

SEXO COM MENOR DE 14 ANOS: CRIME DE ESTUPRO PRATICADO ADOLESCENTE MENOR DE 14 ANOS COM CONCESSÃO DA VÍTIMA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

SEX WITH LESS THAN 14 YEARS: PREDICATED STUPID CRIME ADOLESCENT LESS THAN 14 YEARS OLD CONCESSION IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

Emília Maria Gonçalves Soares (<http://lattes.cnpq.br/5035106053080653>)

Resumo: O presente artigo tem como foco o estudo dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), sobre decisões em que envolvem a prática do sexo com menores de 14 anos de idade, mesmo com consentimento da vítima. Inicialmente é abordada a legislação e a doutrina acerca da proteção ao adolescente, menor de 14 anos, considerado vulnerável para concessão e iniciação da vida sexual, e posteriormente a coleta e análise de dados de julgados do TJRS. A problematização se deu através do questionamento, se o crime de estupro de vulnerável pode deixar de ser crime, em casos que a vítima seja menor de 14 anos e que a relação seja consentida. Os objetivos foram o estudo das leis, súmulas, doutrinas e julgados, revelando polêmicas conexas com a variação das decisões pertinentes ao sexo com menor de 14 anos, analisando a tutela da dignidade sexual e demais direitos de assistência, principalmente na coleta de dados realizada no referido tribunal. A metodologia utilizada foi bibliográfica na obtenção e análise da legislação e no estudo crítico de correntes teóricas, quantitativa com relação aos pronunciamentos judiciais e identificação, através de análise dos dados coletados, de aspectos controvertidos. Conclui-se que o TJRS, no crime de estupro de vulnerável relativiza a vulnerabilidade da vítima com idade de 13 e 14 anos, analisando o caso concreto. Ficou demonstrado que este artigo pode ir ao encontro do pensamento de uma corrente em que diz que é necessária a alteração do artigo 217-A do CP, mudando a idade de 14 para 12 anos, entretanto essa mudança pode não refletir a evolução e progressão demonstrada nas leis de proteção ao menor.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável; Sexo com adolescente; Sexo com menor de 14 anos; Concessão da vítima.

Abstract: This article focuses on the study of the judgments of the Court of Justice of Rio Grande do Sul (TJRS), on decisions involving the practice of sex with children under 14 years of age, even with the consent of the victim. Initially, the legislation and the doctrine about protection of adolescents, under the age of 14, considered to be vulnerable for the granting and initiation of sexual life, and subsequently the collection and analysis of TJRS trial data, are discussed. The problematization occurred through questioning, if the crime of rape of vulnerable can cease to be a crime, in cases where the victim is under 14 years and the relationship is consented. The objectives were the study of laws, summaries, doctrines and judgments, revealing polemics related to the variation of decisions pertinent to sex under the age of 14, analyzing the protection of sexual dignity and other rights of assistance, mainly in the data collection carried out in the cited above. The methodology used was bibliographical in the obtaining and analysis of the legislation and in the critical study of theoretical currents, quantitative in relation to judicial pronouncements, and identification, through analysis of the collected data, of controversial aspects. It is concluded that the TJRS in the crime of rape of vulnerable relativizes the vulnerability of the victim aged 13 and 14 years, analyzing the concrete case. It has been shown that this article can meet the thinking of a chain in which it says that it is necessary to change article 217-A of the CP, changing the age from 14 to 12 years,

however this change may not reflect the evolution and progression demonstrated of child protection laws.

Keywords: Rape of vulnerable; Sex with teenagers; Sex with less than 14 years; Award of the victim.

Sumário: Introdução. 1. Arquitetura normativa de proteção à criança e ao adolescente. 1.1. Constituição, Estado e família. 1.2. O ECA, o Código Civil e os poderes-deveres. 2. Maioridade e proteção à dignidade sexual do menor. 2.1. Maioridade e princípio do melhor interesse. 2.2. A tutela do Estado perante a dignidade sexual da criança e do adolescente. 3. Autonomia da vontade e psicologia da iniciação sexual. 4. Julgados e conflitos entre princípios e normas. 4.1. Crimes cometidos em data anterior à existência do artigo 217-A do CP. 4.2. Crimes cometidos após a existência do artigo 217-A do CP. 4.3. Julgados proferidos após a Súmula 593 do STJ. 4.4. Relativização da vulnerabilidade pelo STJ no caso concreto. Considerações finais. Referências.

Introdução

A dignidade sexual está tutelada no Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual) do Código Penal (CP). A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o título, no sentido de proteger ainda mais a dignidade da pessoa humana, inclusive a da criança e do adolescente.

As alterações trazidas pela citada lei são muitas e uma delas foi do Capítulo II do mesmo Título, que anteriormente era denominado Da Sedução e da Corrupção de Menores, passando a ser nomeado por Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável. Foi incluído o artigo 217-A que aduz a previsão do estupro de vulnerável, não especificando o gênero, atingindo pessoas que o cometam contra a mulher e contra o homem, diferentemente do antigo artigo 217. O artigo 217 foi revogado pela Lei nº 11.106/2005, sendo que nele havia a previsão do crime de sedução, crime este que só podia ser praticado contra a mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14.

O indivíduo menor de 14 anos é considerado vulnerável, tanto o homem quanto a mulher. Assim, um adolescente, do sexo feminino ou masculino, que tenha 13 anos não pode manter conjunção carnal com outrem, mesmo o ato sendo consentido. Trata-se do crime de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do CP.

Mesmo estando expressamente no Código Penal que é estupro de vulnerável praticar sexo ou ato libidinoso com menor de 14 anos, algumas turmas do Tribunal de Justiça¹ entendem que a idade da vítima não basta para a condenação do agente. Dizem ainda que é preciso a análise do contexto dos fatos para verificar a vulnerabilidade. Vários julgados deixam de condenar,

¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual este trabalho é delimitado, pelo fato de ter sido o que mais tem julgados sigilosos publicados e disponíveis para a coleta de dados.

enquanto outros punem o agente. Outros julgados têm posicionamento no sentido de que o passado sexual da vítima não deve ser analisado, bastando apenas que a mesma tenha objetivamente menos de 14 anos de idade.

Antes deste trabalho aprofundar no estudo do estupro de vulnerável e na análise do resultado da pesquisa dos julgados, será discorrido sobre a normatização da proteção à criança e ao adolescente², onde é trazida a responsabilização do Estado, família e sociedade imposta pela Constituição Federal de 1988, mais adiante pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também refletida no Código Civil e, com relação à penalização de agentes que violam tal proteção, o Código Penal, especificamente no assunto deste artigo que é a prática de sexo com indivíduo menor de 14 anos.

Foi desenvolvida a problemática da interpretação da legislação e, conseqüentemente, realizado uma coleta de dados de decisões pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Tornou-se necessário a extensão dos estudos sobre o estupro de vulnerável, no que envolve a idade da vítima, bem como a capacidade de discernimento para a prática da vida sexual, uma vez que a legislação é clara e objetiva fixando uma idade mínima mesmo o ato sendo consentido pela vítima, e que por vezes, vem sendo quebrada por determinados órgãos do Judiciário. A pergunta que este artigo apresenta, em síntese, tem por base: o crime de estupro de vulnerável pode deixar de ser crime, em casos que a vítima seja menor de 14 anos de idade e que tenha consentido com a relação?

