeterminação sexual da pessoa atingida.⁴⁰

O artigo 234-B determina que os crimes do título XI corram em segredo de justiça, por abordarem atos que atingem a intimidade e a dignidade das pessoas atingidas de uma maneira muito violenta. Essa medida se torna mais importante ainda no caso do estupro do menor, impedindo qualquer prejuízo diante da publicidade do crime e evitando maiores transtornos psicológicos.⁴¹

Na intenção de justa aplicação da lei penal, o juiz deve analisar as circunstâncias, motivos e consequências do crime para a vítima e para a sociedade, no momento da dosimetria da pena. Não se pode aplicar a pena de um estupro consumado a um ato libidinoso resultado de uma apalpada nos seios, deve-se considerar o princípio da proporcionalidade.⁴²

O crime de estupro, seja em sua forma simples, seja em sua forma qualificada, é hediondo, de acordo com a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Pelo fato de ser esse crime considerado hediondo, havia discussão sobre haver para ele possível progressão de regime e liberdade provisória. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que são possíveis esses institutos em tal ocorrência. Após o acusado cumprir 2/5 (dois quintos) da pena, se for primário, ou 3/5 (três quintos), se for reincidente, e tiver, em ambos os casos, bom comportamento carcerário, haverá progressão de regime. O entendimento atual é de que a pena deve começar a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mas não integralmente, sendo possível a progressão de regime para semiaberto e, posteriormente, para aberto.⁴³

A pena por estupro de vulnerável do artigo 217-A (de 8 a 15 anos) foi elevada se comparada à pena pelo crime de estupro do artigo 213 (de 6 a 10 anos), não sendo mais

⁴⁰PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁴¹CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29. v. 3.

⁴²CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29. V. 3.

⁴³CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85. v. 3.

aplicável o aumento de pena do artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90). No entanto, permanece a hediondez dos demais crimes.⁴⁴

1.3 O anteprojeto do novo código penal- PLS nº 236/2012

O anteprojeto do novo código penal, que é o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, de relatoria do Senador Pedro Taques, do Partido Democrático Trabalhista do Mato Grosso, foi apresentado em 09 de julho de 2012, pela Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp.

A Comissão de Juristas é composta por pessoas que têm notável conhecer jurídico e que são indicados por líderes de vários partidos políticos que têm representatividade no Congresso Nacional. Após a apresentação por tal comissão, um anteprojeto é transformado em projeto de lei e analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal e pelo plenário, para ser posteriormente encaminhado para votação na Câmara dos Deputados.⁴⁵

Um projeto de lei é discutido por uma comissão de 11 (onze) senadores mais 11 (onze) suplentes, e para ele poderão ser propostas mudanças no seu anteprojeto, apresentado pela Comissão de Juristas, antes de ser votado no plenário.⁴⁶

O anteprojeto aqui em questão tem como escopo instituir um novo código penal e altera os seguintes tópicos:

Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). Sendo a Parte Geral dividida nos seguintes Títulos: I - Aplicação da Lei Penal (art. 1º ao 13); II - Do Crime (art. 14 ao 44); III - Das Penas (art. 45 ao 70); VI - Da Individualização das Penas (art. 71 ao 94); V - Medidas de Segurança (art. 95 ao 98); VI - Ação Penal (art. 99 ao 104); VII - Barganha e Colaboração com a Justiça (art. 105 ao 106); VIII - Extinção da Punibilidade (art. 107 ao 120). A Parte Especial tem os seguintes Títulos: I - Crimes Contra a Vida (art. 121 ao 154); II - Crimes Contra o Patrimônio (art. 155 ao 171); III - Crimes contra a

⁴⁴CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85. v. 3.

⁴⁵BRASIL.SENADO FEDERAL. Portal de Notícias. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/09/24/nota-sobre-tramitação-de-projeto-do-novo-codigo-penal>. Acesso em 02 out.2012.

⁴⁶BRASIL.SENADO FEDERAL, Portal Atividade Legislativa/ Comissões. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>. Acesso em 02 out.2012.

Propriedade Imaterial (art. 172 ao 179); IV - Crimes Contra a Dignidade Sexual (art. 180 ao 189); V - Crimes Contra a Incolumidade Pública; VI - Crimes Cibernéticos (art. 208 ao 211), VII - Crimes Contra a Saúde Pública (art. 212 ao 238); VIII – Crimes Contra a Paz Pública (art. 239 ao 258); IX - Crimes Contra a Fé Pública (art. 259 ao 270); X – Crimes Contra a Administração Pública (art. 271 ao 324); XI – Crimes Eleitorais (art. 325 ao 338); XII - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas (art. 339 ao 347); XIII – Crimes Contra a Ordem Econômico-Financeira (art. 348 ao 387); XIV – Crimes contra Interesses Metaindividuais (art. 388 ao 451); XV – Crimes Relativos a Estrangeiros (art. 452 ao 457); XVI – Crimes Contra os Direitos Humanos (art. 458 ao 503); XVII – Crimes de Guerra (art. 504 ao 541). O Código entrará em vigor noventa dias após a data de sua publicação (art. 542). Indica, de forma específica, todas as disposições legais que serão revogadas (art. 543).⁴⁷

O novo código penal propõe que somente serão consideradas vítimas de Estupro de Vulnerável as pessoas que tiverem idade até 12 anos. Ou seja, diminui a idade da vítima de 14 anos, como dispõe o artigo 217-A do atual Código Penal, para 12 anos. Na exposição de motivos do anteprojeto, os juristas explicitam que o Código Penal deve acompanhar o entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece como crianças as pessoas com até 12 anos incompletos, excluindo da proteção mais ampla do estupro de vulnerável os indivíduos menores de 14 anos. Além de a própria expressão “até 12 anos” ser ambígua, pois a lei não faz referência às frações de meses da idade da vítima, podendo-se entender que, quanto à expressão de “até 12 anos”, pode-se levar em consideração tanto quem é menor de 12 anos, como também quem tem os 12 anos completos. Apesar de, no seu artigo 186, que dispõe sobre o Estupro de Vulnerável, o novo código tratar dos indivíduos com até 12 anos de idade, o artigo 503 dispõe que são consideradas crianças quem tenha até 12 anos incompletos. *In verbis*, o artigo 186 e 503 do novo código penal:

Estupro de Vulnerável

Art.186. Manter relação sexual, vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena - prisão, de oito a doze anos.

§1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou quem, por

⁴⁷BRASIL. SENADO FEDERAL. Portal Atividade Legislativa- Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404. Acesso em 02 out.2012.

qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.

Aumento de pena

§2º A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível.

§3º Se o agente pratica crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Art.503. Para efeitos penais, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

O artigo 186 do novo código penal também diminui a pena do artigo 217-A do atual código, que de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, para uma pena mais leve, que é de 8 (oito) a 12 (doze) anos).

Uma das principais mudanças a serem implantadas por esse código é a restrição da violência do estupro, qual seja, retirados os termos “conjunção carnal” e “atos libidinosos” para a adoção dos termos “relação sexual, vaginal, anal e oral”. Os atos libidinosos, diferentemente da conjunção carnal, são tipificados em outros artigos que tratam da Manipulação ou introdução de objetos em vulnerável (artigo 187) e Molestamento sexual de vulnerável (artigo 188).⁴⁸

In verbis:

Manipulação ou introdução de objetos em vulnerável

Art.187 Realizar manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em pessoa que tenha até doze anos:

Pena - prisão, de oito a doze anos.

Molestamento sexual de vulnerável

Art.188. Constranger alguém que tenha até doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral:

Pena - prisão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.

⁴⁸QUEIROZ, Paulo. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/projeto-de-reforma-do-codigo-penal-crimes-contra-a-dignidade-sexual-titulo-iv-capitulos-i-e-ii/>. Acesso em 02 out. 2012.

O projeto em tela ainda poderá sofrer emendas, alterações, ou até mesmo ser rejeitado pelo plenário do Senado ou pela Câmara dos Deputados, ou mesmo, depois de aprovado nas duas casas do Congresso Nacional, ter o veto parcial ou total da Presidente da República. Além do processo legislativo pelo qual o novo código passará, os indivíduos deverão se adequar aos novos parâmetros legais que o legislador lhes impõe.

1.4 A vitimologia e a autocolocação da vítima em perigo

Para se entender o comportamento da vítima em relação aos crimes sexuais, é necessário fazer um breve relato acerca da vitimologia e da autocolocação da vítima em risco.

A vitimologia é o estudo da vítima, analisa o comportamento dela diante da conduta do agente do crime. Assim é considerado a relação que esses dois sujeitos desenvolvem na ocorrência do crime, os aspectos psicológicos e as consequências sociais e legais.

No que concerne aos crimes sexuais, a vítima poderá ter um papel fundamental que incentive a ação do agressor, seja com suas próprias ações ou com suas características pessoais, podendo a vítima ser considerada provocadora ou não provocadora.⁴⁹

A vítima não provocadora é a considerada inocente e que não concorre de nenhuma forma para a ocorrência do delito. A vítima provocadora é aquela que é tão culpada quanto o criminoso, age de forma significativa e determinante, contribuindo para o deslinde da causa. Essa última, em relações aos crimes sexuais, acaba, de maneira consciente ou não, por agir objetivamente para a ocorrência do crime. Ou seja, ela mesma desencadeia uma série de atos que possam levá-la a ser violada sexualmente, o que no Direito Comparado, mais precisamente na França, se chama desejo de violação.⁵⁰

⁴⁹SOUZA, José Guilherme. *Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais*. 1 ed. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998. p. 85.

⁵⁰SOUZA, José Guilherme. *Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais*. 1. ed. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998. p. 85.

O desejo de violação está ligado à própria sexualidade e emoções da mulher. No entanto esse desejo é implícito, secreto e interiorizado, que quase sempre não se exterioriza. Se essa vontade se exterioriza, a mulher criará condições para que o ato sexual violador se consuma.

