

Feitas estas colocações, vejo que não pairam dúvidas de que o acusado XXXXXXXX manteve relações sexuais com a vítima, então menor de catorze anos, porém, de acordo com as declarações desta e da testemunha ouvida na fase administrativa, cujo conteúdo não revela qualquer indício de dissimulação, houve consentimento e espontaneidade por parte da ofendida, a qual já não era mais virgem em decorrência de uma relação afetiva anterior.

Conforme a prova produzida, o acusado e a vítima mantiveram um relacionamento amoroso escondido, por cerca de um mês.

Assim, comprovadas a materialidade e autoria delitivas, ou seja, provada a tipicidade formal da conduta, resta saber se, no caso em comento, houve ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual da ofendida, isto é, se há adequação material do comportamento perpetrado à norma penal em referência.

Sobre a questão, reputo importante considerar que o Código Penal de 1940, ao fixar em catorze anos a idade para fins de se considerar a presunção de violência, a qual era de dezesseis anos no Diploma Repressivo de 1890, tinha por finalidade atender a um fato social contemporâneo, isto é, a precocidade do conhecimento dos fatos sexuais pelas pessoas menores de idade.

É óbvio que essa alteração legislativa ocorreu porque o Direito Penal não pode ser estático, de forma que tanto o legislador quanto o magistrado devem, no exercício de suas atividades, levar em

consideração o fato de que as sociedades mudam e com ela os conceitos e preconceitos em torno dos temas, inclusive e, principalmente, dos de natureza sexual.

Nessa perspectiva, vê-se que até a edição da **Lei nº. 12.015/09**, prevalecia o entendimento de que as pessoas menores de catorze anos e as elencadas no revogado artigo 224 do Código Penal, em tese, não possuíam consentimento válido para manter qualquer tipo de relacionamento sexual.

Tratava-se da chamada presunção de violência, que cedeu espaço no artigo 217-A do Estatuto Repressivo, para o estado de vulnerabilidade, compreendido como a falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual. A partir daí, ou seja, a partir da Lei 12.015/09, a idade da vítima passou a constituir elemento normativo do tipo penal e não pressuposto para a configuração da presunção de violência supracitada.

No entanto, tal fato não se mostrou suficiente para alterar as peculiaridades da vida humana, tampouco os debates travados nas cortes brasileiras em relação ao estado de vulnerabilidade, se é **absoluto** ou **relativo** quanto ao menor de catorze anos.

A orientação da jurisprudência e doutrina pátrias, conforme se denota, até a edição da Lei 12.015/09 era de que a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal possuía natureza **relativa**. A propósito da questão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"(...) O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a presunção de violência do art. 224 do Código Penal se revela de natureza relativa (iuris tantum). A corrente majoritária, doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção da violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados fatores impõe, em situações tais, o afastamento da presunção. No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal - revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade. 4. Incidência da Súmula 83/STJ". (AgRg no REsp 1214407/SC. 2010/0169901-0. Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148). T6 - Sexta Turma. 3/09/2011. DJe 28/09/2011).

O doutrinador Cezar Bitencourt, criticando a suprarreferida alteração legislativa, pontuou que, no momento em que o nosso ordenamento jurídico deveria se redemocratizar, sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usando a mesma *presunção de violência, disfarçadamente*, instituiu o estado de vulnerabilidade como elemento normativo do ilícito penal, com o inequívoco propósito de estancar a

orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal sobre a *relatividade da presunção de violência* contida no dispositivo revogado (art. 224 do CP).

Na ocasião, Cezar Bitencourt citou parte do memorável acórdão do ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal de Federal. Note: “*A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público*”. HC. STF 73.662/MG, 2ª T. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 21.05.2005.

Ainda apontou que uma *interpretação mais racional*, devido à extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea, deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do Supremo Tribunal Federal, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, *in concreto*, as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento sobre assuntos desta natureza.

Cezar Bitencourt verberou também ser impossível não concordar com a conclusão paradigmática do ministro Marco Aurélio de que: “*A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as*

selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança”.