Os objetivos trazidos foram o estudo do crime de estupro, artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, cometido contra menores de 14 anos de idade, a revelação das polêmicas conexas do TJRS com a variação da matéria de abuso sexual da criança e adolescente vulnerável, a análise da decorrência da tutela da dignidade sexual e o efeito da legislação pertinente com relação à liberdade sexual do menor de 14 anos, e também a discussão dos diferentes reflexos da tipificação do artigo 217-A do CP, especificamente nos julgados coletados e inseridos neste artigo.

O tipo de pesquisa utilizado no presente estudo foi bibliográfico e quantitativo, através da legislação brasileira em vigor e doutrina, onde foi feita uma abordagem da evolução da tutela do menor de 14 anos, principalmente o Código Penal (Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940)

² Uma das categorias de indivíduos em que praticar sexo ou ato libidinoso é considerado crime de estupro de vulnerável é o indivíduo até 14 anos, que está definido na Lei 8.069/1990 como criança até 12 e adolescente até 14 anos de idade.

com as diversas evoluções, sobretudo a Lei nº 12.015. Ainda foi realizada a coleta de dados em livros, artigos publicados em revistas especializadas, acórdãos do TJRS e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e textos publicados na Internet com a devida fonte de autoria.

A base metodológica consistiu no estudo da legislação, jurisprudência e doutrina, empregando tais conhecimentos na exploração e análise crítica do desenvolvimento da legislação, de modo a mostrar e comparar o entendimento e aplicação das normas pertinentes com as práticas atuais no que se refere à problemática do sexo consentido do indivíduo menor de 14 anos nos julgados coletados do TJRS. Assim, tais procedimentos se deram focalizando na contribuição dos estudos para o enriquecimento da legislação e dos entendimentos dos tribunais com relação ao tema, no sentido de buscar progressos para a sociedade e notadamente para a classe acadêmica evoluir com posteriores estudos.

1. Arquitetura normativa de proteção à criança e ao adolescente

Com o passar do tempo, a criança e o adolescente passaram a ser tutelados de forma mais protetiva. O Estado, através dos legisladores, representantes da sociedade, foram criando leis que beneficiam e protegem a criança e o adolescente, assegurando deveres e condições à dignidade humana. A Constituição colocou o Estado, a família e a sociedade como responsáveis pela criança e pelo adolescente com relação aos direitos básicos. O Código Civil impôs limites de idades com relação à responsabilidade dos menores e dos pais. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado com o propósito de conceder situações de amparo à criança e ao adolescente sob a forma da proteção integral.

1.1 Constituição, Estado e família

Até a instituição da Constituição Federal de 1988 (CF), não havia normatização voltada à criança e ao adolescente no Brasil. Anteriormente à CF, o que versava sobre as crianças e os adolescentes eram os códigos de menores, que foram vários até o último do Regime Militar. Em 1979 foi sancionada a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, denominada de Código de Menores (atualmente revogado), onde a legislação era vaga e trazia apenas disposições com relação a menores e jovens em situações irregulares. Nas preliminares o texto trazia:

Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:
I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.³

Nota-se que a preocupação do legislador era apenas com as crianças e adolescentes até 18 anos de idade em situação irregular. Sua linha principal era de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil.

O Código de Menores prevaleceu até a década de 1980, onde houve a reabertura da democracia, consolidou-se com a promulgação em 1988 da Constituição Federal, figurada a Constituição Cidadã. Após a CF demais leis surgiram favorecendo a criança e o adolescente, dentre elas, na década de 1990, o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Daí em diante diversas leis ordinárias sofreram alterações com melhoramento da visão protetiva do menor, o Código Civil (CC) e o Código Penal (CP) foram algumas que tiveram diversos artigos revisados e alterados.

O artigo 227 da CF⁴ aduz:

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

Desta forma, a CF encarrega a família, a sociedade e o Estado para assegurar às crianças e aos adolescentes os direitos fundamentais, entre estes a convivência familiar. Há uma preocupação do legislador de protegê-los, e tutelá-los. Percebe-se que não somente assegura os direitos mínimos, mas também a preocupação em afastar toda forma de perigo.

Com o artigo 227 da CF, introduz-se no ordenamento jurídico brasileiro a Doutrina da Proteção Integral. Trata-se de mais um avanço em termos de proteção aos direitos fundamentais, ganhando as crianças e adolescentes condições de sujeitos de direitos e extinguindo a repressão do menor em situação irregular, abandonados ou delinquentes. É criado dever para a família, sociedade e Estado proteger a criança e o adolescente, não apenas o Estado

³ BRASIL. **Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979** – Código de Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.
Virtù: Direito e Humanismo | Brasília | Ano 8 | n. 24 | v. 1 | mai.-ago. 2018 | ISSN 2238-0779

punindo os menores considerados em situação irregular. Dias⁵ discorre sobre o assunto, dizendo que:

A ordem jurídica consagra como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa, abandonando a feição patrimonialista da família.

Machado⁶ aborda a doutrina da proteção integral:

Nesta conformação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes repousa um dos pontos de esteio da chamada doutrina da proteção integral, na medida em que implica reconhecer que a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta, em decorrência da particular condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento, e que, portanto, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos, já que titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos.

A família torna-se a base principal para a criança e o adolescente, acompanhada de apoio da sociedade e do Estado. Na proteção das crianças e adolescentes se pretende dar prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem às suas famílias, responsabilizando-os totalmente por aqueles. A sociedade constitui parte dessa obrigação, buscando medidas para garantir a proteção dos menores que, na maioria das vezes, o Estado é quem realiza as medidas para concretização de tal proteção.

Desta forma estão presentes o Estado e a família na vida das crianças e adolescentes, sendo responsáveis e exigindo a participação de todos, sem qualquer exceção. Porém, não basta a CF para assegurar tais direitos e proteção à criança e ao adolescente. A Doutrina da Proteção Integral inicialmente estabelecida no artigo 227 da CF de 1988 foi posteriormente melhor regulamentada pelo ECA (Lei nº 8.069/1990) e, também, pelo Código Civil que institui poderes e deveres aos mesmos.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 410.

⁶ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 161.

1.2 O ECA, o Código Civil e os poderes-deveres

O legislador ao elaborar o ECA tem a preocupação em conceder condições à criança e ao adolescente para torná-los merecedores de uma proteção integral, pela natureza de pessoas ainda em crescimento.

Lorenzi⁷ faz uma apresentação brilhante do ECA:

A promulgação do ECA (Lei 8.069/90) ocorreu em 13 de Julho de 1990, consolidando uma grande conquista da sociedade brasileira: a produção de um documento de direitos humanos que contempla o que há de mais avançado na normativa internacional em respeito aos direitos da população infanto-juvenil. Este novo documento altera significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária do Estado na vida de crianças e jovens.

