



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0030825-43.2010.8.19.0204

Relator: Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Apelante: Cristiane Teixeira Maciel Barreiras

Apelado: Ministério Público

APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). ENVOLVIMENTO AMOROSO ENTRE UMA MULHER E UMA ADOLESCENTE DE 13 (TREZE) ANOS DE IDADE. CONDENAÇÃO À PENA DE 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, SENDO O DELITO CLASSIFICADO COMO HEDIONDO. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A REDUÇÃO DA SANÇÃO PENAL, BEM COMO A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O SEU CUMPRIMENTO.

1. As modificações trazidas pela Lei 12.015/2009 pareceram, em um primeiro momento, ter colocado termo à discussão acerca da validade do consentimento do menor de 14 (quatorze) anos para a prática de ato libidinoso e da conseqüente presunção de violência. Erigiu-se, então, um novo conceito, qual seja, o de vulnerabilidade do menor dessa idade, criando-se o tipo do art. 217-A do Código Penal, para negar validade ao eventual consentimento da vítima, presumindo a sua incapacidade para a permissão da prática de atos sexuais.

2. Todavia, analisando o tipo penal em questão – 217-A do Código Penal – extrai-se de seu parágrafo primeiro que incorre nas mesmas penas do *caput* quem pratica atos libidinosos com alguém que “não tem o necessário discernimento para a prática do ato”. Nesse contexto, não se afigura razoável a premissa absoluta de que todo menor de 14 (quatorze) anos não dispõe de nenhum conhecimento

acerca do ato sexual, mormente diante da realidade fática e tecnológica contemporânea, pois isso equivale a colocá-lo em patamar inferior ao **deficiente mental, em relação a quem a lei exige a demonstração de efetiva ausência de discernimento.**

3. Ademais disso, não se pode olvidar que a interpretação da lei deve levar em consideração o ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, há evidente contradição em se considerar de forma genérica o menor de 14 (quatorze) anos absolutamente incapaz para consentir na prática de ato sexual, quando o mesmo ordenamento jurídico reputa válida a consciência e a vontade do maior de 12 (doze) anos para fins de aplicação de sanção pela prática de ato infracional, consoante estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. No caso *sub judice*, não é possível afirmar que a menor, segura e coerente em suas afirmações, seja ingênua e despreparada para lidar com a sexualidade, invalidando por completo a sua manifestação de vontade. Na verdade, do conjunto probatório coligido nos autos verifica-se que a adolescente não se encontrava em situação de vulnerabilidade, mas, ao revés, possuía plena consciência das consequências de sua conduta.

5. Assim, se impõe reconhecer a validade de seu consentimento, afastando, diante das circunstâncias do caso concreto, a presunção legal de ausência de discernimento para a prática de ato de cunho sexual, e, por conseguinte, a tipicidade da conduta da ré, consistente na troca de carícias amorosas com adolescente de 13 (treze) anos de idade.

6. De outro lado, não se pode equiparar uma relação sexual consentida com adolescente de idade superior a 12 (doze) anos, porém inferior a 14 (quatorze) anos a um estupro real – praticado com violência ou grave ameaça –, punindo a primeira conduta, cuja reprovabilidade é quase exclusivamente moral, como se de efetiva lesão à dignidade sexual se tratasse. Se não há lesão, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.

RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0030825-43.2010.8.19.0204, originários do Juízo da 2ª Vara Criminal Regional de Bangu, em que é apelante CRISTIANE TEIXEIRA MACIEL BARREIRAS e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **CONHECER E DAR PROVIMENTO** ao recurso defensivo, para absolver a apelante, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, recolhendo-se o mandado de prisão, nos termos do voto do Des. Relator.

Sessão de Julgamento: 16 de julho de 2013.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2013.