Nos casos concretos, mesmo que a mulher provoque o ato sexual violador, mas não exterioriza sua vontade para o acontecimento do ato, não importa que o criminoso diga que a vítima quis ou pretendeu o resultado, uma vez que poderá haver outras provas do crime de estupro.⁵¹

Esse é o caso de autocolocação da vítima em risco. A vítima, hoje não é mais entendida como um polo passivo e inerte à ação do agente que pratica o crime. Ela sofre as consequências do crime e cria uma relação com o autor e com o fato criminoso de uma maneira única. No entanto, poderá haver situações em que o autor não influencie de maneira nenhuma a ocorrência da infração penal, e a vítima não cria uma situação de risco, apenas aproveita uma situação e se coloca em risco. De forma que não há uma consciência plena das consequências dessa ação ou omissão, não respondendo o agente pelo resultado.

No caso da autocolocação em perigo, o indivíduo se põe em uma situação de risco por meio de suas próprias ações, de forma voluntária e consciente, sabendo das consequências de seus atos. Essa ação da vítima é determinante para ocorrência da lesão ao bem jurídico. Tanto na autocolocação da vítima em perigo, quanto em risco, tem-se o caso da vítima provocadora.⁵²

O que se deve levar em conta é a capacidade de entender o risco que é causado pela conduta da vítima ou de terceiro, e o perigo que ela oferece para o bem juridicamente tutelado. Nesse caso devem ser vistos elementos como o consentimento, a vontade e a compreensão das consequências do fato.

Em sendo esses conceitos aplicados ao caso concreto, poderá haver uma culpabilização da vítima acerca da lesão ao bem jurídico, podendo-se criar a atipicidade da conduta ou diminuir a pena do agente. Para aplicações dessa natureza, observa-se a

⁵¹ SOUZA, José Guilherme. *Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais*. 1. ed. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998. p. 85.

⁵² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. *Revistas dos Tribunais*. 2004. p. 105.

necessidade de proteção ao bem jurídico e ao seu titular, de quanto disso o Direito Penal disponibiliza, e, ainda, se o indivíduo pode usar seu poder de autotutela.⁵³

O direito penal brasileiro tem levado em conta o comportamento da vítima em relação ao crime. Questões como o consentimento e a autocolocação da vítima em risco são circunstâncias judiciais. Em relação ao consentimento da vítima, será válido quando ela tiver capacidade para consentir, devendo estar a sua vontade eivada de vícios. Assim poder-se-á excluir a tipicidade da conduta, pois a vítima estará dispendo do seu bem jurídico livremente.⁵⁴

Tanto a autocolocação da vítima, quanto o seu consentimento para a lesão ao bem jurídico são questões que a movimentam diante da infração penal. Ela não tem mais um comportamento estático, e sim um comportamento que pode influenciar, em todo ou em parte, o deslinde do crime, pois fatores físicos ou psicológicos podem influenciar o agente ativo. E ela acaba criando uma relação única com o agente do fato típico, pois sofre as consequências de tal conduta.⁵⁵

No caso em que a vítima é um maior de 12 anos, mas menor de 14 anos, o magistrado pode ou não considerar o seu consentimento, pois depende das circunstâncias psicológicas, físicas, culturais, religiosas e até ideológicas que a cercam

1.5 O consentimento e a capacidade do ofendido

O consentimento é a anuência da vítima no cometimento do ato que possa prejudicar o bem juridicamente tutelado.⁵⁶ Para alguma parte da doutrina, o consentimento somente será válido se dispor sobre um bem juridicamente disponível, que seja de interesse individual. Não havendo consentimento, não haverá antijuricidade. Essa permissividade da vítima é uma renúncia à tutela que a lei dá ao bem jurídico, e está ligada ao direito de autodeterminação.⁵⁷

⁵³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. Revistas dos Tribunais, 2004. p. 105.

⁵⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. Revistas dos Tribunais, 2004. p. 106.

⁵⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. Revistas dos Tribunais, 2004. p. 106.

⁵⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 35.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General- Tomo I. Madrid Editorial Civitas. 1997.

Como bem determina a doutrina de Albin Eser e Bjorn Burkhardt, o bem jurídico não se traduz essencialmente na manutenção do bem tutelado, mas sim na liberdade de disposição dele.⁵⁸

Em contrapartida, Claus Roxin diz que o consentimento sempre será excludente de tipicidade, caso em que valora a liberdade de disposição do bem jurídico, pois se esse existe, logo é legítima a vontade da pessoa que renuncia à tutela do direito penal, assim não há lesão. Só haverá lesão ao bem jurídico se a pessoa não tiver interesse na proteção do mesmo, assim racionaliza a própria determinação do interesse.⁵⁹

Mas se o consentimento do ofendido for sempre entendido como excludente de antijuricidade, ou seja, que não vai contra a lei, este poderá ser considerado elemento subjetivo do tipo, sendo integrativo do crime. Consequentemente a conduta da vítima poderá ser supervalorada. Se for o caso de excludente de ilicitude, o acordo da vítima não é integrativo do tipo penal. No entanto, o importante é perceber que se houver o consentimento válido da vítima, não haverá crime.⁶⁰

Para o consentimento ser considerado válido, quem consente deve ter capacidade para tal. No direito penal, essa capacidade de consentir está ligada à capacidade de entendimento do ato que lesa o bem jurídico e as consequências que ele gera. Ou então, poderá ser aplicada a capacidade de fato do Direito Civil, como maneira de complementar o entendimento jurídico.

A capacidade de fato diz respeito à própria aptidão do ser humano para o exercício de seus direitos na vida civil. Ela se subdivide em duas modalidades, a absoluta e a relativa. Na absoluta, a pessoa fica impedida de praticar qualquer ato da vida civil. Na relativa, a pessoa poderá praticar atos na vida civil, mas deverá ser assistida por seu representante legal.⁶¹

Segundo o artigo 3º do Código Civil Brasileiro, são considerados absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil os menores de 16 anos, o enfermo ou deficiente mental que não possui discernimento para a prática de tais atos, e os que, por

⁵⁸ ESER, Albin. *Cuestiones Fundamentales de La Teoría de lo Delito sobre la Base Casos de Sentencias*. Madrid Editorial Colex. 1995.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General- Tomo I. Madrid Editorial Civitas. 1997.

⁶⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 35.

⁶¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 151. v. 1.

causa transitória, não podem exteriorizar a sua vontade. Tratar-se-á de falar aqui apenas do inciso I, que considera os menores de 16 anos.⁶²

A incapacidade de fato em relação aos menores de 16 anos está relacionada à parcial compreensão dos atos civis, pois bem se entende que tais pessoas não têm o pleno desenvolvimento do entendimento em relação a várias matérias, há insegurança nas decisões justamente pela falta de discernimento.⁶³

Como disposto no artigo 3º do Código Civil, a capacidade citada é para os atos da vida civil. No Direito Penal, nem sempre essa ideia de capacidade de fato poderá ser considerada, tendo que se tomar como base a capacidade de discernimento do adolescente e a sua maturidade diante do ato sexual.

⁶² NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 151. v. 1.

⁶³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 152. v. 1.

2 UMA DECISÃO CONTROVERSA

O recurso de Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634 - São Paulo, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, trata do crime de estupro com violência presumida do menor de 14 anos, que antes era prevista no artigo 224-A do Código Penal. Nele foi decidida a existência de violência presumida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, tendo acompanhado a relatora os ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Belizze, Vasco Della Giustina e Adilson Vieira Macabu. Foram vencidos os ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior.⁶⁴

O fato concreto era de um adulto que teve relações sexuais com três menores, duas tinham 12 anos, e uma das adolescentes tinha 13 anos à época do fato. No entanto elas tinham vida sexual ativa, pois agiam como prostitutas na cidade em que moravam, e as relações sexuais foram consentidas. Discutiu-se se a presunção era absoluta ou relativa, e se o consentimento da vítima gera a atipicidade da conduta, além de levar em consideração a vida regressa da vítima, à luz do revogado artigo 224-A do Código Penal.

Segue a ementa do Recurso Especial nº 1021634/SP, objeto do recurso de Embargos de Divergência:

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUARTOZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº10.215/09. VIOLENCIA, PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVANCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art.224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.
2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime.
3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa.
4. “Recurso provido para reconhecer natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o tribunal a quo prossiga no julgamento da apelação”. (REsp 1021634/SP, Rel. Ministro JORGE

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em RESp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

MUSSI, QUINTA TURMA, JULGADO EM 14/09/2010, Dje 04/10/2010.

Os Embargos de Divergência foram recebidos pelo fato de a 5ª Turma ter o entendimento de que a presunção de violência era absoluta e a 6ª Turma entender ser relativa, ambas do Superior Tribunal de Justiça.

A ministra relatora chegou à conclusão de que a presunção de violência é relativa, pelo fato de as adolescentes envolvidas já terem desenvolvimento mental bem avançado em relação ao sexo, e de que elas já se prostituíam há algum tempo e terem amplo entendimento sobre os atos sexuais, logo não houve lesão ou ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, que é a liberdade e a dignidade sexual. Elas tinham o livre convencimento sobre sexo, consentiram na prática sexual, e além do mais o acusado não teria se aproveitado da inocência das menores. A relatora também considerou o depoimento da mãe de uma das adolescentes, que relatou que as meninas já praticavam a prostituição há algum tempo. O ponto central dessa discussão, é que, como elas possuíam maturidade acerca do ato sexual, não houve erro ou coação, mas sim livre vontade de agir de tal forma. Vale a pena citar parte de seu voto:

Destarte, entendo que a decisão do tribunal *a quo* deve ser mantida, haja vista ter levado em consideração as peculiaridades do caso concreto, as quais os julgados desta Corte têm dado relevante atenção para fins de configurar a presunção de violência. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo.⁶⁵

Expõe ainda que o Direito é um dos reguladores sociais, e por isso deve acompanhar as mudanças sociais, não deve ser estático. Pois, se cada vez os adolescentes têm acesso maior á informações relacionadas a sexo, e a vida amorosa começa cada vez mais cedo, o direito deve se adequar a essa nova realidade. Nesse sentido, entendeu a relatora que o artigo revogado 224 do Código Penal expõe a presunção relativa em relação aos menores de 14 anos. Explicita que, nesse sentido, foram julgados, entre outros recursos, os REsp nº 1189374/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011 e REsp nº

⁶⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em REsp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. 3ª seção. DJe:23/03/2012.