Pensa-se que antes das conquistas dos direitos alcançadas pelo ECA, as crianças e os adolescentes eram tratados de forma excessiva pelo Estado, pela família e também pela sociedade. Para a elaboração do Estatuto em questão, veio à tona inúmeros questionamentos com relação à fragilidade da criança e do adolescente. Cabe aqui novamente o exemplo já citado no tópico anterior da arbitrariedade do Estado em apenas punir os menores infratores, outro exemplo é da família que castigava a criança e o adolescente sem limite e, por fim, a sociedade que não tinha sequer nenhuma preocupação quanto à responsabilidade para com aqueles. A partir do ECA houve certas determinações que barravam o abuso do poder por parte do Estado, da família e da sociedade, e muito além disso, estes passaram a ter obrigações de proteção com relação à criança e ao adolescente.

Como bem salienta Mendes⁸:

Realmente o ECA veio para romper grandes obstáculos, mudar conceitos e valores, transformar mentes e visões até então totalmente distorcidas, posto que os menores viviam uma realidade que estavam muito aquém de suas necessidades. Já estavam, há tempo, clamando por socorro, lutando, mesmo que de forma tímida, por um melhor lugar na sociedade.

Conforme a afirmação acima, não há dúvidas que anteriormente ao ECA, a criança e o adolescente estavam sem amparo do Estado. Algumas famílias cumpriam com os cuidados de

⁷ LORENZI, Gisella Werneck. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em <<http://fundacaotelefonica.org.br/promeninotrabalho infantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>> . Acesso em 30/03/2019.

⁸ MENDES, Moacir Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente a Lei 8.069/90**. São Paulo: PUC-SP, 2006. p. 29.

educar e prover os recursos básicos a eles, porém ainda existiam famílias que não arcavam com a responsabilidade de cuidados mínimos, deixando-os de lado. A sociedade a partir de então passa a integrar a relação obrigatoriamente, de forma a fazer parte da responsabilidade.

Em vários artigos do Estatuto da Criança e Adolescente nota-se a presença do princípio da proteção integral. Para representá-los, menciona-se neste trabalho o artigo 4º⁹:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Assim, a criança e o adolescente passam a ter um lugar melhor na sociedade, estando amparados e protegidos, havendo uma estabilização dos problemas existentes anteriormente. Inicia-se o equilíbrio do poder-dever.

O ECA não trata somente da proteção integral dos menores, ou seja, do dever do Estado, família e sociedade, mas tem-se também como uma das principais funções, tratar do poder. Poder este que é conceituado como Poder Familiar pelos doutrinadores. O ECA e o CC tratam do assunto em diversos artigos. Inicialmente traz-se o conceito realizado por Coelho¹⁰ para o melhor entendimento:

À ingente responsabilidade que os pais têm devem corresponder os meios para cumpri-la. Por isso, a família se organiza com a atribuição a eles de um poder, que exercem sobre os filhos. Justifica esse poder o adequado cumprimento das funções associadas à paternidade e maternidade. É um simples instrumento para a realização dos objetivos de preparação dos filhos para a vida; objetivos que a sociedade reserva aos pais, e espera sejam atendidos, na formação de seus membros. Tanto assim que pode ser suspenso ou mesmo retirado esse poder daqueles que não o exercem visando cumprir a responsabilidade paterna ou materna.

O Código Civil (CC) de 2002 dedicou um capítulo exclusivamente para tratar sobre o Poder Familiar. Em 2014, a redação dada pela Lei 13.058 alterou alguns dos artigos contidos no capítulo evoluindo a intenção da proteção do menor. Traz o artigo 1.630¹¹: “Os filhos estão

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990** – Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

¹⁰ ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de Direito Civil – família, sucessões, vol. 5.** 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 406.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002** – Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O capítulo que vai do artigo 1.630 até o 1.638 atribui aos pais o poder familiar, com relação à criação, educação, guarda, responsabilidade com relação ao casamento, com relação a viagens para o exterior, para mudança de município, nomeação de um tutor na falta daquele, representação judicial, reclamar com relação à detenção ilegal do menor, a exigência de obediência, respeito e demais serviços próprios da idade e condição. Trata-se também dos casos em que os pais perdem o poder familiar, que pode ser suspenso (temporariamente) ou extinto (definitivo).

Na leitura dos artigos observa-se que o poder familiar não se trata de uma autoridade, mas sim de incumbência imposto aos pais pelo legislador. É o que afirma Venosa¹²

[...] o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores.

É neste ponto que se reflete com relação ao poder dever instituído pelo CC/2002 e ECA. Para um melhor entendimento, menciona-se o entendimento de Oliveira e Muniz¹³:

O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.

Aqui são aduzidos o poder-função e o direito-dever. Quando se fala em poder-função, quer dizer que a família tem o poder sobre os menores na intenção de funções e obrigações para estes, e quando é citado direito-dever, percebe-se que são evidenciados os direitos com relação ao zelo pelos filhos, ou seja, torna-se obrigatório que a família tenha responsabilidades importantes à criação dos filhos referente ao psicológico, crescimento e material, destacando-se que existe a preocupação afetiva familiar.

Diniz¹⁴ expõe uma observação importante com relação ao poder familiar exercido pelos pais. “Esse direito deve ser exercido com moderação, pois qualquer abuso pode levar à suspensão ou perda do poder parental, além das Sanções penais cabíveis”. Assim, a família não

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – direito de família, vol. 6.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 313.

¹³ OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. **Curso de direito de família.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 31.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** Lei 10.406 de 2002. Ed. 14. São Paulo: Saraiva. *Virtù: Direito e Humanismo* | Brasília | Ano 8 | n. 24 | v. 1 | mai.-ago. 2018 | ISSN 2238-0779

pode ultrapassar os limites do poder familiar, tendo capricho para que não haja excessos nem abusos, podendo partir disto a perda por suspensão ou até mesmo extinção.

O ECA também menciona o poder familiar. Do artigo 21 a 24 traz menção com relação à convivência familiar e comunitária, já do artigo 155 a 163 expõe com relação a perda e suspensão. Anterior a 2009 o ECA utilizava a expressão pátrio poder, mas a expressão foi substituída por poder família, ficando da seguinte maneira o artigo 21¹⁵:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Desta forma, pode perceber que tanto o CC como o ECA têm uma única preocupação em seus artigos relacionados ao poder familiar. O sentido é o mesmo, busca-se literalmente a proteção e melhor condição de vida (material e psicológica) para o menor.

Não bastando apenas a CF, o ECA e o CC para cercar a criança e o adolescente de amparo com relação ao poder familiar e proteção ao menor. O legislador viu que era necessário estabelecer maior proteção àqueles, pois surgia conflitos em que seria necessário estabelecer o interesse do protegido. Proteção esta que também teria que ser alterada no Código Penal com relação a abusos de sexualidade da criança e do adolescente.