PAULO DE OLIVEIRA LANZELOTTI BALDEZ
Desembargador Relator



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0030825-43.2010.8.19.0204
Relator: Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez
Apelante: Cristiane Teixeira Maciel Barreiras
Apelado: Ministério Público

RELATÓRIO

O Ministério Público ajuizou ação penal pública, perante o Juízo da 2ª Vara Criminal Regional de Bangu, em face de **CRISTIANE TEIXEIRA MACIEL BARREIRAS**, devidamente qualificada nos autos, dando-a como incurso nas penas dos artigos 217-A (por mais de vinte vezes), na forma do art. 71, ambos do Código Penal, e art. 218-A (vinte vezes), também na forma do art. 71, ambos do Código Penal, tudo na forma do art. 70, *in fine*, do mesmo diploma legal, consoante denúncia acostada a fls. 02A/02D, lavrada nos seguintes termos:

“Em datas que não se podem precisar, mas sendo certo que entre os dias 06 de maio de 2010 e 27 de outubro de 2010, a denunciada, agindo de forma livre e consciente, praticou, por diversas vezes, atos libidinosos distintos da conjunção carnal, com a menor de 14 (quatorze) anos, Débora Cristina Vianna Martins. Restou apurado ao longo da investigação policial, que no dia 06 de maio de 2010, a denunciada, agindo de forma livre e consciente, praticou com a mencionada menor, ato libidinoso consistente em beijar-lhe a boca de forma lasciva, em uma praça pública que fica próxima a casa da vítima. Passados alguns dias do primeiro fato criminoso, a denunciada, também de forma livre e consciente, voltou a praticar atos libidinosos com a mencionada menor, sendo certo que nesta ocasião, além de diversos beijos, a denunciada trocou carícias com a vítima, apalpando seus seios. Tais atos se consumaram no interior do automóvel da denunciada que estava estacionado próximo casa da vítima. Conforme restou apurado, após o segundo fato criminoso narrado linhas acima, a denunciada, agindo sempre de forma livre e consciente, passou a

procurar regularmente a vítima Débora — menor de 14 (quatorze) anos — para fins de reiterar sua conduta delituosa, não sendo possível precisar o número exato de eventos criminosos que se sucederam. Entretanto, vale mencionar que em pelo menos mais 20 (vinte) oportunidades ao longo do período compreendido entre os meses de maio e outubro de 2010 a denunciada, aproveitando-se das mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução, além de outras semelhantes, praticou atos libidinosos distintos da conjunção carnal com a menor Débora, sendo certo que os mesmos consistiam em: troca de beijos; troca de carícias corporais, bem como a recíproca introdução dos dedos nas respectivas cavidades vaginais.

Nesse ponto vale ressaltar que, especificamente entre os dias 21 a 23 de setembro de 2010 e 25 a 27 de outubro de 2010, a denunciada manteve a vítima Débora (menor de 14 anos) em seu poder, por três dias consecutivos, oportunidade em que também de forma livre e consciente, praticou por diversas vezes os atos libidinosos distintos da conjunção carnal já narrados anteriormente, sendo certo que em tais datas, os crimes eram praticados no interior do automóvel da denunciada, que era estacionado nas proximidades de praças públicas de Bangu e adjacências.

Por fim, vale ainda mencionar que em diversas oportunidades entre os meses de agosto e outubro de 2010, a denunciada, agindo de forma livre e consciente e a fim de satisfazer sua própria lascívia, praticou os atos libidinosos já descritos linhas acima, na presença de uma terceira pessoa — Juliana Pereira dos Santos — também menor de 14 (quatorze) anos, que a tudo assistia.

Importa consignar que apesar de não ser possível precisar o número exato de vezes em que a menor Juliana foi submetida a tal constrangimento; restou apurado que em pelo menos 20 (vinte) ocasiões a mesma presenciou os atos libidinosos praticados pela denunciada com a menor Débora, seja no interior do carro daquela; seja na sua residência; seja no Motel Bariloche.

Em suma, conforme se depreende dos autos, a denunciada, agindo de forma livre e consciente e em continuidade delitiva, praticou reiteradas vezes os crimes de estupro de vulnerável e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, em detrimento das menores de 14 (quatorze) anos, Débora Cristina Vianna Martins e Juliana Pereira dos Santos.