Ao final, concluiu que a *presunção de vulnerabilidade* consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é **relativa**, recomendando, portanto, **avaliação casuística**.

Essa conclusão se torna mais pertinente se considerarmos que antigamente a preocupação do legislador era com o **comportamento ético sexual e a moral média da sociedade**, ao passo que agora, a Lei 12.015/09, passou a tutelar o direito de **autodeterminação do indivíduo, relevando a proteção da dignidade da pessoa humana, sob o ponto de vista sexual**.

De fato, numa sociedade moderna, com o amadurecimento precoce dos jovens, resultante do maior acesso às informações de massa e ao conhecimento, inclusive de temas relacionados à sexualidade, que não são mais vistos como *tabu*, não se mostra razoável desconsiderar as particularidades de cada caso concreto, e partir de uma premissa **absoluta** de que o menor de catorze, tão somente em função de sua idade cronológica, não possui capacidade suficiente para consentir com a prática do ato sexual.

Para aquilatar o grau de vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos, no entanto, é necessária a análise de outros aspectos, os quais, em determinadas situações, se distanciam do critério puramente etário ou biológico.

Pensar diferente, ou seja, aplicar a legislação penal, obedecendo apenas critérios **objetivos**, sem observar as singularidades e nuances de cada caso concreto, além de configurar hipótese de responsabilidade objetiva, o que é vedado em lei, poderá acarretar danos psicológicos ainda mais significativos à vítima, à sua família e ao meio social em que vivem, do que o próprio ato sexual propriamente dito. Sem falar que tal comportamento não atenderá à finalidade da norma criminalizadora, que é justamente a proteção da dignidade sexual dos vulneráveis e menores de 14 (catorze) anos.

Injustiças imensuráveis, aliás, poderão ser cometidas sob o manto da proteção da **dignidade sexual** dessas pessoas, consideradas física, biológica, social e psiquicamente fragilizadas, caso o julgador considere para configuração da violência sexual tão somente os elementos objetivos do tipo penal e repute como **critério absoluto da vulnerabilidade a idade cronológica do(a) ofendido(a)**.

O entendimento recente, assentado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1480881/PI - julgado sob o rito de recurso repetitivo (TEMA 918), de que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, caput, do Código Penal, “*basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos*” e que o “*consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime*”, precisa passar por nova reflexão a fim de permitir ao julgador a análise das peculiaridades de cada caso concreto, mormente daqueles que envolvam jovens casais de namorados.

Não me parece adequada e nem constitucional a fundamentação inflexível, baseada em proteção que, em vez de proteger, desprotege e desampara quem merece proteção integral do Estado, permitido uma interferência desnecessária e desproporcional do Direito Penal nas deliberações tomadas no seio das famílias regularmente constituídas.

O intérprete da lei não pode ser cego a ponto de não enxergar a realidade circundante, pois é função do julgador manter o equilíbrio e a paz social, aplicando a lei com vista a garantir a segurança, mas também assegurar o bem-estar, a tranquilidade e a harmonia da comunidade em que se encontra inserido.

Sobre outro enfoque, observo que o doutrinador Guilherme de Souza Nucci , e o também Ministro do STJ, Celso Limongi, no HC nº 88.664/GO, **defenderam a tese de que é preciso compatibilizar o Código Penal com o Estatuto da Criança e Adolescente**, vez que este define como criança a pessoa de até doze anos, e como adolescente, aquela entre doze e dezoito anos, para avaliar o grau de vulnerabilidade do menor de idade. Na ocasião, destacaram que, em relação aos adolescentes, a legislação permite inclusive a aplicação de medidas socioeducativas, ao passo que, em relação às crianças, só prevê a possibilidade de aplicação de medidas protetivas.