Este tópico serviu para explanar acerca da evolução temporal das normas de proteção do menor de 14 anos, que é determinado no ECA como criança e adolescente. Adiante se adentra mais especificadamente no assunto que corresponde ao tema central deste trabalho, com relação ao sexo com menor de 14 anos.

2. Maioridade e proteção à dignidade sexual do menor

A partir deste ponto será apresentado o resultado da coleta de bibliografia abordando a questão chave deste trabalho, que é a dignidade sexual do menor de 14 anos. Para tanto, inicialmente foi levantada a questão da maioridade e o melhor interesse do menor. Isso porque se sabe que a proteção da dignidade sexual do menor de 14 anos foi elaborada na essência do

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990** – Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

princípio do melhor interesse. Todos com o mesmo propósito de atender mais e melhor os cuidados da criança e do adolescente.

2.1. Maioridade e princípio do melhor interesse

A responsabilidade dos pais e o poder familiar abrangem somente os filhos menores de idade. Desta forma cabe destacar que o CC/2002 regula a maioridade civil. O *caput* do artigo 5º do CC¹⁶ aduz: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.” Desta forma, em regra, a partir dos 18 anos, a pessoa se torna civilmente responsável por seus atos, não tendo os pais que responder por isso. O Código Civil de 1916 estipulava a maioridade civil até os 21 anos de idade, isso permaneceu até janeiro de 2003, com a vigência do Código Civil de 2002.

A maioridade penal hoje coincide com a maioridade civil. O artigo 27 do CP em 1984 sofreu alteração pela Lei nº 7.209, determinando a maioridade penal a partir dos 18 anos de idade. Entretanto, anterior a isso no Código de Menores uma pessoa menor de 18 anos era passível de punição, tendo passado a criança e o adolescente por inúmeras formas de abuso e exploração. Contudo, atualmente os menores de 18 anos são inimputáveis.

Neste sentido, Jesus¹⁷ explica: “Os menores de 18 anos de idade são inimputáveis. Praticando um fato típico e ilícito, não respondem por crime por ausência de imputabilidade, que exclui a culpabilidade”.

Para o conceito de imputabilidade, faz-se necessário a declaração de Greco¹⁸: “A imputabilidade, portanto, é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente”.

A CF em 1988 nasceu com a maioridade penal definida e trouxe redação semelhante com artigo 27 do CC, no artigo 228¹⁹ definindo os menores de 18 anos como inimputáveis: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002** – Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

¹⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, vol. 1: parte geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 550.

¹⁸ GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 162.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

Posteriormente, em 1990 a legislação especial passa a ser constituída pelo ECA, entendendo, em regra, que a maioridade também se inicia aos 18 anos. A previsão está no artigo 2º. Além de delimitar a idade da proteção integral, o ECA também faz a definição de criança e adolescente, fazendo a divisão destes pela idade, colocando como criança a pessoa que tenha até 12 anos incompletos, e os que têm de 12 anos completos até 18 como adolescentes. No *caput* do artigo 104²⁰ do ECA percebe-se que há a importância com a penalidade do menor: “Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

Importante ressaltar que a maioridade foi definida pelos legisladores pela falta de capacidade necessária das pessoas menores de 18 anos para conduzir a vida por conta própria.

Uma vez classificando a criança e o adolescente como inimputáveis e definindo-os sem a capacidade civil, estando estes alcançados pela menoridade, passe-se a dizer sobre o princípio do melhor interesse.

Após evolução dos direitos do menor, necessário se faz que estes direitos sejam garantidos e que o interesse da criança e do adolescente fique elevado. O legislador tentou prever casos, mas impossível é colocar toda e qualquer situação que possa surgir com os menores durante a vida.

Surge então o princípio do melhor interesse, onde diante de tal situação a decisão será tomada em face ao que for melhor para a criança e o adolescente.

O princípio do melhor interesse é “o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude.”²¹

O inciso IV do parágrafo único do artigo 100 do ECA aduz:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem

²⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990** – Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

²¹ AMIN, Andréa Rodrigues; SANTOS, Ângela Maria Silveira; MORAES, Bianca Mota de; CONDACK, Cláudia Canto; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; RAMOS, Helane Vieira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers; TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 70.

prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto²².

É notório que o inciso IV anteriormente referido coloca o interesse da criança e do adolescente superior aos demais interesses.

Vale destacar que aquele princípio estava previsto na Declaração dos Direitos da Criança das Nações Unidas desde 1959, a qual foi ratificada pelo Brasil, posteriormente, dando base ao direito da criança e do adolescente. Foi mencionado no Código de Menores, Código Penal, Constituição Federal, Código Civil e ECA, sendo utilizado nas mais diversas situações, principalmente com relação à guarda e à adoção do menor. Diante disso, muitas decisões são tomadas levando em consideração o que é melhor para a criança e o adolescente.

2.2. A tutela do Estado perante a dignidade sexual da criança e do adolescente

Por muito tempo o estupro era um crime cometido somente contra pessoas do sexo feminino, e não tinha uma idade fixada para caracterizar a violência sexual contra a criança e o adolescente. Com as alterações no Código Penal, especificadamente no título VI - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, o Estado passou a tutelar ainda mais a liberdade sexual da criança e do adolescente, bem como abranger a proteção sexual da pessoa do sexo masculino.

Expõe o Código Penal, no artigo 213²³: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Essa é a atual redação dada para o crime de estupro.

Anterior à alteração do título pela mencionada Lei, somente a mulher poderia ser vítima no estupro. Onde se lê “alguém” no artigo 213 do CP, lia-se “mulher”. O homem não era citado como vítima na codificação, não podendo, portanto, recorrer ao judiciário, caso fosse abusado sexualmente. Após a alteração, a lei penal não exige mais, para efeitos de caracterização do estupro, que a conduta do agressor seja dirigida somente contra mulheres. Tanto a mulher como o homem podem ser vítimas no crime de estupro.

²² BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990** – Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07/12/1940** – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 05/03/2019.

Neste sentido, Greco²⁴ comenta a alteração do artigo 213 do CP: “A nova redação do art. 213 do Código Penal considera ainda como estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente no sentido de fazer com que a vítima, seja do sexo feminino ou mesmo do sexo masculino, pratique ou permita que com ela se pratique outro ato libidinoso”.

É importante trazer essas anotações a este trabalho, uma vez que se questiona o abuso de criança e adolescente em geral, não se fala aqui apenas da exploração sexual das meninas. Com a alteração do artigo 213 do CP, a pessoa do sexo masculino, seja maior ou criança e adolescente, passa a ter sua proteção ampliada e garantida.

Capez²⁵ também faz menção a importante alteração feita em 2009 no artigo 213 do CP com relação ao sexo da vítima. “Passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso”.

Com relação a modificação realizada pela Lei 12.015/2009, o marco mais importante para este trabalho é a inclusão do artigo 217-A no CP, a tipificação do estupro de vulnerável, que transformou muito a ideia do estupro da criança e do adolescente. Previamente não havia uma idade fixada pela lei para caracterizar o estupro de vulnerável na prática com menor de 14 anos de idade. As decisões, na maioria das vezes eram baseadas através do passado da vida sexual das vítimas.

