

Conjunção carnal e/ou ato libidinoso consentido com menor de 14 anos. Consentimento válido?

Prof. Tiony Aparecido de Barros¹

Resumo

Inicialmente necessário se faz esclarecer que, o Código Penal, antes da Lei 12.015 de 07 de Agosto de 2009, trazia em seu artigo 213, 214, c/c artigo 224, todos do Código Penal, as hipóteses de estupro e atentado violento ao pudor, onde a violência era presumida, em razão de circunstâncias elencadas pelo legislador. Com o advento da Lei 12015/09, houve alteração no Código Penal, nascendo o artigo 217-A, havendo uma junção do estupro propriamente dito, com o ato libidinoso, ou seja, nesse artigo 217-A, estão contidas as disposições dos artigos 213, 214, c/c artigo 224, todos do Código Penal, antes da alteração. Sempre houve na doutrina e na jurisprudência, grande discussão no que diz respeito à presunção relativa ou absoluta, nos crimes sexuais praticados contra menor de 14 anos. Quando falamos em presunção absoluta, estamos diante daquela que não admite prova em contrário, ou seja, o consentimento da eventual vítima, menor de 14 (catorze) anos, não tem validade ou relevância jurídica. Já a presunção relativa, é aquela que está sujeita a prova em contrário, ou seja, pode ser afastada, após análise de algumas circunstâncias diante do caso concreto, ou seja, o Juiz pode levar em consideração a manifestação de vontade da eventual vítima, bem como, outras circunstâncias. A intenção do legislador é proteger de forma ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável. Antes da edição da Lei 12015/09, que alterou o Código Penal, este mesmo diploma, trazia expressamente no artigo 224 o termo *presunção de violência*, elencando as hipóteses onde a violência era presumida. Verifica-se que, após a edição da sobredita lei, ao criar o artigo 217-A, o legislador optou pela expressão “Estupro de vulnerável”. Mesmo com a alteração do nome, necessário se faz, reflexão sobre o tema, no sentido de que, essa vulnerabilidade é relativa ou absoluta, merecendo melhor atenção, diante do caso concreto.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Menor de 14 anos. Consentimento. Vulnerabilidade relativa ou absoluta.

Abstract

Initially necessary to make clear that the Criminal Code, before Law 12.015 of August 7, 2009, brought in its article 213, 214, c / c Article 224, all of the Penal Code, the cases of rape and indecent assault where violence was assumed, due to circumstances listed by the legislature. With the enactment of Law 12015/09, there were changes in the Penal Code, being born the 217-The article, with a rape of the junction itself, with lewd acts, namely that Article 217-A, the provisions of Articles are contained 213, 214, c / c Article 224, all of the Penal Code before the change. There has always been the doctrine and jurisprudence, great discussion regarding the relative or absolute presumption in sex crimes against under 14 years. When we talk about absolute presumption, we are on that which does not admit evidence to the contrary, that is, the consent of any victim under 14 (fourteen) years, has no validity or legal significance. Already the presumption is one that is subject to proof to the

¹ Advogado na cidade de Águas de Santa Bárbara. Pós Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Tributário pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP. Professor na Faculdade Eduvale de Avaré na área de Direito Penal e Interesse Difuso e Transindividuais. Contato. barrosti@hotmail.com

contrary, that is, can be removed after analysis of some circumstances on the case, or the judge may take into consideration the will of manifestation of any victim and as other conditions. The intention of the legislator is to protect broadly sexual dignity of the vulnerable person. Prior to the enactment of Law 12015/09, which amended the Criminal Code, this same law expressly brought in Article 224 the term presumption of violence, listing the cases where violence was presumed. It appears that after the publication of the aforesaid law, to create Article 217-A, the legislature opted for the "Rape vulnerable" expression. Even with the name change, they have to reflect on the subject, in the sense that this vulnerability is relative or absolute, deserving better attention on the case.

1 – INTRODUÇÃO:

O Código Penal no artigo 217-A dispõe sobre o crime denominado *estupro de vulnerável*. Tal dispositivo legal, revela o estupro de vulnerável em três hipóteses, sendo elas: 1) Com menor de 14 (catorze) anos; b) Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato; c) Ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. **Para nós o que interessa nesse trabalho, é a hipótese referente a ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.**

Vejamos a redação do artigo 217-A do Código Penal:

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.

[...]