804999/SC, Rel. Min. Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 01/02/2010.⁶⁶

O voto do Ministro Adilson Viera Macabu (desembargador convocado do TJRJ), entende que a presunção deve ser relativizada, pelo fato de o entendimento da sociedade e a cultura sobre o sexo terem mudado em relação a outras épocas. A norma penal que trata do estupro do menor de 14 anos está obsoleta e não acompanhou as mudanças sociais. Além disso, diz que pelo fato de a norma em questão ser infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça tem o dever de julgá-la e interpretá-la, tentando aplicar a justiça ao caso concreto, e que tal aplicação se faz mais pertinente que a própria segurança jurídica de homogeneidade de decisões dos dois tribunais superiores.⁶⁷

O voto do ministro Og Fernandes, fala que as interpretações devem ser relativizadas, ainda mais porque o Código Penal é de 1940, e os valores aplicados aos casos daquela época, podem parcialmente ou totalmente não serem mais aplicados, pois a sociedade e a cultura mudam sempre, e o direito deve se adequar a cada situação. Votaram nesse sentido os Ministros Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS) e Marco Aurélio Belizze.⁶⁸

O voto vencido da ministra Laurita Vaz propõe a reflexão sobre a capacidade de compreender a complexidade das relações sexuais e que não há maturidade necessária para entendimento das consequências das ações.

Creio que mesmo no contexto da dita vida moderna, não se mostra razoável atribuir capacidade de discernimento a menor de tão tenra idade, como no caso: duas menores de 12 (doze) anos e uma de 13 (treze), a ponto de considerá-las aptas a consentirem, validamente, com a prática sexual.

Nessa esteira, diante da literalidade da Lei Penal em vigor, parece-me iniludível que quis o Legislador proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infringindo a um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em RESp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em RESp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em RESp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (artigo 3º, inciso I; e artigo 1517).⁶⁹

Assim, a ministra expõe que o objetivo do legislador, ao separar a vítima menor de 14 anos em um tipo penal específico, é a proteção especial, pois o dever de abstenção em relação ao sexo com o menor de 14 anos é obrigação da sociedade como um todo. E ainda afirma que, nesse sentido, foram decididos pela 5ª Turma do STJ nos REsp nº 905.877/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 14/05/2007; e do REsp nº 762.044/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 02/05/2006.⁷⁰

Em seu voto vencido, o Ministro Gilson Dipp diz que há um desrespeito aos direitos dos menores, pois o comportamento da vítima foi supervalorizado em relação à conduta do agente que cometeu a infração penal; e o mais importante, lembra que o comportamento da vítima poderá influenciar nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas não como exclusão de tipicidade. E cita ainda vários julgados do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, expõe:

O tribunal termina por converter injustamente a vítima de estupro em verdadeira ré, julgando-lhe a conduta e reprovando-a, consumadamente e sem qualquer defesa e com enormes efeitos jurídicos negativos, as atitudes, vícios, mazelas ou defeitos, como se fosse ela, a vítima, sujeita ao juízo de condenação em lugar do réu.⁷¹

O voto vencido do Ministro Sebastião Reis Júnior diz que, por se tratar de Embargos de Divergência, o Superior Tribunal de Justiça deve seguir a mesma linha de raciocínio jurídico do Supremo Tribunal Federal, até mesmo para dar segurança jurídica ao direito nacional, de tal maneira que a jurisprudência dos tribunais superiores deve ser uniforme. Como bem explica o ministro, o Supremo Tribunal Federal já tinha jurisprudência consolidada a respeito da presunção absoluta do estupro com violência presumida em que a vítima é menor de 14 anos.⁷²

O fato é que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela relativização no Estupro com Violência Presumida do revogado artigo 224 do Código

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em REsp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em REsp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em REsp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal- HC.81.268/DF. Primeira Turma. rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/11/02; RHC n. 80.613/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02/05/2000; RHC n. 79.788/MG, segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 17/08/01.

Penal, sob o principal fundamento de que o entendimento jurídico deve ser relativizado quando possível, para que as normas possam se adequar aos costumes sociais e tenha maior eficácia em seu cumprimento. E, ainda, que se deve considerar a capacidade de discernimento da vítima acerca do sexo, se ela possui uma vida sexual ativa e se houve consentimento dela para o ato sexual.⁷³

A decisão do referido Embargo de Divergência foi anulada pelo próprio Tribunal no mês de agosto de 2012, por uma análise posterior de requisito de admissibilidade, entendendo que o recurso é intempestivo, ou seja, é nulo.

2.1 Da repercussão

A referida decisão teve ampla repercussão nacional, e até mesmo internacional. O Escritório Regional da América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) criticou a decisão do julgado referido anteriormente. O representante regional da ACNUDH, Amerigo Incalcaterra, disse que tal decisão viola a Convenção sobre os Direitos da Criança, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Além de gerar precedentes perigosos sobre a relativização dos direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, disse:

É indispensável que a vida sexual de uma criança possa ser usada para revogar seus direitos. A decisão do STJ gera um precedente perigoso e discrimina as vítimas com base em sua idade e gênero. (...) Todos os tribunais têm a obrigação jurídica de interpretar e aplicar esses tratados de direitos humanos.⁷⁴

O representante regional apenas tinha enfatizado a preocupação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), que também emitiu uma nota sobre a referida decisão do STJ por meio de seu representante no Brasil, se referindo aos efeitos do acórdão para os direitos das crianças e adolescentes. Para o representante do UNICEF no Brasil, Gary Stahl, o acórdão não seguiu o comando legal do artigo 244-A do

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em REsp 1.021.634/SP (2011-0099313-2) – Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.

⁷⁴ ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <http://www.onu.org.br/escritorio-de-direitos-humanos-da-onu-condena-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-contra-tres-meninas/>. Acessado em mai.2012.

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do artigo 217-A do Código Penal. Os dois artigos criminalizam a exploração e as relações sexuais com crianças e adolescentes. Assim sendo, o Tribunal teria o dever de aplicar o comando legal. Faz menção ainda ao princípio da proteção integral consagrado na Constituição Federal Brasileira no artigo 227, e que os direitos desses indivíduos devem ser promovidos por toda sociedade.⁷⁵

O representante Gary Stahl ainda dispõe que o Brasil, por meio da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), feriu os direitos das crianças e adolescentes e atentou contra a Convenção sobre os Direitos da Criança. Tal convenção foi aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas em sua sessão de 20 de novembro de 1989. Em 1990, se tornou lei internacional, sendo ratificada por 193 (cento e noventa e três) países, inclusive o Brasil. Tal convenção implementa no direito interno dos países signatários o dever de criação de políticas e leis humanitárias que visem ao respeito dos direitos das crianças.⁷⁶

A repercussão da referida decisão também ocorreu no plano nacional, sendo aprovada uma nota de descontentamento pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI). A senadora relatora, Ana Rita (PT-ES), diz que a decisão afronta os direitos constitucionais da criança e “responsabiliza” as vítimas. Na nota da CPMI, é pedida a revisão da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça. Diz a nota:

Parlamentares integrantes da CPMI da Violência Contra a Mulher manifestam-se sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que manteve o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo e absolveu um homem da acusação de ter estuprado três meninas de 12 anos, afirmando que a presunção de violência é relativa, já que as ‘vítimas se prostituíam há tempos’. A decisão proferida afronta os direitos fundamentais das crianças, rompe com sua condição de sujeito de direitos e as estigmatiza para os restos de suas vidas. Rotulando-as como ‘meninas prostitutas’, elas não têm direito à proteção juridicamente garantida. Criança é pessoa em desenvolvimento, vulnerável e exatamente por essa condição, merecedora de toda respeito e proteção conferida pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. (...) A decisão merece ser reformada para

⁷⁵UNICEF-BRASIL. Imprensa. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_23008.htm. Acessado em 09 out.2012.

⁷⁶UNICEF-BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acessado em 09 out.2012.

que neste país o Poder Judiciário seja, de fato, um garantidor e não violador de direitos.⁷⁷

Dessa forma, percebe-se que a decisão teve ampla repercussão não apenas pelo fato de ter absolvido o acusado de ter relações sexuais com adolescentes de 12 anos, mas também pelos seus próprios fundamentos. Nesse sentido, o acórdão afirmou que o consentimento era válido, e o fato de elas atuarem como prostitutas contribuiu, de certa forma, para absolver o acusado. Tal fundamento chocou a comunidade nacional e internacional, remetendo o país à ideia da antiguidade, quando o estupro somente era punível se a vítima fosse virgem ou honesta.

2.1 Análise crítica da decisão controversa

O referido caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça traz à tona a questão do consentimento da vítima e sua atuação sexual, ou seja, sua influência para a ocorrência do crime. Isso tudo contribui para que seja relativizado o entendimento e a vulnerabilidade da vítima adolescente nos crimes sexuais. No caso citado, o fato das adolescentes terem vida sexual degradada e atuarem como prostitutas nos leva à conclusão de que são vítimas provocadoras, pois as suas características e seu comportamento de maneira a querer a violação sexual foram necessários para a ocorrência do crime.