Sendo, portanto, típicas, ilícitas e culpáveis as condutas imputas a denunciada, está a mesma incurso nas penas previstas nos preceitos secundários nas normas incriminadoras inculpidas nos artigos 217-A (por mais de vinte vezes), na forma do Art. 71, ambos do Código Penal; e artigo 218-A (vinte vezes), também na forma do Art. 71, ambos do Código Penal, tudo na forma do Art. 70, *in fine* do mesmo diploma legal.”

Encerrada a instrução criminal, a pretensão punitiva foi julgada parcialmente procedente, conforme sentença de fls. 314/322, para absolver a ré, ora apelante, da imputação referente ao crime do art. 218-A do Código Penal, e condená-la pela prática do delito trazido no artigo 217-A, n/f art. 71, ambos do Código Penal, à pena de **12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado.**

Irresignada, a ré, por intermédio de sua Defesa Técnica, interpôs recurso de apelação, objetivando, em suas razões recursais localizadas a fls. 337/340, a redução da reprimenda penal, bem como o abrandamento do regime prisional inicial para o aberto.

Contrarrazões oferecidas pelo *Parquet* a fls. 345/350, manifestando-se pelo não provimento do recurso defensivo, com a substituição da sentença vergastada por acórdão de igual teor, por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 377/380, da lavra da eminente Procuradora Soraya Taveira Gaya, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo, com a manutenção integral do *decisum*.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, que possibilitam o seu conhecimento, passo à análise das razões recursais apresentadas.

A apelante foi condenada por infração ao artigo 217-A do Código Penal – delito de estupro de vulnerável, considerado crime hediondo – à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em razão da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com pessoa que contava com a idade de 13 (treze) anos e 02 (dois) meses de idade por ocasião dos fatos.

Bem examinados os autos, entretanto, tenho que a hipótese é de absolvição, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Impõe-se de início registrar que não houve utilização de violência, grave ameaça ou qualquer tipo de coação, pois todos os atos foram consentidos e queridos pela adolescente, que mantinha, por ocasião dos fatos, um relacionamento amoroso com a apelante.

Vale ressaltar, também, por importante, que a adolescente é fisicamente bem desenvolvida e não apresenta qualquer retardo mental nem tampouco qualquer deficiência de ordem neurológica ou psicológica, mas, ao revés, seu comportamento é comum às garotas de sua idade, quiçá com maior maturidade, consoante se percebe de seu depoimento prestado em mídia audiovisual, na qual demonstra segurança e boa articulação.

No que concerne aos fatos narrados na denúncia, a apelante, no exercício de sua defesa pessoal em Juízo, confirmou ter vivido um relacionamento amoroso com a adolescente, que incluía beijos e outras carícias íntimas, tendo negado, porém, que tenha havido introdução de dedos na vagina da menor. Alegou, ainda, que não tinha conhecimento sobre a real idade da vítima, bem como que não tinha consciência acerca da ilicitude da sua conduta, mesmo porque sabia que ela já tinha namorado outras pessoas, inclusive maiores de idade.

Vale conferir trecho relevante de seu interrogatório captado por sistema de áudio e vídeo, *verbis*:

“mais ou menos em abril/maio de 2010, a menor Débora entrou em contato com a depoente, relatando-a problemas em casa, pois sempre foi uma professora aberta ao diálogo; que Débora relatou que sua mãe é muito agressiva, utilizava drogas, utiliza álcool, mora com uma companheira do mesmo sexo; que o convívio familiar da menina é muito confuso; que a menor relatou tais fatos e foram se aproximando aos poucos; que tentou ajudar, mas que não foi da forma correta; **que nesse meio tempo foram se aproximando**; que por volta do mês de maio, próximo ao dias das mães, a menor lhe escreveu algumas cartas relatando que nunca teve a presença da mãe, falando sempre da figura materna e dizendo que sua mãe sempre preferiu ficar com outra companheira; que esse relacionamento que a mãe assumiu que tem há dois anos não é o primeiro, pois já teve vários relacionamentos com outras mulheres anteriormente, tendo a menina sempre presenciado; **que por volta do mês de maio a menor se declarou para a depoente, dizendo que não era só um relacionamento de mãe e filha, que ela estava gostando da depoente; que a menor sabia o que estava fazendo pois não é novidade, tendo em vista que convive neste meio**; que para a depoente foi uma coisa anormal, por ser um relacionamento homossexual, com uma menor e extraconjugal, pois é casada a 07 anos, e convive com seu esposo há 11 anos, nunca tendo-lhe acontecido nada parecido; **que não sabe o que aconteceu, se foi por sua carência ou por algum problema que estava passando em seu relacionamento; que então começaram a se aproximar e se encontraram algumas vezes, não tantas vezes como dito na denúncia**; que no motel foram 03 (três) vezes, duas vezes acompanhadas pela menor Juliana, em ocasiões em que não houve aula no colégio; que Juliana acompanhava atendendo ao pedido de Débora, como seu álibi; que pedia duas suítes, uma para a depoente e para Débora, e outra para Juliana; que Juliana nunca presenciou os atos praticados pela depoente e Débora, a não ser beijos; **que não tinha noção do crime que estava praticando, até porque Débora já havia namorado outras pessoas, inclusive maiores de idade; que houve beijos, mas que não houve introdução de dedos nas respectivas vaginas (dela e da menor Débora); que só soube da idade exata de Débora após os fatos, sabendo apenas que Débora era menor; que por**

diversas vezes quis acabar com o relacionamento, não o fazendo primeiro por pena e preocupação com Débora, pois toda sua família é desestruturada, sendo certo que Débora sofre maus tratados físicos e psicológicos, possuindo inclusive diversas cicatrizes pelo corpo; que se arrepende amargamente de ter se relacionado com Débora; que não sabe porque Débora mentiu acerca das carícias sexuais, especialmente porque Débora está com a mãe dela e não sabe qual a orientação que sua mãe está lhe dando;” (grifei)

De seu turno a menor, em seu depoimento prestado em sede judicial, confirmou não apenas que consentiu na prática dos atos sexuais, mas também asseverou que desejava manter um relacionamento amoroso com a ré. De seu testemunho, seguro e coerente, é possível extrair que tinha plena ciência do que ocorria, tendo inclusive declarado que procurou se afastar da ré, não logrando, porém, êxito, diante do amor que por ela sentia, como se vê do trecho de seu depoimento adiante transcrito:

“no início houve apenas uma amizade entre a depoente e a ré, assim como existia com todos os alunos; que a ré ajudava a depoente; que conversavam muito pelo MSN, normalmente; que em uma dessas conversas, a depoente informou que iria sair do bate-papo para levar a sua irmã a casa da madrinha, tendo a ré se oferecido para levava; que na ocasião, já estava gostando da professora “de outra forma”; que na volta, a depoente perguntou como a professora gostava dela; que então a professora ficou quieta, tendo a depoente perguntado por mais de uma vez seus sentimentos por ela; que então a depoente beijou a ré, tendo a ré retribuído o beijo; que nesse dia chegou tarde, tendo mentido que estava com amigos; que então passou a mentir para ficar com a professora; que então virou um relacionamento; que passaram a se encontrar as quartas-feiras, onde não tinham aula; que iam no Motel Bariloche e namoravam dentro do carro, e também na casa da professora; que se beijavam; que tocavam nos seios uma da outra; que introduziam os dedos nas respectivas cavidades vaginais; que teve a idéia de levar Juliana para disfarçar, com medo de que fossem procurada na delegacia; que Cristiane não se opôs à presença de Juliana, só disse que “não havia necessidade”; que Juliana não viu nenhum ato sexual da depoente com a ré, só beijos; que sentiu um amor muito grande por Cristiane; que queria ficar com Cristiane pela vida toda; que não sabe agora o que será do futuro; que não conversava muito com sua mãe, que ela não bebia muito mas bebia; que ela não lhe incomodava; que não lhe incomodava estar com outra mulher, se ela estava feliz (...)”