Segundo o Professor Guilherme de Souza Nucci, o termo *conjunção carnal* significa a cópula entre pênis e vagina. *Ato libidinoso*, qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual, segundo o mesmo doutrinador.

Em que pese o artigo 217-A do Código Penal, não falar mais expressamente sobre o termo *presunção de violência* contida na redação do artigo 224 (revogado), o fato é que, o atual artigo 217-A, é denominado *estupro de vulnerável*. Para Guilherme de Souza Nucci,

vulnerável significa passível de lesão, despido de proteção. Para os doutrinadores Renato Marcão e Plínio Gentil, vulnerável significa o “que pode ser vulnerado [...]”, ou seja, ferido.

Ocorre que, a rubrica do artigo 217-A do Código Penal, utiliza o termo *estupro* de vulnerável, o que significa algo forçado no campo sexual.

Dessa forma, necessário enfrentarmos o tema para aferir se a vulnerabilidade do artigo 217-A, em relação aos menores de 14 (catorze) anos é relativa ou absoluta.

Senão, vejamos.

2 - DA VALIDADE DO CONSENTIMENTO PARA O ATO SEXUAL?

A hipótese em tela se resume na possibilidade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com o consentimento da eventual vítima, sendo essa, menor de 14 (catorze) anos. Esse consentimento é válido ou não?

A questão não é pacífica. É evidente que, o legislador ao rubricar o artigo 217-A como *estupro* de vulnerável, nos passa a idéia de pratica sexual forçada. Mas, atento ao preceito primário do referido artigo, notamos que, em sua redação não existe nada de forçado, mas sim, o fato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

Verifica-se que, o legislador levou em consideração, tão somente a idade da eventual vítima. Somente esse critério foi utilizado.

O Professor Guilherme Freire de Melo Barros, diz que:

Considera-se **criança** a pessoa com **até 12 (doze) anos incompletos**, ou seja, aquele que ainda não completou seus doze anos. Por sua vez, **adolescente** é aquele que conta **12 (doze) anos completos e 18 anos incompletos**. [...]

O critério adotado pelo legislador é puramente cronológico, sem adentrar em distinções biológicas ou psicológicas acerca do atingimento da puberdade ou do amadurecimento da pessoa.

A edição da Lei 12.015/09, criando o artigo 217-A, não fechou a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência, atualmente podemos chamar de vulnerabilidade relativa ou absoluta.

O cerne da questão é saber se, o consentimento da eventual vítima menor de 14 (catorze) anos, em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, se esse consentimento é válido ou não?

O Professor Rogério Sanches Cunha, citando NUCCI, salienta que, o nascimento do novel tipo penal não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.

“Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma com o sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto - , sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. 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 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 sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor e 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual”.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se no sentido de que, a presunção de violência no estupro, quando a vítima não for maior de 14 anos de idade, é absoluta, de maneira que “a aquiescência da adolescente ou mesmo fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais não tem relevância jurídico-penal”. (REsp 953.805/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 10/03/2014. Essa orientação tem sido reiterada: “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; 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”. (REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 10/09/15).

No mesmo sentido: “O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária [...]”. Precedentes (STJ, EREsp 688.211/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 8-10.2008).

Em sentido contrário, votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

“(…) Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo de modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse com doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não há de se igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conquências que lhes podem advir”. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria. Portanto, é de ser ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez” (HC, STF 73.662/MG 2ª T. Re. Min. Marco Aurélio de Mello, 21.05.2005).

[...]

“(…) Deveria ou deverá o juiz estar aligidamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal absoleto, distante da atualidade e das invocações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deverá emprestar a interpretação que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?! Entendo que não” (HC 73.662, parte do voto do Ministro Maurício Corrêa).

[...]

“O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de habeas corpus, é a convicção de que, não concedê-la significaria proferir, no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro. Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, criminoso hediondo o rapaz”. (HC 73.662, parte do voto do Ministro Francisco Rezek).

No caso acima, restou claro que, a presunção de violência cede às circunstâncias do caso concreto, muito embora, tal decisão seja anterior a Lei 12.015/09. Em alguns casos, de forma excepcional, deve o magistrado analisar outras circunstâncias além da idade.

Posicionar no sentido de que, o consentimento do menor de 14 (catorze) anos não é válido, adotando como único critério a idade, sendo, portanto, caso de vulnerabilidade absoluta, fere vários princípios Constitucionais, princípios do Direito Penal, conforme sustentado abaixo.