No entanto é necessário respeitar a conduta da adolescente, no sentido de que o procedimento da vítima não deve ter mais importância que a conduta criminosa do ofensor. Como visto anteriormente, de acordo com a doutrina e a jurisprudência citada, há elementos que podem influenciar no caso de estupro em que a vítima seja considerada vulnerável, tais como o consentimento, a idade da vítima e seu comportamento antes e durante o crime. A conduta ou características da vítima não podem ter mais importância que a conduta do acusado.

Deve-se questionar se, no caso em que a vítima é menor de 14 anos, é possível o crime de estupro de vulnerável, levando-se em conta apenas a idade da vítima, uma vez

⁷⁷BRASIL.SENADO FEDERAL. Portal de Notícias. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/29/aprovada-nota-de-repudio-a-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menores>. Acessado em 09 out.2012.

que, no presente caso, elas consentiram no ato e já tinham experiência sexual. No entanto, há que se ter em conta também o grau de maturidade da vítima e o valor do consentimento dela para o ato sexual.

Os magistrados, ao analisarem casos que envolvam crianças ou adolescentes vítimas de crimes sexuais, devem considerar o desenvolvimento sexual e psicológico desses indivíduos, o poder de disposição de seu direito de ter relações sexuais e, ainda, o contexto em que a sociedade vive.

Pois o entendimento sobre relações sexuais encontra-se mais amplo na sociedade contemporânea, e os adolescentes têm mais acesso a informações e a conteúdos sexuais. Isso contribui para o desenvolvimento da personalidade e da sexualidade dessas pessoas. Assim o consentimento e a experiência sexual devem ser considerados pelo magistrado da causa na hora de condenar ou absolver o acusado do crime do artigo 217-A do Código Penal.

3 DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O TEMA

A jurisprudência pátria tem entendido tanto pela absolvição quanto pela condenação do acusado pela prática do crime de estupro de vulnerável em razão da idade da vítima. Os magistrados levam em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto, tais como o desenvolvimento psíquico e fisiológico da vítima, sua relação com o acusado, se tal conduta merece reprovabilidade e a capacidade de consentir da vítima. O que a sociedade espera do magistrado, ao julgar casos que envolvam crimes contra a dignidade sexual, é que haja uma resposta proporcional ao agravo sofrido pela vítima de tais crimes e que seja explicitado se há de fato lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

3.1 Da condenação

Há alguns julgados que se manifestam a favor da condenação do acusado no contexto em que não há validade no consentimento da vítima para qualquer ato sexual, visto a imaturidade e que o desenvolvimento mental e fisiológico não estaria completo, por causa da pouca idade. Assim mesmo, não havendo violência ou grave ameaça, quem tem relação sexual com essas vítimas ditas vulneráveis presume a violência e, assim, deve ser condenado pela prática do crime do artigo 217-A do Código Penal.

Nesse sentido, manifestou-se a 1ª Turma Criminal do TJDFT:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). CONSENTIMENTO DA MENOR PARA A PRÁTICA DO ATO SEXUAL. VULNERABILIDADE. TIPICIDADE.

O consentimento da vítima menor de 14 anos de idade para a prática do ato sexual é viciado pela própria idade, pessoa vulnerável. A norma do art. 217-A protege a menor de 14 anos, por considerar que esta não possui capacidade intelectual e volitiva ou, ainda, maturidade fisiológica para resistir aos impulsos naturais do desenvolvimento corporal.

Evidente a *innocentia consilli* da menor é típica a conduta que se amolda, formal e materialmente, ao tipo penal do art. 217-A do Código Penal.

Apelação desprovida.⁷⁸

⁷⁸ BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL 20100112278836. Rel. Mário Machado. 1ª Turma Criminal. DJe: 12/03/2012.

O relator dispõe que a vítima, por ter à época dos fatos idade de 13 anos, estava em pleno desenvolvimento fisiológico e teria o que ele chamou de “impulsos naturais do desenvolvimento corporal”. Assim, o consentimento da ofendida não afasta a prática do crime de estupro de vulnerável, pois o elemento objetivo do tipo penal é o verbo “ter”, independentemente de consentimento, ainda mais vinda de uma pessoa que não tem maturidade.

Na Apelação Criminal nº 70049239262 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do desembargador João Batista, o entendimento é de que há proibição absoluta por parte da norma penal em manter relações sexuais com menores de 14 anos. Isso independe de grave ameaça ou violência contra a pessoa. Já o revisor Des. Aymoré Roque Pottes de Mello votou pela absolvição do acusado, pois a vítima teria dito diversas vezes que consentira com os atos sexuais, e que se o magistrado não levar em consideração tal consentimento, poderia haver por parte do Estado uma “responsabilização objetiva do acusado”. No entanto, o revisor foi voto vencido, pois a vogal Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich votou com o relator. Segue abaixo a ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MENOR COM IDADE LÍMITROFE. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA, CONSIDERADA RELATIVA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. ALTERAÇÃO DO TIPO. FATO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. DÚVIDA QUANTO AO CONHECIMENTO DO ACUSADO ACERCA DA IDADE DA OFENDIDA, COM QUEM MANTEVE RELACIONAMENTO AMOROSO, BEM COMO DA PRÓPRIA IDADE DA MENOR AO TEMPO DO FATO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO.

Em face da alteração legislativa introduzida pela Lei nº 12.015/2009, não há de se perquirir acerca do consentimento ou de relativização da presunção de violência, que não mais integra o tipo penal. A proibição de manter relações sexuais com vulnerável é absoluta. Por previsão específica, a prova da idade deve ser feita mediante exibição de certidão de nascimento. Ausente esse meio de prova tarifada, não se pode reconhecer presente uma das elementares do tipo. Prova essencial no caso concreto, também em razão da idade limítrofe. Ainda, em se tratando de idade limítrofe, é indispensável comprovar que o autor do estupro de vulnerável tinha conhecimento da idade da ofendida. Dúvida a respeito dessa circunstância, que igualmente afasta a condenação no caso dos autos. Tipicidade reconhecida em tese, não em concreto. Absolvição mantida por fundamento diverso:

insuficiência de prova quanto a uma das elementares do tipo e quanto à consciência da ilicitude. RECURSO DESPROVIDO.⁷⁹

No TJRS, em apelação criminal, a vítima com 13 anos de idade falseou a verdade no depoimento em juízo, afirmando ter sido estuprada. O réu foi condenado pela prática do crime de estupro de vulnerável na 1ª instância. A vítima, com objetivo de se retratar, escreveu uma carta de próprio punho, afirmando que as relações sexuais com seu tio e padrinho haviam sido consentidas. Eis a ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. Não há de se perquirir acerca do consentimento ou relativização da presunção de violência quando o acusado tem conhecimento da idade da ofendida. Regra no sentido de que o menor de quatorze anos não é capaz de consentir com o ato sexual (*innocentia consilii*). A relativização da presunção de violência em crimes sexuais encontra espaço em situações excepcionais, quando o acusado desconhece a idade da vítima e as suas características (...).⁸⁰

O relator desembargador João Batistas Marques Torvo, em seu voto, expõe que mesmo que as relações sexuais tenham sido consentidas, não há em que se falar em presunção relativa quando se trata de estupro de vítima menor de 14 anos. O réu disse em seu depoimento que não sabia ao certo a idade da vítima, mas que tinha uma ideia, porque sua afilhada tinha nascido pouco depois de sua filha que possui 14 anos. No entanto o relator não aceitou tal manifestação, porque o acusado era parente da vítima, além de padrinho. Também o acusado, em seu depoimento, disse que a vítima o assediava, ficando nua em sua frente. O relator volta a enfatizar, em seu voto, que o menor não é capaz de consentir (*innocentia consilii*) e, ainda, que o réu sabia que sua conduta era típica.⁸¹

Afirma ainda que o objetivo do artigo 217-A do Código Penal é proteger a dignidade e a liberdade sexual do menor de 14 anos e que o verbo “ter”, empregado no

⁷⁹BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APL 70049239262, Sexta Câmara Criminal, Rel. João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2012, Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2012.

⁸⁰BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APL 70049239262, Sexta Câmara Criminal, Rel. João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2012, Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2012. >.

⁸¹BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APL 70049239262, Sexta Câmara Criminal, Rel. João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2012, Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2012.

tipo penal, não deixa margem a dúvidas acerca da tipicidade da conduta que envolve relações sexuais com os referidos sujeitos passivos. *In verbis* parte do acórdão:

Assim, a introdução do art. 217-A no ordenamento penal brasileiro passou a evidenciar especial tutela à liberdade e dignidade sexual do vulnerável, não dando margem para que o julgador pondere as nuances do ato, devendo apreciar a objetividade fática e a consequente lesão ao bem jurídico protegido – no caso, liberdade e dignidade sexual da criança.⁸²

Passa-se aqui à análise da Apelação Criminal nº 47100050450 – TJES, de relatoria da desembargadora Catharina Maria Novaes, que se manifestou pela irrelevância do consentimento da ofendida referente às relações sexuais que tinha com seu namorado, com as quais seus pais não concordavam.