O estupro de vulnerável está tipificado no CP, artigo 217-A²⁶:

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

²⁴ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 1.125.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 30.

²⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07/12/1940** – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 05/03/2019.

Ao estabelecer o crime de estupro de vulnerável, o legislador pensou na fragilidade do indivíduo menor de 14 anos pertinente à exploração sexual visando proteger a sua debilidade e a maturação ainda não totalmente completa. A penalização do agente é indiferente se a criança ou adolescente é de sexo masculino ou feminino.

No que tange à vulnerabilidade com relação ao estupro da criança e adolescente menor de 14 anos, Capez²⁷ esclarece:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir à custa desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual.

O legislador, quando modificou o título dos crimes contra a dignidade sexual no Código Penal, considerou que a pessoa não tendo 14 anos de idade completos, não tem capacidade para decidir se pode ou não ter vida sexual. Portanto, mesmo que o indivíduo, menor de 14 anos, tenha consentido a relação sexual, trata-se de crime de estupro de vulnerável.

Conforme entendimento de Bitencourt²⁸, a proteção é da dignidade da vítima e sua incapacidade absoluta de decisão:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

A corrente majoritária entende que o fato de a vítima já ter a vida sexual iniciada anteriormente, não faz diferença para a penalização do agente. Nem mesmo se a vítima tiver consentimento independentemente se há ou não relacionamento com o agente. É o que diz a Súmula 593²⁹ do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 06/11/2017:

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 99.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: v. 4, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

²⁹ BRASIL, STJ. **Súmula 593**, Terceira Seção, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 05/03/2019.

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Confirma-se que o consentimento da vítima, sendo ela menor de 14 anos, não descaracteriza o crime de estupro de vulnerável, pois o legislador entende que o indivíduo menor de 14 anos não tem discernimento para permitir o ato sexual.

Traz-se à baila o ensinamento de Gonçalves³⁰, a saber: “Assim, pouco importa que uma moça de 12 anos seja prostituta e já tenha se relacionado com outros homens. Aquele que for flagrado com ela mantendo relação sexual, ciente de sua idade, responderá pelo crime”.

Mesmo diante de legislação específica, clara e objetiva, juntamente com a Súmula 593 do STJ, e posicionamento da corrente majoritária de doutrinadores, alguns tribunais ainda excluem a condenação do agente no crime sexual contra a vítima menor de 14 anos, na maioria das vezes por entender que a vítima tem total consciência para tomar decisão de praticar sexo. É o que se passa a aprofundar no último tópico deste trabalho. Antes disso, será feita uma breve exposição das antinomias do sistema de proteção à criança e ao adolescente, onde será tratada a iniciação sexual do indivíduo.

3. Autonomia da vontade e psicologia da iniciação sexual

A proteção da criança e do adolescente se desenvolveu bastante ao longo do tempo. De 1988 em diante, a legislação vem mudando em benefício da criança e do adolescente. Foi inserido que cabe ao Estado, à sociedade e à família a proteção daqueles, mas muitas vezes esses protetivos não superam a capacidade de controle e autonomia desses menores.

Até em alguns julgados são mencionadas nas decisões a questão da iniciação sexual da criança a partir dos 12 anos de idade. É citado que hoje em dia com a exposição de vida sexual ativa, através da mídia (novelas, jornais), a criança e o adolescente estão dando início mais cedo à vida sexual.

Existe a doutrina que questiona a idade do indivíduo de 12 a 14 anos ser vulnerável. É o posicionamento de Nucci, para quem o indivíduo menor de 14 e maior de 12 anos de idade já

³⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: parte especial. Coord. LENZA, Pedro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 536.

tem como tomar decisão com relação à vida sexual, e a Lei 12.015/2009 poderia ter ido mais adiante e ter fixado a idade em 12 anos ao invés de 14, para reduzir os embates nos tribunais:

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais³¹.

Nesse contexto, faz-se necessário analisar a psicologia e maturidade do menor de 14 anos, pois talvez, mesmo que a idade legislativa o caracterize como vulnerável, não existiria, na prática, tanta vulnerabilidade. Brodt também é adepto a corrente de Nucci, e diz:

Entretanto, entendemos que à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido *lato sensu*, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A³².

Assim, surge o questionamento de qual a idade que uma criança ou um adolescente pode tomar decisão para consentir uma relação sexual, podendo ser possível a penalização de um agente e livrar outro mesmo que estejam em situações semelhantes.

Não se pode afastar a hipótese de que atualmente o início da atividade sexual tem ocorrido em idades mais precoces. É o que afirma um estudo da iniciação sexual feminina na adolescência realizado:

O aumento da atividade sexual na adolescência e em idades mais precoces deriva de vários motivos, principalmente no que tange ao social e ao psíquico, como, por exemplo: há, hoje, maior aceitação e até incentivo da sociedade a esta prática através da mídia; existe uma maior tolerância à maternidade solteira e a mulher não é desvalorizada como nas décadas passadas ao perder a virgindade³³.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2014. p. 148.

³² BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**: a nova maquiagem da velha senhora. Disponível em: <https://www.academia.edu/6160846/DOS_CRIMES_CONTRA_A_DIGNIDADE_SEXUAL?auto=download>. Acesso em 16/06/2019.

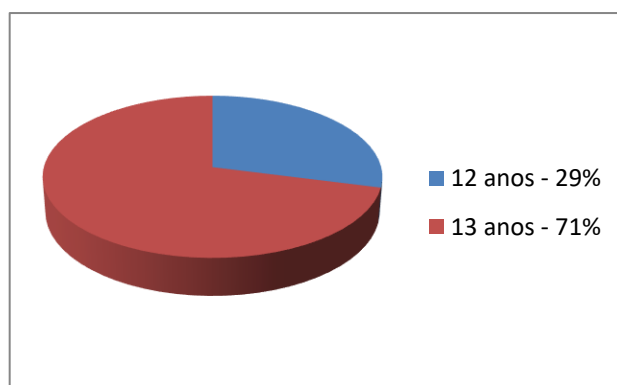
³³ TAQUETTE, Stella R. VILHENA, Marília Mello de. **Uma contribuição ao Entendimento da Iniciação Sexual Feminina na Adolescência**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 13, n 1, 2008. p. 105-114.
Virtù: Direito e Humanismo | Brasília | Ano 8 | n. 24 | v. 1 | mai.-ago. 2018 | ISSN 2238-0779

O desenvolvimento e o aumento da maturidade do ser humano atualmente remetem a pensamentos de mudança, gerando novas relações, implicando em situações diferenciadas em relação a tempos atrás. As pessoas estão iniciando as responsabilidades com idade menor e tomando de decisões bem mais cedo do que anteriormente devido ao mundo globalizado e repleto de informações transmitidas frequentemente.