Nos dizeres de Guilherme Nucci, além de retrógrado, o legislador não equiparou a legislação penal a outros diplomas legais, chance esta que poderia findar a discussão acerca da aplicação da vulnerabilidade absoluta ou relativa nos crimes de natureza sexual:

“O legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada deste cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto”. (destaquei)

Quanto ao objeto da proteção estatal nesses casos, o eminente Desembargador Edson Miguel da Silva Júnior, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, enfatizou que *“o bem jurídico tutelado no estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) é a dignidade sexual do menor de 14 anos. O conteúdo essencial da dignidade sexual implica a proibição do menor de 14 anos ser tratado como objeto sexual. Por exemplo, aquele que mantém conjunção carnal com jovem prostituída menor de 14 anos, mesmo diante da sua experiência e concordância, realiza o tipo penal, formal e materialmente (as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade). Por outro lado, dois jovens, um no início da adolescência e outro no final, em um relacionamento amoroso que chegue à conjunção carnal prematura não realiza materialmente o tipo de*

estupro de vulnerável (nenhum tratou o outro como objeto, mas como pessoa querida) (...)”. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 210454-39.2013.8.09.0110, Rel. DES. EDISON MIGUEL DA SILVA JR, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 24/02/2015, DJe 1761 de 08/04/2015). (grifo nosso)

Entendo como extremamente feliz a colocação do Desembargador Edson Miguel da Silva Júnior de que “*as coisas têm preço, as pessoas dignidade*” para inferir, em cada caso concreto, se houve ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal supostamente violada, de modo a considera atípicas – ausência de tipicidade material – as relações sexuais consentidas mantidas entre jovens casais de namorados.

Como reforço argumentativo, destaco que, nos Estados Unidos, o problema do sexo consentido entre adolescentes, foi resolvido com o estabelecimento da exceção “*Romeo and Juliet Law*”, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados por Willian Shakespeare, hipótese em que é afastada a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas do ato sexual seja igual ou menor de 05 (cinco) anos, pois consideram que ambos estariam no mesmo momento de descoberta da sexualidade. Nesses casos, não há crime.

De igual forma, o direito italiano possui previsão semelhante, não punindo o ato sexual realizado entre menores, se a diferença de idade entre eles for de até três anos de idade. Para as hipóteses em que a diferença de idade é um pouco maior (casos menos graves), foi estabelecida uma causa de diminuição de pena de até dois terços.

Na esteira do direito comparado, o direito brasileiro poderia ter adotado orientação semelhante para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes, ou seja, para as hipóteses em que o ato sexual consentido resultou de **relação de afeto**.

À luz do exposto e feitos estes apontamentos, entendo que, mesmo após o advento da Lei 12.015/2009, continua viável ao intérprete da lei penal realizar uma avaliação casuística do grau de vulnerabilidade dos menores de catorze anos, para aferir a sua capacidade de consentimento com o ato sexual.

Partindo desse norte, entendo que é possível ao magistrado, em se tratando de ofendido(a) maior de 12 anos e menor de 14 anos, analisar outros aspectos, que não somente os elementos normativos do tipo penal, para aquilatar a possível ofensa à dignidade sexual da vítima, mormente nos casos de relacionamentos entre jovens, quando então deverá sopesar por exemplo o nível de maturidade do(a) ofendido(a) e a eventual experiência sexual vivenciada anteriormente.

Poderá, ainda, perquirir se o contato sexual aconteceu de forma consentida; se se trata de casal de namorados; se a idade entre eles é compatível; e, ainda, se o relacionamento foi permitido pelos pais ou responsáveis legais, ou se se trata de hipótese de exploração sexual do adolescente.