A relatora vê a pouca idade da vítima, com 12 anos à época dos fatos, como fator de imaturidade e de não preparo para as relações sexuais, mesmo porque o fator fisiológico ainda está em desenvolvimento. O acusado sabia da pouca idade da vítima porque teria sido advertido pela mãe da ofendida. Ao final, o acusado foi condenado pela prática do crime de estupro de vulnerável. Segue a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 12.0151. As provas dos autos são uníssonas no sentido de que o réu/apelante (21 anos), de forma voluntária e consciente, mesmo após ser advertido sobre a idade da vítima, manteve relações sexuais com a menor de 14 anos, incorrendo na conduta descrita no art. 217-A do CP.217-ACP2. Na espécie, o consentimento da vítima - tal como revelado nos autos - é irrelevante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois o tipo penal em questão tem a finalidade de "proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixam aflorar sua libido com crianças e adolescentes ainda em fase de desenvolvimento" (GRECO, Rogério. Código penal: comentado. 5. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 655). 3. Com efeito, a Lei nº 12.015/2009, ao inserir o art. 217-A no CP, substituiu o regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos (considerada relativa por parcela da doutrina e jurisprudência), então previsto no art. 224 (revogado), pela situação de vulnerabilidade absoluta de tais menores, tornando inválido o eventual consentimento da vítima, por não possuir formação e o necessário discernimento para as práticas

⁸²BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APL 70049239262, Sexta Câmara Criminal, Rel. João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2012, Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2012.

sexuais. 4. Recurso desprovido, mantendo-se a sentença condenatória.⁸³

Conforme visto nos julgados citados supra, a tendência em condenar os acusados pela prática do crime de estupro, mesmo diante de relacionamento amoroso com muitas vezes conhecimento dos pais, e em que haja consentimento da adolescente para a prática sexual, se baseia na legalidade da decisão. Os magistrados percebem que o tipo objetivo do artigo 217-A do Código Penal, qual seja o verbo “ter”, é imperativo e objetivo, não tendo que levar em consideração quais elementos que envolvam a vítima. Entende-se que ter relações sexuais com menores de 14 anos é crime, não havendo que se falar nas características da vítima, se ela se colocou nua em frente ao acusado, se ela estava apaixonada, não importando se houve provocação.⁸⁴

Além disso, as decisões condenatórias admitem que não haja valor no consentimento da vítima, por ela não ter capacidade, nem maturidade para entender as relações sexuais. A vulnerabilidade não abrange somente o fator sexual (se ela tem vida sexual ativa, se agiu como vítima provocadora), mas também a vulnerabilidade psicológica e fisiológica, que leva à permissividade por causa da pouca maturidade da vítima.

Nesse sentido, já se manifestaram: o TJES - Apelação Criminal nº 45100020028, Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Órgão julgador: Primeira Câmara Criminal, Data de Julgamento: 01/02/2012, Data da Publicação no Diário: 10/02/2012; o TJSP - Apelação Criminal nº 0002860-38.2010.8.26.0417, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 20/10/2011, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 24/10/2011; e o TJPI - Apelação Criminal nº 201200010002667 PI, Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 08/05/2012, 2ª Câmara Especializada Criminal, dentre outros.

3.2 Da absolvição

⁸³BRASIL. ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. APL 47100050450. Rel. CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS - Relator Substituto: JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DJE: 21/03/2012, Data da Publicação no Diário: 02/04/2012.

⁸⁴BRASIL. ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. APL 47100050450, Rel. CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS – Rel. Substituto JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DJE: 21/03/2012, Data da Publicação no Diário: 02/04/2012.

No que tange ao namoro entre vítima menor de 14 anos e indivíduo maior de idade, muitos magistrados têm entendido que a suposta vítima tinha noção sexual quando estabeleceu um relacionamento amoroso e sexual, ou seja, têm considerado a relatividade da vulnerabilidade da menor de 14 (quatorze) anos. No entanto, para se chegar a essa conclusão, o magistrado deve levar em consideração as provas testemunhais nesses casos, porque os depoimentos das testemunhas próximas é que irão confirmar a versão do acusado de que, de fato, havia um relacionamento amoroso. Nesse liame, o consentimento e conhecimento dos pais em relação ao relacionamento amoroso da vítima e do acusado, dá certa viabilidade ao pedido da defesa de absolvição do acusado, por analogia, para beneficiar o acusado. Sob a ótica do Direito Civil, o incapaz é representado pelos seus pais no que tange aos atos da vida civil. Se os representantes legais foram de acordo com o relacionamento amoroso, e não houve violência, seria possível absolver o acusado do crime do artigo 217-A do CP. Acerca disso, se manifestou certa parte da jurisprudência:

Apelação Estupro de vulnerável. Recurso defensivo Absolvição pretendida Procedência Réu que negou ter conhecimento da idade da menor. Relação sexual consentida entre a vítima e o acusado. Testemunhas dando conta de que a ofendida aparentava ter mais idade do que realmente tinha Inexistência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado Violência presumida que não tem caráter absoluto, devendo será analisada com acuidade caso a caso Precedente C. STJ Absolvição de rigor Sentença reformada. Recurso provido. ⁸⁵

O magistrado da apelação citada supra se baseou nos depoimentos das testemunhas que reconheciam o relacionamento amoroso da menor com o acusado, e ainda expôs que as crianças e adolescentes na sociedade atual têm mais acesso a informações relacionadas a sexo, assim como mais liberdade para falar sobre o tema. E continuou no sentido de que a vítima não poderia ser considerada vulnerável, porque vestia roupas que mostravam muito seu corpo (decotes, roupas justas e curtas), e que andava sempre com um preservativo na bolsa. Veja-se parte do acórdão:

Assim, diversamente do alegado, embora a vítima fosse menor de 14 anos de idade, não era de toda ingênua, pois além de usar roupas decotadas e curtas, que não condiziam com sua idade, guardou um preservativo utilizado durante um das relações que manteve com o recorrido, conforme relatado por sua própria genitora. ⁸⁶

⁸⁵BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL 2168-33.2007.8.26.0453. Rel. Salles Abreu. 4ª Turma Criminal.

⁸⁶BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL 2168-33.2007.8.26.0453. Rel. Salles Abreu. 4ª Turma Criminal.

Baseado nas provas testemunhais e em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tais como o Recurso Especial nº 1.021.634/ SP, objeto desse estudo, cita o julgado abaixo:

ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinadas no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa. 2. "Agravo regimental a que se nega provimento."⁸⁷

O julgado citado acima não foi o único nesse sentido. A Apelação Criminal nº 824.691-9, de relatoria do desembargador Miguel Pessoa, do Tribunal de Justiça do Paraná, detectou, no caso concreto, que havia de fato um relacionamento amoroso do acusado com a suposta vítima e que os pais da última sabiam dessa condição. Valeu-se também dos princípios da ofensividade e da intervenção mínima, que devem ser aplicados diante de uma possível experiência da vítima e de seu consentimento. Além disso, do fato de que os adolescentes menores de 14 anos têm mais acesso a conteúdo que informa sobre sexualidade e de que o juiz terá de interpretar a norma no sentido de analisar se houve apenas "namoro" ou crime de estupro. Segue a ementa do julgado:

ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL. MENOR E RÉU MANTINHAM RELACIONAMENTO AMOROSO COM O CONSENTIMENTO DOS PAIS DELA. AFASTAMENTO QUANTO AO ENTENDIMENTO A RESPEITO DA VULNERABILIDADE DA OFENDIDA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. ADOLESCENTE PRECOCEMENTE AMADURECIDA TANTO FÍSICA COMO EMOCIONALMENTE. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. ART. 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO.⁸⁸

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o desembargador relator João Timóteo de Oliveira, no acórdão da Apelação Criminal nº 20111210033369 - 2º Turma Criminal, expôs em seu voto que, diante do artigo 224-A, agora revogado, e do artigo 217-A, todos do Código Penal, os tribunais têm decidido de acordo com o princípio da intervenção mínima, e com o comportamento social diante do sexo. Visto

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg em RESp 1303083/MG, Min. Jorge Mussi. 5ª Turma, DJe 27/04/2012.

⁸⁸ BRASIL.PARANÁ. Tribunal de Justiça. APL 824.691-9. Rel. Miguel Pessoa. 4ª Turma Criminal.

que a sociedade vive uma fase de maior liberdade sexual, seria possível que o indivíduo com menos de 14 (quatorze) anos possa consentir.⁸⁹

Relata, ainda, que, diante de provas nos autos, que possibilitam ao magistrado analisar que a suposta vítima tinha capacidade de entendimento acerca das relações sexuais, e não havendo violência real, grave ameaça ou constrangimento sexual, não há que se falar em intervenção estatal para reprimenda da conduta do acusado. O fundamento da lei penal é repreender o comportamento violento e, se houve consentimento da vítima, não há que se falar em punição pela conduta. Veja-se a ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FARTO CONJUNTO PROBÁTORIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSUMAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato.

2. Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo. 3. Recurso provido.⁹⁰

O relator analisou inclusive o fato de a ofendida e o acusado manterem um relacionamento amoroso com prática de relações sexuais, de conhecimento da família de ambos, atendo-se às provas nos autos e aos depoimentos de testemunhas, que atestaram a existência do namoro, e, ainda, ao fato de a vítima dizer ter consentido com as relações e que os dois estavam na constância de um relacionamento amoroso. Nesse sentido:

Assim, apesar do interesse da sociedade em preservar nossas crianças, da liberalidade sexual que hoje nos atinge, não se pode apenar tal gravemente uma pessoa, como por exemplo, no crime de

⁸⁹BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL20111210033369. Rel. Des. João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal. Dje21/09/2012.

⁹⁰BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL20111210033369. Rel. Des. João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal. Dje21/09/2012.

estupro, cuja pena mínima é 8 (oito) anos, apenas por se envolver amorosamente e sexualmente com uma menina de 12 (doze) anos, que se mostra com atitudes de mulheres seguras.⁹¹

Pelas razões expostas, o acusado foi absolvido com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, e por não constituir o fato infração penal.

Assim, parte dos tribunais brasileiros tem entendido pela absolvição do acusado com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, reconhecendo a atipicidade da conduta dos acusados, em face de relacionamento amoroso e sexual deles com as vítimas menores de 14 anos e uma vez que as adolescentes tinham capacidade de compreender as relações sexuais, seus pais tinham conhecimento da relação e que muitas delas já tinham experiência sexual anterior.

Importante notar que os magistrados que julgam processos de crimes de estupro de vulnerável, em que há relacionamento amoroso entre a vítima e o acusado, têm o cuidado de ver o comportamento da vítima, antes e durante o prosseguimento do processo.