3 – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL:

Vamos citar abaixo, dois casos hipotéticos, para demonstrar que, o **único** critério utilizado pelo legislador (idade – menor de 14 anos), para configurar o crime, se mostra equivocado, *DATA MAXIMA VENIA*.

Caso hipotético 1: Imagine um casal de namorados. Namoro público e consentido pela família. A moça com 13 anos, 11 meses e 20 dias de idade. O rapaz com 18 anos de idade completos. De livre e espontânea vontade, com o consentimento da moça, praticaram ato sexual (conjunção carnal/ato libidinoso).

Caso hipotético 2: Imagine um casal de namorados. Namoro público e consentido pela família. A moça com 14 (catorze) anos de idade completos. O rapaz com 18 anos de

idade completos. De livre e espontânea vontade, com o consentimento da moça, praticaram ato sexual (conjunção carnal/ato libidinoso).

No primeiro caso hipotético, o rapaz responderia pelo crime de estupro de vulnerável, mesmo com o consentimento da namorada, ante o que dispõe o artigo 217-A do Código Penal. No segundo caso, o rapaz não praticou crime algum, sendo a conduta atípica.

Ocorre que, à diferença de idade entre o primeiro caso hipotético e o segundo caso, é de apenas dez (dez) dias. Observa-se que, **a idade como único critério utilizado**, não se mostra razoável, muito menos proporcional.

Manter o caráter absoluto da vulnerabilidade **utilizando a idade como único critério**, fere os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal formal e material (substantivo), ampla defesa e contraditório.

É indigno o cidadão praticar uma conduta, onde não tenha possibilidades de defesa meritória, ou seja, se a vulnerabilidade é absoluta, qual será a tese de defesa do Réu em sede de mérito? Estaríamos em tese, diante de uma inaceitável responsabilidade penal objetiva?

Só pelos argumentos acima, já percebemos grave violação aos princípios da ampla defesa e contraditório e devido processo legal.

Fere ainda princípios do Direito Penal como, intervenção mínima, bem como, os princípios decorrentes, ou seja, fragmentariedade e subsidiariedade; Fere também, o princípio da adequação social e da ofensividade.

Dessa forma, é necessário em alguns casos, relativizar a vulnerabilidade para adequar e atender aos princípios e fundamentos da Constituição Federal, bem como, aos princípios do Direito Penal. É diante do caso concreto que o Magistrado deve ter a sensibilidade de analisar todas as circunstâncias para no momento da sentença proferir um julgamento efetivamente justo.

O interprete deve levar em consideração não só a idade, mas também outros critérios, como por exemplo: a) O comportamento social da eventual vítima; b) Consentimento; c) experiência sexual anterior; d) acesso aos meios de informação/comunicação, grau de discernimento, entre outros critérios que o Juiz entender necessário.

Somente com a análise dessas circunstâncias, bem como, entre outras que o Juiz entender necessária, diante do caso concreto é que teremos uma decisão justa, razoável, proporcional, atendendo os princípios e fundamentos da Constituição Federal e do Direito Penal.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O tema em tela, sempre despertou grandes discussões, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Mesmo após a edição da Lei 12.015/09, a questão não está pacificada. Nota-se que, com o passar dos anos a sociedade evoluiu e o legislador, nesse ponto, continua tímido. É evidente que, a dignidade sexual tem que ser tutelada. Mas a tutela de um direito, não pode violar outro, ou seja, não se protege um direito violando outro. Ao nosso sentir, é diante de cada caso concreto que, o Juiz vai poder aferir a vulnerabilidade relativa, não ficando vinculado tão somente a idade, mas podendo analisar outras circunstâncias diante do caso concreto.

Necessário ressaltar que, tal entendimento não fomenta a pratica de qualquer crime, que deve ser combatido de forma incansável, muito menos incentiva a prática de relações sexuais com adolescentes menores de 14 (catorze) anos, pois, é o que o legislador buscar evitar. Nosso entendimento, como exposto no trabalho, caminha no sentido de que, deve haver outros critérios para aferir a vulnerabilidade e não só a idade como critério único.

REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal, Parte Geral/Parte Especial*. 6^a Ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARCÃO, Renato. PLÍNIO, Gentil. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo; Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. Editora JusPODIVM, 8^a Ed., revista, ampliada e atualizada, 2016.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito do Consumidor, Ambiental e ECA**. Coleção OAB – 12. Editora JusPODIVM, 2^a Ed., revista, ampliada e atualizada, 2014.