4. Julgados e conflitos entre princípios e normas

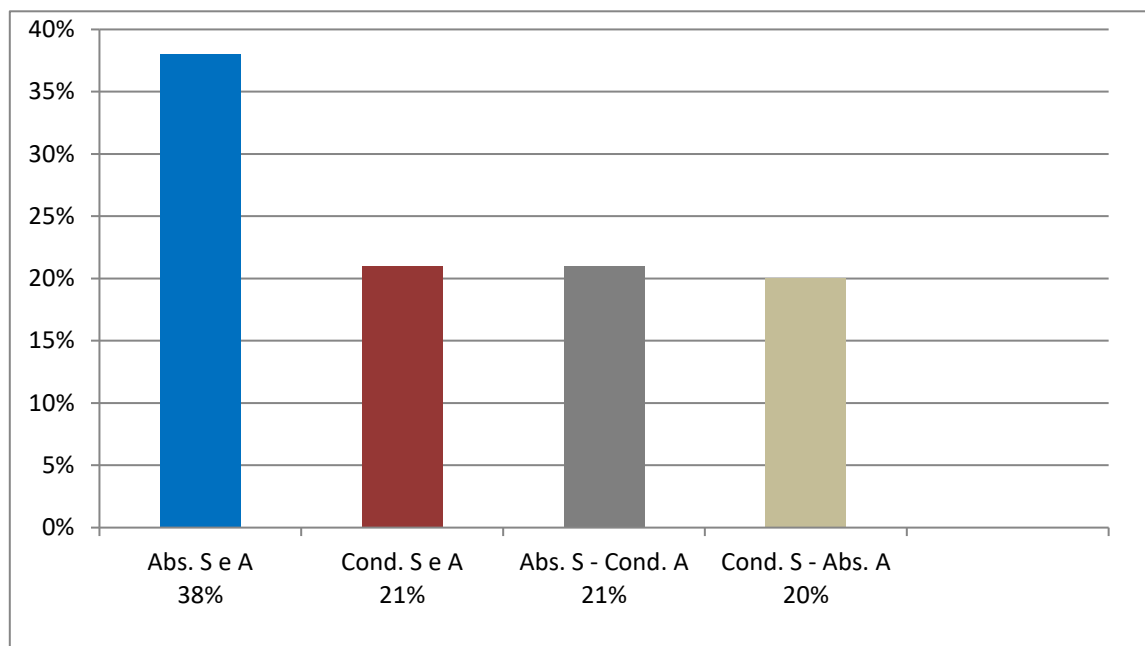
Na pesquisa quantitativa realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nota-se uma grande oscilação nos julgados, no lapso temporal da ocorrência do suposto crime, bem como da data do acórdão. Vale lembrar que em todos os julgados coletados para este artigo a vítima alegou, em depoimento, que consentiu para a prática da relação sexual, bem como foi constatado o consentimento por meio de demais provas.

Tanto a coleta dos dados nos crimes cometidos antes e depois de 2009, inserção do artigo 217-A no CP, todas as vítimas tinham entre 12 e 13 anos. 29% tinham 12 anos e 71% tinham 13 anos na época do consentimento e consequente relação sexual. Esses percentuais estão demonstrados na figura abaixo:



De todos os julgados coletados na pesquisa deste artigo, o resultado mostrou que 38% tiveram sentenças e acórdãos favoráveis aos réus, enquanto apenas 21% apresentam resultado de condenação na sentença e também no acórdão. Por coincidência, 21% foram absolvidos na sentença e posteriormente sendo reformada a condenação no acórdão. E 20% foram condenados no juiz *a quo* e posteriormente absolvidos pelo TJRS. Daí se extrai o total de 100% dos julgados do TJRS com datas dos crimes de 2002 a 2016, e acórdãos proferidos de 2011 a 2019

aleatoriamente. Onde em 41% existem controvérsias nas sentenças e acórdãos, sendo que 59% dos acórdãos são favoráveis aos réus sem relação com a sentença:



Os resultados mostram que 75% dos supostos agentes envolvidos firmaram namoro com a suposta vítima por determinado tempo enquanto mantiveram a relação sexual consentida. Destes relacionamentos de namoro entre vítima e agente 39% além de ter consentimento do menor de 14 anos, também houve consentimento e ciência dos pais na relação. Ainda com relação ao namoro, 44% dos supostos réus foram absolvidos na primeira e segunda instâncias, sendo que, destes, metade tinham consentimento dos responsáveis e outra metade não.

4.1. Crimes cometidos em data anterior a existência do artigo 217-A do CP

Com relação a julgados com a data do suposto estupro de vulnerável, anterior ao artigo 217-A de 2009, foram encontrados os seguintes resultados: em sentença de primeira instância foram localizadas 33% de absolvição de réus enquanto 67% foram condenados. Os mesmos julgados na primeira instância tiveram porcentagem contrária com relação ao acórdão, sendo que 67% foram de absolvição e 33% de condenação. Interessante relatar que algumas decisões foram mantidas e outras reformadas, ou seja, em alguns casos o Tribunal concordou com a primeira sentença, mas em outros resolveu mudá-la. Foi possível perceber que a maioria dos casos de absolvição na primeira e segunda instância, o réu tinha uma diferença de idade menor da vítima. Em 100% dos casos de absolvição no TJRS o réu manteve com a vítima uma relação afetiva, namorando por um determinado prazo.

Foi o que ficou demonstrado no julgado de 19/10/2017, em um caso de suposto crime de estupro de vulnerável onde o réu foi absolvido na primeira e na segunda instâncias. A ocorrência do fato foi durante o ano de 2006 até 01/04/2007, a sentença foi registrada em 07/01/2016, e o acórdão em 19/10/2017:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO AFETIVA CONSENTIDA. DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO NO CASO CONCRETO. DECISÃO ABSOLUTÓRIA MANTIDA. Imputação de conjunção carnal entre o réu, de 21 anos, e a vítima, de 13, que logo completou 14, ainda durante o relacionamento. Acervo probatório que evidenciou cenário fático de envolvimento afetivo consensual entre dois jovens, com diferença de idade gravitando em torno de 08 anos. Proximidade de idade que torna factível o enlace entre ambos, os quais nutriram relacionamento relativamente longo para os padrões etários, prosseguido para além da marca de 14 anos da ofendida, inclusive com coabitação. Inexistência de sinal de temor reverencial, muito menos de violência física ou psíquica. Palavra da vítima que tornou indubitável a relação de consentimento e voluntariedade, bem como que demonstrou maturidade acentuada para a sua faixa etária. Comportamento sexualizado que, na espécie, desborda do prisma delitivo, ingressando, de fato, no campo de relação afetiva entre jovens, adstrito nitidamente ao signo do consentimento. Absolvição mantida, com base no art. 386, III, do CPP. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNÂNIME³⁴.

Entretanto, não haverá aprofundamento em demonstrar mais valores com relação a julgados com data do suposto crime anterior a existência do artigo 217-A, pelo motivo da coleta dos dados ter sido pequena, podendo induzir a erros.