Conforme analisado na Apelação Criminal de São Paulo, o magistrado valorou a condição da vítima de ter tido relações sexuais anteriores, de que andava com preservativos na bolsa e de que suas roupas eram curtas ou decotadas. Valeu-se desses argumentos por achar que a vítima teria agido de forma provocadora em relação ao acusado e que, assim, queria as relações sexuais.⁹²

Outro caso envolve uma menor com idade de 13 anos que namorava o acusado, consentia com as relações sexuais e cujos pais apoiaram o relacionamento, chegando a morar com ele por um curto período de tempo. Não se viu grau de reprovabilidade na conduta do acusado, porque o relacionamento era aceito no meio social de ambos. Segue a ementa do julgado:

Apelação. Estupro de vulnerável. Absolvição em primeiro grau. Possibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Palavras da vítima coerentes e harmônicas, amparadas pelos demais elementos de convicção coligidos. Relação de namoro entre vítima e réu. Relações sexuais que decorreram naturalmente do relacionamento amoroso. Consentimento válido da vítima para a prática da conjunção carnal.

⁹¹BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL20111210033369. Rel. Des. João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal. Dje 21/09/2012.

⁹²BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL 2168-33.2007.8.26.0453. Rel. Salles Abreu. Quarta Turma Criminal.

Absolvição mantida nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. Recurso do Ministério Público não provido.⁹³

Em seu voto, o relator, Desembargador Sérgio Coelho, citou a Apelação nº 2773-73.2006.8.26.0627, de relatoria do Desembargador Souza Nucci, decidida pela 16ª Câmara de Direito Criminal, que expõe que o magistrado deve analisar o caso concreto. No presente caso, a suposta vítima, menina com idade entre 12 e 14 anos, morava com o acusado, inclusive constituíram família com o nascimento de um filho. Assim não seria possível o magistrado entender pela vulnerabilidade absoluta devido à realidade social. Nesse sentido:

“Apelação. Estupro de vulnerável. Vítima, com 13 anos de idade, mantinha relação sexual com o recorrente, à época com 20 anos, mantendo, também, relação amorosa, consistente em namoro com o mesmo, possuindo um filho juntos. Vítimas maiores de 12 anos e menores de 14: imprescindível a análise de discernimento, não devendo o magistrado, de início, enquadrar a situação como vulnerabilidade absoluta. Realidade social reveladora de contexto diverso. Consentimento pleno da ofendida devidamente demonstrado.

7 Conduta atípica. Absolvição. Provimento.

(...)

Destarte, a sociedade não pode vender-se à realidade social, pois meninas iniciam a vida sexual cada vez mais cedo, seja por serem estimuladas pelos programas televisivos, cuja qualidade educacional decai periodicamente, seja por amizades de variadas idades, ou por outros motivos igualmente relevantes. Assim, restando demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. “Ela nada fez que não tivesse vontade a tanto” (TJSP - Apelação nº 0002773-73.2006.8.26.0627, j. 08.05.2012, V.U.).

No Habeas Corpus nº 88.664, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o voto vencedor, do Ministro Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), faz alusão ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo que o menor infrator com idade de 12 anos, por exemplo, segundo a legislação, é capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e sofre medida socioeducativa por isso. Então, se ele é capaz de sofrer sanções

⁹³BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL4361-17.2010.8.26.0097. Rel. Sérgio Coelho. 9ª Câmara de Direito Criminal. Dje: 07/02/2013. Publicação: 15/02/2013.

pelas suas condutas ilícitas, poderia ser capaz de consentir em seus atos sexuais, assunto de foro íntimo. Assim citou Carlos Antônio R. Ribeiro:

(...) se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.⁹⁴

O jurista dispõe ainda que, no caso concreto, a menor tinha plena consciência do que estava fazendo e que o problema seria que o Direito Penal brasileiro não dá valor ao consentimento da menor de 14 anos. No entanto, nos lembra que o Código Penal é de 1940 e que nele o objetivo do legislador era outro ao definir tamanha rigidez no tocante às relações sexuais. Além disso, que os magistrados, ao julgarem esse tipo de crime, deverão fazê-lo à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, seria incontroverso haver punição ao menor com idade de 12 anos pelos atos infracionais e não atribuir validade ao consentimento nas relações sexuais.

Os magistrados brasileiros, ao julgarem o crime de estupro de vulnerável, consideram que, em casos concretos que não tenham tanta reprovabilidade social, o namoro da ofendida com o acusado, o amplo conhecimento dos pais da menor diante da relação e, principalmente, a idade e consentimento da vítima para as relações sexuais são fatores que pesam na absolvição.

3.2.1 O entendimento da corte constitucional do Peru diante das relações sexuais consentidas com adolescentes entre 14 e 18 anos de idade

Visto a importância desse assunto, no Peru foi discutida a validade do consentimento do maior de 14 anos e menor de 18 anos de idade. O Tribunal Constitucional daquele país decidiu no sentido de que as relações sexuais consentidas com tais pessoas isenta de responsabilidade penal, declarando inconstitucional o artigo 1º da Lei nº 28704, que modificou o artigo 173, inciso III, do Código Penal do Peru. A

⁹⁴ RIBEIRO, Carlos Antônio R. *Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. n. 12, p. 216. v. 5.

Suprema Corte peruana entendeu que, pelo fato de ter ratificado a Convenção sobre os Direitos da Criança – que dispõe que será levado em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, além do respeito aos seus direitos –, aquela nação deve assegurar ao menor esse direito, que abrange a garantia de poder desenvolver a sexualidade livremente, isso inclui o desenvolvimento de sua personalidade.⁹⁵

O artigo 173, inciso III, do Código Penal do Peru, declarado inconstitucional, tinha como elemento objetivo do tipo ter relações sexuais, mesmo consentidas, com pessoas entre 14 anos e 18 anos, com pena de 25 (vinte e cinco) a 30 (trinta) anos. Os demandantes alegaram que nele há violação ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, e que os adolescentes não teriam acesso a conteúdo informativo sobre a saúde sexual, e desta forma estariam sendo privados de ter relações sexuais, sob pena de tal conduta de foro íntimo ser considerada ilícita. Além disso, teria que ser levado em consideração o princípio da lesividade, proporcionalidade e finalidade das penas, e ainda o caráter subsidiário do Direito Penal, pois há que se perceber se houve lesão ao bem jurídico.⁹⁶

Os demandantes ainda alegam que, ao não permitir que adolescentes tenham vida sexual, estaria prejudicada a noção de que eles são “sujeitos de direitos”, pois a maneira como cada um deve decidir sobre sua vida sexual não depende somente da idade, mas há que se levar em conta a maturidades dessas pessoas e seu estado psicológico.⁹⁷

Para a Corte Constitucional do Peru, o Estado deveria, de certa forma, apoiar o início da vida sexual. O raciocínio desenvolvido foi que, se há proibição de relações sexuais com tais pessoas, haveria uma clandestinidade na conduta dos adolescentes. A exemplo, o médico no Peru, ao saber de uma adolescente grávida, teria de reportar o caso imediatamente às autoridades competentes. Dessa forma, as adolescentes grávidas não procurariam os hospitais, não teriam acesso ao pré-natal eficiente e ao apoio psicológico, e nem, antes disso, acesso à proteção contra doenças sexualmente transmissíveis, o que foi arguido pelo *amicus curiae* Fundo de Populações das Nações Unidas e Programa Conjunto de Nações Unidas sobre AIDS/HIV.⁹⁸

Nesse sentido, o magistrado da Suprema Corte do Peru afirma:

⁹⁵ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente n° 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.

⁹⁶ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente n° 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.

⁹⁷ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente n° 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.

⁹⁸ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente n° 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.

Finalmente considera necessário assinalar que existem casos nos quais- sem dúvida- o consentimento seja válido e real, em atenção a que se acreditará na existência de uma relação sentimental na qual não existe manipulação por parte de um terceiro, suposições que deveriam ser avaliados e ponderados- caso por caso- pelo juiz penal que analisa a causa, já que não pode se aplicar de maneira indiscriminada a norma penal, devendo existir critérios válidos e constitucionais que merecem um ponderado estudo do julgador (*tradução nossa*)⁹⁹.

Pelo fato de os menores de idade se encontrarem em uma situação de maior vulnerabilidade, seja física ou psicológica, em relação ao adulto, deve-se cuidar do interesse do menor com mais atenção, uma vez que estão em fase de desenvolvimento sexual e psicológico. Por essa razão, a Constituição Federal daquele país leva em conta o princípio do interesse superior da criança e do adolescente. De certa forma, os direitos inerentes a esses sujeitos têm certa “superioridade axiológica” em relação aos direitos dos demais. Assim, a constituição, ao estatuir tais direitos de forma positiva, também deve ser vivida pelos destinatários desses direitos.¹⁰⁰

O ministro Calle Hayen afirma que, conforme pesquisas em diversos países e como é constatado também no Peru, o início da vida sexual se dá aos 12 anos. Mas, ainda assim, não há desenvolvimento de políticas públicas a fim de preparar tais indivíduos para ter relações sexuais. E que é devidamente aceitável que o Estado puna com mais rigor as relações sexuais com violência ou grave ameaça contra o menor de idade, mas que isso não é justificativa para punir todas as relações amorosas ou sexuais com tais indivíduos. O poder se relacionar com quem quiser faz parte da liberdade e da dignidade sexual.¹⁰¹

A corte constitucional aduz, ainda, que o direito fundamental à autodeterminação está intimamente ligado ao desenvolvimento e à liberdade sexual do adolescente, e consiste em ele poder dispor de sua sexualidade. Isso garantiria a própria dignidade sexual que a norma penal visa proteger. Assim, o direito penal só deve intervir se a liberdade e a dignidade sexual do ofendido forem violadas. Se a relação

⁹⁹ Finalmente considero necesario señalar que existen casos em los cuales- sin duda- el consentimiento sea válido y real, em atenciones a que se acreditará la existencia de una relación sentimental en la cual no ha existido manipulación por parte de un tercero, supuestos que deberán ser evaluados y ponderados- caso por caso- por el juez penal que analice la causa, ya que no puede aplicarse de manera indiscriminada la norma penal, debiendo existir criterios válidos y constitucionales que ameritaran un ponderado estudio del juzgador.