Trago à colação julgados do TJGO nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE
VULNERÁVEL. 1 - DEMONSTRAÇÃO DA

EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. O conjunto probatório está a revelar que a adolescente, à época dos fatos com 13 anos de idade e o réu mantiveram relacionamento afetivo advindo atos sexuais consentidos. 2 – **VULNERABILIDADE RELATIVA. Os atos sexuais que não derivaram de exploração sexual, mas do desenrolar de um relacionamento afetivo, onde era perfeitamente possível à vítima resistir, descaracterizam a ocorrência do artigo 217-A do CP, frente a inexistência de vulnerabilidade concreta da vítima e, de consequência, ausência da tipicidade material, impondo-se, assim, a manutenção da absolvição com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal**”. 3 – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 279969-89.2010.8.09.0168, Rel. DES. EDISON MIGUEL DA SILVA JR, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 11/06/2013, DJe 1326 de 20/06/2013)- grifo nosso

“APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. ABSOLVIÇÃO. **A vítima, embora com 13 anos de idade, mostrou-se capaz de auto determinar-se no campo sexual, denotando seu consentimento e demonstrando vulnerabilidade relativizada. Não caracterizada a presunção de violência, a absolvição é medida imperativa**”. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJGO, APELACAO

CRIMINAL 64715-41.2010.8.09.0142, Rel. DES. CARMECY ROSA MARIA A. DE OLIVEIRA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 16/12/2014, DJe 1704 de 12/01/2015). (grifo nosso)

Ainda nesse sentido, trago à colação julgados de outros Estados da Federação sobre o assunto em debate:

“Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. *Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. EMBARGOS ACOLHIDOS*”. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70057504359, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/03/2014).

“Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA

*E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 18 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário - o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva -, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. **Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes.** Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, **fruto de aliança afetiva**, revestida de peculiaridades que permitem a **relativização** de sua vulnerabilidade. Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a confirmação da absolvição do réu com base no art. 386 , III , do Código de Processo Penal. **Afastada a tipicidade do fato imputado ao acusado**, não há falar em conduta omissiva por parte da denunciada - mãe da vítima - , pelo que vai ratificado o decreto absolutório proclamado em seu favor. **APELAÇÃO DESPROVIDA**". (Apelação Crime Nº 70056571656, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 18/12/2013).*

Nessa linha de entendimento, analisando as peculiaridades do caso concreto, vejo que a *vulnerabilidade*, na espécie, é **relativa**, porquanto a vítima tinha treze anos de idade ao tempo do fato, e mantinha relacionamento afetivo com o agente, além de que possuía discernimento mínimo para a relação sexual, vez que já não era mais virgem e admitiu ter mantido outro relacionamento amoroso anteriormente. Além disso, após os fatos em apuração, a ofendida engravidou de outro indivíduo, e passou a viver em união estável com este, conforme esclarecido pelo réu em seu interrogatório.

Vejo, ainda, que o ato sexual foi consentido e que a ofendida só não levou adiante a relação com o réu ao tempo dos fatos, em virtude da proibição de sua genitora. Ademais, o réu afirmou que tinha a intenção de manter o relacionamento com a vítima, demonstrando que não tinha o intuito de enganá-la, ou ludibriá-la, tanto que disse que somente se afastou de XXXXXXXX porque sua genitora não queria mais que se relacionassem.

Não se trata evidentemente, o caso em tela, de hipótese de pedofilia ou de exploração sexual da adolescente.

Desse modo, não estando configurada a vulnerabilidade necessária para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, nem mesmo lesão ou ameaça de lesão à formação moral do(a) menor de 14 anos, nem ofensa à dignidade sexual da vítima, objeto tutelado pela norma penal em estudo, resente de tipicidade material a conduta perpetrada.

ANTE O EXPOSTO, não configurada a vulnerabilidade da ofendida, elemento normativo caracterizador do crime de estupro de vulnerável, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, tratando-se de conduta atípica, julgo improcedente o pedido contido na denúncia para o fim de **ABSOLVER** o acusado **XXXXXXXXXXXX** da imputação que lhe foi feita.

Publique-se, registre-se e intimem-se. Deixo de determinar a intimação da vítima, conforme disposto no artigo 201, §2º, do Código de Processo Penal, porque não foi localizada nos autos e há a informação de que é falecida. Transitada em julgado, arquivem-se os autos, observadas as cautelas legais.

Goiânia, 02 de março de 2016.

PLACIDINA PIRES

Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal – Juiz 2