4.2. Crimes cometidos após a existência do artigo 217-A do CP

Foram coletados 21 julgados do Tribunal do Rio Grande do Sul, em que ficou comprovado que a vítima teve consentimento à relação sexual com o réu. Desses julgados, 62% tiveram sentenças absolutórias e 57% tiveram acórdãos que adotaram absolvição. O mais curioso é que mesmo sentenças e acórdãos alcançando um valor aproximado, nem todos que tiveram sentença favorável ao réu tiveram acórdão favorável ao réu. Do total de sentenças absolutórias apenas 61% foram ratificadas pelo Tribunal, mantendo o acórdão favorável ao réu. E do total de acórdãos absolutórios 67% teriam sido proferidas sentenças no mesmo sentido. Todos os 21 julgados tiveram a data do suposto crime de estupro cometido após a existência do artigo 217-A do CP.

³⁴ TJ-RS - ACR: 70070563366 RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 19/10/2017, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/10/2017.

Dos 21 julgados pesquisados 38% dos denunciados tiveram sentença e acórdão favoráveis. As vítimas tinham 12 e 13 anos, sendo que 63% tinham 13 anos e 37% tinham 12 na ocasião da conjunção carnal. A idade média dos réus foi de 24 anos, tendo como idade mínima 18 e máxima 36 anos. 88% destes réus firmaram namoro com a vítima por determinado tempo, sendo que apenas 43% tinham consentimento dos pais/responsáveis. O único caso em que os envolvidos não firmaram namoro, da relação sexual resultou em gravidez. Dos relatos constantes nos autos dos processos pesquisados existem diversas curiosidades as quais delongariam adentrar em suas especificidades neste trabalho, como por exemplo a relação entre cunhados. Os anos em que ocorreu a relação sexual entre os envolvidos se deram em 2010, 2011, 2012, 2013 e 2015. Os julgados no Tribunal de Justiça foram em 2012, 2016, 2017 e 2019.

Interessante trazer à baila a ementa do julgado mais recente pesquisado em que o réu foi absolvido na sentença e acórdão no Rio Grande do Sul, valendo destacar que de todos os julgados com sentenças e acórdãos absolutórios, neste o réu atingiu a maior idade de 36 anos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IDADE DA VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. No especial caso dos autos, a prova produzida no curso da persecução penal empresta trânsito à relativização da vulnerabilidade, isso porque, embora menor de quatorze anos, as relações sexuais havidas entre a vítima (12 anos de idade) e o acusado (36 anos de idade), consistentes em conjunção carnal, foram consentidas, não podendo o réu ser responsabilizado por conduta advinda de união de vontades e desígnios. Vítima e réu que mantiveram relacionamento afetivo, inclusive possuindo um filho juntos, sendo que esse assumiu a paternidade e pensiona ao filho. Ausência de prova de ameaça ou submissão. Impositiva, portanto, a manutenção da absolvição. RECURSO DESPROVIDO³⁵.

Apenas 19% dos réus foram condenados nas duas instâncias. Em todos estes a vítima tinha 13 anos de idade na ocasião. Em 50% dos julgados foi estabelecida uma relação de namoro entre a vítima e o réu por determinado tempo, sendo que a metade havia consentimento dos pais/responsáveis, e a outra metade não. Nos outros 50% dos casos não houve namoro entre vítima e réu, e, apesar da vítima ter consentido, ninguém sabia que eram íntimos, sendo totalmente sem ciência de terceiros. Ainda com relação às condenações nas duas instâncias, todos os réus desses casos tinham mais de 20 anos na ocasião, variando a idade entre 21 e 32

³⁵ TJ-RS - ACR: 70080263833 RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 27/03/2019, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/04/2019.

anos. Os anos em que ocorreram os crimes foram em 2011, 2014 e 2016, e os julgados foram em 2015, 2018 e 2019, aleatoriamente.

Dos 21 julgados após a existência do artigo (217-A) que tipifica o estupro de vulnerável no CP, seis tiveram julgamentos no TJRS realizados após a edição da Súmula 593 do STJ, de outubro de 2017.

4.3. Julgados proferidos após a Súmula 593 do STJ

Analisando os dados coletados, dos seis julgados após a Súmula 593 do STJ, observou-se que estes atingiram 29% dos 21 julgados coletados para a pesquisa deste artigo.

Nota-se que 50% dos julgados coletados que tiveram acórdão proferido após a Súmula 593 do STJ, tiveram condenação do réu na sentença e no acórdão. Aqui é possível observar que a Súmula consiste em grande reforço para a não relativização da vulnerabilidade da vítima, pois anterior a ela apenas 19% dos réus foram condenados nas duas instâncias como demonstrado no tópico anterior. Todas as vítimas dentro dos 50% tinham 13 anos de idade na época do crime, os réus tinham idade entre 20 e 32 anos. Apenas em um julgado dessas condenações, nas duas instâncias, havia relação de namoro e era sem o consentimento dos pais/responsáveis, sendo que o réu estava com 32 anos de idade. Nos outros casos, os réus tinham 20 anos e não estabeleceram namoro com as vítimas.

Cabe salientar que 33,3% dos casos tiveram sentença absolutória, metade destas sentenças foram reformadas, condenando os réus. Por coincidência, 33,3% também tiveram acórdãos absolutórios, sendo que também a metade tinha tido a sentença condenatória.

É importante destacar que o julgado mais recente que teve acórdão a favor do réu ocorreu em julgamento pelo TJRS em 30/05/2019. O suposto crime se deu em 2014 e em sentença o réu foi condenado. Levado à segunda instância obteve êxito na absolvição do réu. A vítima na ocasião tinha 13 anos e o réu 40 anos de idade. Ambos namoraram com consentimento dos pais/responsáveis e atualmente tem família constituída, onde o casal tem uma filha, fruto do suposto crime de estupro de vulnerável.

Os dados coletados indicam que apenas 17% conseguiram manter a absolvição do réu na sentença e no acórdão. Com base nesse parâmetro, ainda se observa que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul utiliza a tese da relativização da vulnerabilidade. É o que se pode ler no relatório do acórdão pela relatora Desembargadora Lizete Andreis Sebben: “entendo que a situação de vulnerabilidade, presumida pela idade da vítima, deve ser relativizada, não podendo

o réu ser responsabilizado por uma conduta advinda de união de vontades e desígnios”³⁶. Vale ressaltar que este julgado é o mesmo mencionado no tópico anterior, uma vez que está dentro do mesmo rol de julgados coletados para a pesquisa deste artigo.

A relativização da vulnerabilidade nos crimes de estupro de vulnerável não está presente apenas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul após a Súmula 593 do STJ. Juízes, demais Tribunais Regionais e até o próprio STJ, editor da Súmula, relativizam a vulnerabilidade da vítima em casos concretos. Existe a percepção de que não é maioria, mas ainda assim, tem-se adotado esse entendimento.

4.4. Relativização da vulnerabilidade pelo STJ no caso concreto

Interessante trazer a informação de que, durante a coleta de dados da pesquisa realizada neste artigo, foi identificado um REsp de agosto de 2018 em que, numa decisão monocrática, o Ministro Sebastião Reis Júnior relativiza a presunção de violência em um caso de estupro de vulnerável.