¹⁰⁰ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente n° 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.

¹⁰¹ PERU. Tribunal Constitucional. Expediente n° 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.

sexual for consentida, não há que se falar em intervenção do Estado, sendo configurado o âmbito de aplicação do direito penal como *ultima ratio*. Resolvendo a Corte Constitucional por validar o consentimento das pessoas entre 14 e 18 anos de idade para a prática de relações sexuais.¹⁰²

3.3 Análise sobre os fundamentos das decisões absolutórias

As decisões que absolvem acusados de crimes sexuais, nos casos em que há um adolescente que consente e que tem discernimento sobre práticas sexuais, entendem que o adolescente tem mais acesso ao conteúdo sexual por meio de programas de televisão, músicas, livros, revistas, filmes, e a sociedade quebrou o tabu sobre o sexo, fala-se mais abertamente sobre o assunto.

O dinamismo do direito deve ser considerado a ponto de a lei ter aplicabilidade e sentido, mesmo por que a não lesão ao bem jurídico tutelado pelas normas que velam pela dignidade sexual não exige a atuação do Direito Penal. Não exige porque, conforme visto nos casos em que houve absolvição do acusado, na maioria das vezes, há aceitação dos pais e do ambiente social da suposta vítima sobre o namoro com o maior de idade. Não há reprovabilidade da conduta.

O caráter etário admitido pela lei não deve ser considerado isoladamente pelo juiz da causa, pois se deve pesar também que, se há desenvolvimento psicológico e maturidade sexual da vítima, isso não quer dizer que ela tenha de ter experiência anterior, mas que tenha entendimento sobre as consequências dos atos sexuais.

O caráter moralista do legislador de 1940 é totalmente diferente do pensamento da sociedade atual, mesmo por que, na atualidade, as pessoas se autodeterminam sexualmente, a liberdade sobre a disposição do corpo é muito maior, não somente no âmbito legal, mas também aceito, na maioria dos casos, pelas pessoas. Nesse sentido, o jurista Paulo Queiroz dispõe:

Mas que não é todo exato, uma vez que em diversos momentos o legislador (no Brasil e no mundo) criminaliza, direta ou indiretamente, condutas sexuais não violentas e livremente consentidas,

¹⁰² PERU. Tribunal Constitucional. Expediente n° 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.

contrariamente à própria vontade dos sujeitos sexualmente envolvidos.
103

Se por um lado há o princípio constitucional de proteção integral ao menor e a interpretação literal do comando legal, levando-se em conta sua imperatividade, por outro lado há a adequação do direito aos valores culturais e morais da sociedade, e em certa medida, o valor do consentimento e a liberdade de escolha para dispor do bem jurídico tutelado a qualquer momento.

O consentimento no Direito Penal considera a maturidade da vítima e sua capacidade de entender os atos sexuais e suas consequências. Logo, para apreciação e julgamento do caso concreto, como foi feito pelos juízes, terá de ser realizada análise da vítima e de seu comportamento.

A aplicabilidade da norma penal é para dar proteção aos sujeitos passivos, mas não há que se adotar uma postura de populismo penal, que é aplicar penas mais graves com objetivo de combater a criminalidade. Deve-se observar a proporcionalidade da conduta que viola o bem jurídico protegido pela lei, que é a proteção da dignidade sexual, conseqüentemente, a proteção à dignidade da pessoa humana.

A ideia do sujeito passivo do crime de estupro é subjetiva, mas deve ser levada em conta, pois deve-se admitir que nem todos se desenvolvem intelectualmente da mesma maneira, o que se tem de fato é apenas uma expectativa de consciência que o menor tenha sobre os atos sexuais, para que seja considerado o seu consentimento.

Se for analisado que não há violação do bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do Código Penal, em casos em que não há violência ou grave ameaça, nos quais haja consentimento da adolescente e aprovação dos pais nas relações amorosas dela com pessoas maiores de 18 anos, admitir-se-á que o juiz corre o risco de incorrer no chamado “populismo penal”.¹⁰⁴

O populismo, apesar de ser uma estratégia geralmente usada na política, tem sido exercido no Direito Penal. É uma técnica em que o indivíduo, ao tentar saciar as necessidades imediatas, com a instabilidade da segurança pública que a população tem,

¹⁰³ QUEIROZ, Paulo. Crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/crimes-contra-a-dignidade-sexual/>. Acessado em 01 abr.2013.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Magistratura oprimida e populismo penal*. Ne Artigos. Disponível em: http://www.nenoticias.com.br/76585_magistratura-oprimida-e-populismo-penal.html. Acessado em: 02 abr.2013.

gera certa lealdade às autoridades. Nesse sentido, decisões calcadas no medo e na reprovação que a sociedade tem de crimes sexuais, a moralidade atingida é tamanha que há aprovação por parte da população em aplicação de penas mais graves.¹⁰⁵

O juiz, no aplicar penas mais altas aos crimes, tenta introduzir uma ideia de segurança. Como dito por Frederico Figueiredo, seria “um combate preventivo ao mal” e “uma ideia absoluta de justiça”. Isso por que, na mentalidade de um juiz que aplica penas mais duras, é uma tentativa de combate à criminalidade. É evidente que não é o caso de todas as decisões que condenam acusados, mas, na maioria das vezes, é o que fica evidenciado.¹⁰⁶

O rigor na aplicação de uma lei mais dura não é a solução para a insegurança pública, tornando reprovável qualquer conduta que abale a moral. Não se deve esquecer de que as decisões judiciais devem ser calcadas na lei e na razoabilidade da sua aplicação ao caso concreto.¹⁰⁷

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como foi o entendimento do voto do magistrado Celso Limongi no Habeas Corpus nº 88.664 – GO, do Superior Tribunal de Justiça, os indivíduos com idade de 12 anos já têm capacidade de entendimento sobre atos ilícitos, tanto que há aplicação de medidas socioeducativas. Assim os juízes, ao se depararem com causas que envolvam consentimento e entendimento de adolescentes diante de relações sexuais, e a aceitação dos pais acerca da relação, devem agir em sua análise do caso concreto de modo cauteloso, sendo ponderado quando de fato é preciso aplicar a lei penal.

Logo há que se considerar, como feito pelo Tribunal Constitucional do Peru, o direito de autodeterminação da pessoa, a ponto de se poder decidir os ramos de sua vida sexual, talvez, validar o consentimento dos adolescentes. Isso seria de fato garantir a liberdade sexual.

¹⁰⁵ FIGUEIREDO, Frederico. *Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revistas dos Tribunais. São Paulo, v.6, n.70, p.100-132, jan./fev.2008.

¹⁰⁶ FIGUEIREDO, Frederico. *Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revistas dos Tribunais. São Paulo, v.6, n.70, p.100-132, jan./fev.2008.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Magistratura oprimida e populismo penal*. Ne Artigos. Disponível em: http://www.nenoticias.com.br/76585_magistratura-oprimida-e-populismo-penal.html. Acessado em: 02 abr.2013.

CONCLUSÃO

O artigo 217-A do Código Penal tem como objetivo a liberdade e a dignidade sexual das pessoas consideradas pela lei como vulneráveis. O referido artigo categoriza a ação “ter” relações sexuais com as pessoas vulneráveis por meio de uma interpretação literal. Há que se chegar à conclusão de que quem pratica condutas sexuais com essas supostas vítimas incorre em crime, mas não se pode deixar de levar em consideração o consentimento da vítima e se houve ou não violência na conduta.

Se o magistrado optar sempre por julgar os casos concretos à luz da letra fria da norma, pode incorrer em injustiça. Como foi analisado no capítulo anterior, conforme entendimento jurisprudencial, a não reprovabilidade da conduta no meio social em que a vítima e o acusado estão inseridos, a aceitação e o consentimento de relacionamento amoroso e sexual dos dois e da comunidade que os cerca vão ao encontro do princípio da intervenção mínima e da proporcionalidade. Assim não há necessidade da aplicação da norma penal incriminadora, pois não há lesão ao bem jurídico.

O princípio da intervenção mínima dispõe que o Direito Penal deve ser usado em *ultima ratio*, ou seja, quando de fato há reprovabilidade da conduta e em casos em que o bem jurídico tutelado pela norma tenha sido lesado. Enquanto o princípio da proporcionalidade informa que é preciso adequação da conduta diante da norma e da necessidade da sua aplicação.

Como visto nos capítulos anteriores, de acordo com a doutrina e a jurisprudência citada, há elementos que podem influenciar no caso de estupro em que a vítima seja considerada vulnerável, como o consentimento, a idade da vítima e seu comportamento antes e durante o crime.

No caso julgado no Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.021.634 - São Paulo, pelo Superior Tribunal de Justiça, traz-se à tona a questão do consentimento da vítima e sua atuação sexual, ou seja, sua influência para a ocorrência do crime. Isso contribui para que seja relativizado o entendimento sobre a vulnerabilidade da vítima adolescente nos crimes sexuais. No caso citado, o fato das adolescentes terem vida sexual degradada e atuarem como prostitutas leva à conclusão de que elas são vítimas provocadoras, pois as suas características e o seu

comportamento de maneira a querer a violação sexual foram necessários para a ocorrência do fato típico.

Nesse sentido se manifestaram outros julgados de diversos tribunais brasileiros, entre eles o Habeas Corpus nº 88.664/ GO, julgado no Superior Tribunal de Justiça, em que se reconhece a capacidade de entendimento do menor em relação a seus atos, conforme já entende a legislação (Estatuto da Criança e Adolescente).

Outro julgado importante foi o Expediente nº 8-2012-PI/TC, da Corte Constitucional do Peru. Ao despenalizar a conduta do indivíduo maior de idade que tem relações sexuais e/ou amorosas com indivíduo menor de 16 anos, reconhece tais pessoas consideradas como sujeitos de direitos no tocante ao respeito à autodeterminação, ao desenvolvimento da personalidade, à dignidade e à liberdade sexual.

O Projeto de Lei nº 236, do Senado Federal do Brasil, tem como objetivo diminuir a idade da pessoa considerada vulnerável, que passaria a ser de até 12 anos. Tal entendimento se baseia no reconhecimento de que os adolescentes maiores de 12 anos já têm maturidade sexual possuem capacidade de entendimento das práticas sexuais, além de terem mais acesso a conteúdo e informações que tratam de sexo e relacionamentos amorosos.

O consentimento no Direito Penal considera a maturidade da vítima e sua capacidade de entender os atos sexuais e suas consequências. Logo, para apreciação e julgamento do caso concreto, o juiz de direito terá de fazer uma análise da vítima e de seu comportamento, assim como sua capacidade de discernimento acerca de práticas sexuais.

A própria proteção à dignidade sexual que a lei penal visa alcançar somente será possível se houver liberdade para disposição do corpo, liberdade de se autodeterminar, de desenvolver a vida sexual sem intromissão do Estado, sem reprimenda legal. A ausência de violência ou grave ameaça, ou, ainda, de qualquer forma de coação ou constrangimento e o conhecimento do fato de a pessoa possuir capacidade de entender as ações legitimam as condutas de foro íntimo do indivíduo com idade menor de 14 anos. Também o seu consentimento deve ser considerado válido, pois a liberdade de dispor do bem jurídico é o que lhe o garante isso.

A ideia do sujeito como passivo no crime de estupro é subjetiva, mas deve ser levada em conta, pois se deve admitir que nem todos se desenvolvem intelectualmente

da mesma maneira. O que se tem de fato é apenas uma expectativa de consciência que o menor tenha sobre os atos sexuais para que seja considerado o seu consentimento.

O fato de o adolescente menor de 14 anos manter relações sexuais – seja a conjunção carnal, seja o ato libidinoso – com um adulto, estando presente o seu consentimento deve ser considerado pelo magistrado ao julgar se a conduta é típica, ilícita e culpável. O importante é observar a reprovabilidade social da conduta e se o bem jurídico foi lesado.

Mesmo por que a conduta ilícita e seu resultado lesivo devem ser previstos na norma, ou seja, deve ser uma conduta juridicamente reprovável com função preventiva. Assim a norma somente prevê ações que possam lesar os bens jurídicos e que ultrapassem o risco permitido ¹⁰⁸.

Ter relações sexuais com o menor de 14 anos nem sempre pode ser considerado juridicamente reprovável, razão pela qual devem ser analisadas as circunstâncias que cercam o caso. Não deve o legislador suprimir a liberdade de alguém com o objetivo de protegê-lo. Deve considerar também a adequação do direito aos valores culturais e morais mutáveis na sociedade atual e o valor do consentimento e da liberdade de escolha para dispor do bem jurídico tutelado a qualquer momento.

O sistema penal considera a capacidade de entendimento de cada indivíduo importante para a tipificação da conduta diante das relações sexuais e dos crimes que envolvam tais relações, para que não haja injustiça no tocante à aplicação da lei penal e que haja liberdade de disposição do bem jurídico.

Assim, não há que se movimentar toda a máquina estatal por causa de fatos que não têm relevância jurídica, por não haver reprovabilidade social, ou melhor, quando presentes o entendimento e o consentimento do menor diante das relações sexuais, conhecimento dos pais do menor e falta de constrangimento para a prática do ato sexual. O grau de reprovabilidade da conduta não é alto quando presentes essas circunstâncias, devendo o acusado ser absolvido no caso de denúncia oferecida pelo Ministério Público, ou mesmo, antes disso, não devendo sequer iniciar a ação penal por faltar justa causa para tal. A justa causa falta por não haver dolo específico que a conduta do estupro exige. Exemplo disso é o namoro entre o maior de idade com namorada menor, em que

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ele, na relação, não tem como objetivo estuprá-la, mas manter um relacionamento amoroso, ou mesmo sexual, em que ambos tenham vontade.

O caráter do Direito Penal é subsidiário e fragmentário, e deve ser exercido como última razão. Mesmo por que, em casos em que estão presentes as características listadas acima, falta justa causa para a ação penal, por não haver elemento constitutivo do tipo penal e inexistir de lesão ao sujeito passivo do artigo 217-A do Código Penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Código Penal (1984). *Código Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – HC n. 81.268/DF. Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/11/02; RHC n. 80.613/SP. Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02/05/2000; RHC n. 79.788/MG. Segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim. DJ de 17/08/01.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94.818/MG. Rel. Ellen, v.u. j. 24.06.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 99.897-PR. Rel. Eros Grau, v.u. j. 17.11.2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 73.662-MG. Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 20/09/1996, PP34535.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 99.993-SP. Rel. Joaquim Barbosa, v.u. j. 24.11.2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ED em RESp n. 1.021.634/SP (2011-0099313-2). Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. DJe:23/03/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg em RESp n. 1303083/MG, Min. Jorge Mussi, 5ª Turma. DJe:27/04/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC n. 25.097 – RS. Rel. Min. Paulo Medina. Dje:15/05/2003
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. RESp. n. 63.509- RS. Rel. Min. Vicente Leal.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85. v. 3.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL n. 20111210033369. Rel. Des. João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL n. 20100112278836. Rel. Mário Machado. 1ª Turma Criminal. DJe:12/03/2012.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL n. 20111210033369. Rel. Des. João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal. Dje21/09/2012.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. APL nº 38680720118070009. DF n. 0003868-07.2011.807.0009. Rel. George Lopes Leite. Dje:26/04/2012, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 15/05/2012.
- ESER, Albin. *Cuestiones Fundamentales de La Teoría de lo Delito sobre la Base Casos de Sentencias*. Madrid Editorial Colex. 1995.
- ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. APL n. 47100050450. Rel. Catharina Maria Novaes Barcellos – Rel. Substituto Jorge Henrique Valle dos Santos. Órgão julgador: primeira câmara criminal. DJE:21/03/2012, Data da Publicação no Diário: 02/04/2012.

- FIGUEIREDO, Frederico. *Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revistas dos Tribunais. São Paulo, v. 6, n.70, p. 100-132, jan./fev.2008.
- GOMES, Luiz Flávio. *Magistratura oprimida e populismo penal*. Ne Artigos. Disponível em: http://www.nenoticias.com.br/76585_magistratura-oprimida-e-populismo-penal.html. Acessado em: 02 abr.2013.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. Revistas dos Tribunais. 2004.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 8.
- JESUS, Damásio. *Direito penal: parte especial*. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 1999. v. 3.
- MARCÃO, Renato. *Crimes contra a Dignidade Sexual: comentários ao título VI do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELO, Eduardo Rezende. *Depoimento com Redução de Dano e a Importância de sua Implementação e Funcionamento para Crianças e Adolescentes Vítimas de Maus-Tratos*. Justitia. São Paulo, v. 64, n. 197, p. 387-406, jul/dez.2007. Disponível em <HTTP://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25944>. Acessado em 05 out.2012.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal, parte especial*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.
- NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à lei 12.015/09- São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.*
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. APL 824.691-9. Rel. Miguel Pessoa. 4ª Turma Criminal.
- PERU. Tribunal Constitucional. Expediente nº 00008-2012- PI/TC. Julgamento em 12/12/2012.
- PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- QUEIROZ, Paulo. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/crimes-contra-a-dignidade-sexual/>. Acessado em 01 abr.2013.
- QUEIROZ, Paulo. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/projeto-de-reforma-do-codigo-penal-crimes-contra-a-dignidade-sexual-titulo-iv-capitulos-i-e-ii/>. Acesso em 02 out.2012.
- RIBEIRO, Carlos Antônio R. *Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. n. 12. v. 5.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 70044293108 , Relator: João Batista Marques Tovo Data de Julgamento: 24/11/2011.¹, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2011
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Ação Penal nº 70000765230, Rel. Aramis Nassif, julgamento 22/03/2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APL 70049239262, Sexta Câmara Criminal, Rel. João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2012, Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2012.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General- Tomo I. Madrid Editorial Civitas. 1997. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL 2168-33.2007.8.26.0453. Rel. Salles Abreu. Quarta Turma Criminal.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL4361-17.2010.8.26.0097. Rel. Sérgio Coelho. 9ª Câmara de Direito Criminal. Dje: 07/02/2013. Publicação: 15/02/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 2168-33.2007.8.26.0453. Rel. Salles Abreu. 4ª Turma Criminal.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL 5597720108260075 SP 0000559-77.2010.8.26.0075. Rel. Salles Abreu. Dje:06/12/2011. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Publicação: 14/12/2011.

SENADO FEDERAL. Portal de Notícias. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/29/aprovada-nota-de-repudio-a-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menores>. Acessado em 09 out.2012.

SENADO FEDERAL. Portal Atividade Legislativa- Projetos e matérias legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404. Acesso em 02/10/2012.

SENADO FEDERAL. Portal de Notícias. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/09/24/nota-sobre-tramitação-de-projeto-do-novo-codigo-penal>. Acesso em 02 out.2012.

SENADO FEDERAL, Portal Atividade Legislativa/ Comissões. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>. Acesso em 02 out.2012.

SENADO FEDERAL. Portal Atividade Legislativa- Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404. Acesso em 02 out.2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOUZA, José Guilherme. *Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais*. 1. ed. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998. p. 85.

UNICEF-BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acessado em 09 out.2012.

UNICEF-BRASIL. Imprensa. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_23008.htm. Acessado em 09 out.2012.

ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <http://www.onu.org.br/escritorio-de-direitos-humanos-da-onu-condena-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-contra-tres-meninas/>. Acessado em mai.2012.