Igualmente no STJ foi relativizada a vulnerabilidade da vítima, justificado pelo consentimento, livrando também os pais da condenação por saber e consentir a relação de menor de 14 anos com o réu. Trata-se do REsp 1726970 RS de 2018:

DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local proferido na Apelação Criminal n. 70072156490 RECURSO ESPECIAL. [...] Diante dessas considerações, não vejo como impor aos denunciados o pesado ônus de um processo criminal que o tipo penal supostamente infringido impõe, porque se vislumbra *ab initio* a inexistência de justa causa para a ação penal. Assim, inviável o prosseguimento do feito pela prática do delito previsto no artigo 217-A do Código Penal, devendo ser mantida a decisão que rejeitou a denúncia, diante da realidade social em que vivem denunciados e vítima, devendo ser relativizada a presunção de violência.³⁷

Na situação do processo referente ao REsp acima, foram denunciados o namorado e os pais da vítima em 2016, por manter relação sexual reiteradas e sucessivas vezes, e por omissão do dever legal de cuidado, proteção e vigilância, inerente ao poder familiar, respectivamente. O juiz singular acolheu a defesa dos acusados, reconhecendo a atipicidade do fato narrado,

³⁶ TJ-RS - ACR: 70080263833 RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 27/03/2019, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/04/2019.

³⁷ STJ - REsp: 1726970 RS 2018/0041569-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 07/08/2018.

rejeitando a denúncia, na justificativa de que a vítima teve consentimento para a prática da relação sexual. O Ministério Público, inconformado com a decisão, interpôs a apelação protocolada sob o número 70072156490, e pediu a reforma da primeira decisão fundamentando em que existiam as tipicidades formal e material, sendo que para isto basta que a vítima seja menor de 14 anos, independente do consentimento, alegando que esta não possuía desenvolvimento mental e maturidade sexual para a permissão do consentimento dos atos libidinosos.

Entretanto, os desembargadores entenderam diferente do Ministério Público no acórdão da apelação e ratificaram a sentença de primeira instância não evidenciando a vulnerabilidade, fundamentando que a realidade social e as condições pessoais dos envolvidos permitem a relativização da presunção de vulnerabilidade da menor, afastando assim a tipicidade e mesmo a vítima tendo 12 anos de idade, que esta demonstrou que tinha plena consciência da conjunção carnal sendo consentida, além da ciência dos familiares. Após o acórdão, o Ministério Público ainda recorreu ao STJ mas não obteve êxito, sendo mantida a primeira sentença de absolvição dos réus, mesmo com a ocorrência do fato sendo praticada após a vigência da Lei 12.015/2009 e o julgamento ocorrendo após a Súmula 593 do STJ de 2017.

Considerações finais

Este artigo aponta que o Estado no decorrer dos anos mudou a legislação de proteção do menor de 14 anos, isto com motivação protetiva em vários aspectos, mas trazidos aqui especificadamente a dignidade sexual. Ficou claro que o objetivo do Estado é arcar com responsabilidades envolvendo a sociedade e a família no esforço de cumprir tal proteção, visando sempre o melhor interesse do protegido.

A legislação e doutrina majoritária, principalmente após a edição da Súmula 593 do STJ, são claras e objetivas, aduzindo que a prática de sexo com menor de 14 anos, mesmo com consentimento da vítima, é considerado estupro de vulnerável. Porém, ainda existem julgados recentes que não condenam o réu nessa situação, relativizando a vulnerabilidade da vítima.

Ficou evidenciado que ainda existe a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, em quantidade significativa, em acórdãos proferidos até maio de 2019 pelo TJRS. Ainda foi trazida para reflexão uma decisão do STJ de 2018, onde também existe a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 na prática do sexo consentido.

Percebe-se, após análise, que existe uma grande oscilação entre os juízes de primeira instância e os desembargadores do TJRS, pois somente uma pequena porcentagem dos casos teve sentença e acórdão absolvendo o réu, no valor de 38%, enquanto 41% ficaram em embates, onde uma decisão é contrária a outra, sendo que as decisões iguais, somadas absolvição e condenação, geram um total de 59%.

Na coleta dos posicionamentos da doutrina se notou que existe uma corrente minoritária que defende a diminuição legislativa da idade da criança e do adolescente, passando de menor de 14 para menor de 12 anos, para que se considere estupro de vulnerável. A pesquisa realizada no TJRS demonstra que na coleta de todos os dados, todas as supostas vítimas tinham entre 12 e 13 anos. Pensa-se talvez se essa corrente minoritária pode ter razão com relação ao discernimento do adolescente menor de 14 anos para a tomada de decisão e consequente iniciação da vida sexual. Entretanto, essa mudança pode não refletir a evolução e o progresso das leis de proteção ao menor, bem como a eficácia do Estado, sociedade e família na tutela da criança e do adolescente.

Por fim, registre-se que dos dados coletados neste artigo 58% dos acórdãos do TJRS absolveram os réus. Mesmo na legislação e na doutrina a idade estabelecida é para menores de 14 anos, evidenciando-se que o TJRS ainda relativiza o consentimento da vítima no sexo com adolescente menor de 14 anos.

Referências

AMIN, Andréa Rodrigues; SANTOS, Ângela Maria Silveira; MORAES, Bianca Mota de; CONDACK, Cláudia Canto; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; RAMOS, Helane Vieira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers; TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 70.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: v. 4. Parte Especial: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, STJ. **Súmula 593**, Terceira Seção, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 05 de março de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848 de 07/12/1940** – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 05 de março de 2019.

BRASIL. **Lei nº. 6.697 de 10 de outubro de 1979** – Código de Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002** – Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990** – Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual: a nova maquiagem da velha senhora**. Disponível em: <https://www.academia.edu/6160846/DOS_CRIMES_CONTRA_A_DIGNIDADE_SEXUAL?auto=download>. Acesso em 16 de junho de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. Lei 10.406 de 2002. Ed. 14. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte especial**. Coord. LENZA, Pedro. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, vol. 1: parte geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZI, Gisella Werneck. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em <<http://fundacaotelefonica.org.br/promeninotrabalho infantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>> . Acesso em 30 de março 2019.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MENDES, Moacir Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente a Lei 8.069/90**. São Paulo: PUC-SP, 2006.

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

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

STJ - REsp: 1726970 RS 2018/0041569-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 07/08/2018.

TAQUETTE, Stella R. VILHENA, Marília Mello de. **Uma contribuição ao Entendimento da Iniciação Sexual Feminina na Adolescência**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 13, n 1, 2008.

TJ-RS - **ACR: 70044878270 RS**, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 24/05/2012, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/05/2012)
TJ-RS - **ACR: 70073021917 RS**, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Data de Julgamento: 27/09/2017, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/10/2017.

TJ-RS - **ACR: 70070563366 RS**, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 19/10/2017, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/10/2017.

TJ-RS - **ACR: 70080263833 RS**, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 27/03/2019, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/04/2019.

ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de Direito Civil – família, sucessões, vol. 5**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – direito de família, vol. 6**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 14 de julho de 2020. Aprovado em 2 de novembro de 2020. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.

Edição publicada em 31 de março de 2023.