O relacionamento entre a menor e a apelante foi confirmado pela também menor Juliana, a qual declarou que “sabia do relacionamento que existia entre Cristiana e Débora; que as duas diziam que estavam apaixonadas; (...) que Débora lhe falou que iria morar junto com Cristiane”.

Dessa forma o contexto fático não é de agressão sexual em seu sentido estrito – na qual a vítima é subjugada mediante ameaça ou, como é comum, com utilização de violência –, mas sim de relações amorosas consentidas, estando em xeque apenas a capacidade da vítima em efetuar tal consentimento.

Como é de todos sabido, antes da edição da Lei 12.015/2009 o tratamento jurídico dado às relações de cunho sexual mantidas com pessoas menores de 14 (quatorze) anos se resolvia no plano da presunção de violência, prevista no artigo 224 do Código Penal em sua redação anterior.

Assim os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor se configuravam quando o agente se utilizava de ameaça ou violência para alcançar o seu fim libidinoso – conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso – (o que ainda prevalece), sendo que quanto ao menor de 14 (quatorze) anos a violência era legalmente presumida (o Código Penal foi, nesse ponto, alterado pela referida Lei 12.015/09).

Antes da edição da Lei 12.015/2009, em que pese não se tratar de matéria pacífica, caminhava a jurisprudência no sentido de considerar a violência legalmente presumida como relativa, vale dizer, a prática de ato sexual consentido com menor de 14 (quatorze) anos configuraria, em tese, o delito de estupro ou de atentado violento ao pudor conforme o caso, no entanto era admissível a produção de provas capazes de afastar a presunção de violência, o que ocorria, por exemplo, quando havia engano justificável quanto à idade da vítima (que aparentava idade maior do que a real) ou quando se verificasse no caso concreto que a vítima ao consentir tinha a capacidade de compreender as implicações do seu ato.

Nesse sentido, confira-se julgado proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. **VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS.** PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO.

(...)

Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no

núcleo do art. 224, “a”, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual.

No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato.

Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado.

Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores.

(REsp 804.999/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/02/2010)

A Lei 12.015/09, que promoveu uma necessária reforma no tratamento dado aos delitos de natureza sexual – atualmente nominados crimes contra a dignidade sexual – erigiu, entretanto, um novo conceito, qual seja, o de vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos, criando o tipo do art. 217-A do Código Penal, que em redação objetiva nega qualquer validade ao consentimento para a prática de qualquer ato sexual dado pelo menor de 14 (quatorze) anos, daí a conclusão inicial de que se trataria de presunção absoluta de vulnerabilidade.

O fundamento da norma repousa na “*innocentia consilli*”, que o legislador considerou característica inerente a todo menor de 14 (quatorze) anos, o qual seria, de acordo com a atual norma do art. 217-A do Código Penal, completamente ignorante quanto aos atos sexuais, especialmente em razão de sua incapacidade ética e psicológica de avaliar os efeitos daí decorrentes.

Embora se reconheça que adolescentes (pela lei vigente em nosso país assim se considera toda a pessoa de idade igual ou superior a **doze anos**), de modo geral, tendem a agir por impulso, sem maiores ponderações sobre as consequências de seus atos, não me parece legítimo afirmar, sem margem para exceções, que sejam eles, unicamente em razão da idade, ignorantes sobre a prática do ato sexual e de suas consequências, mormente quando os meios de comunicação apresentam, a todo o momento, mensagens de cunho sexual, implícita ou explicitamente, seja em filmes, novelas, seriados ou propaganda comercial, sem contar nas campanhas governamentais de educação sexual, principalmente voltadas à prevenção da gravidez precoce e de doenças sexualmente transmissíveis.

Não se desconhece que um dos fatores norteadores da alteração legislativa, especificamente no que toca ao estupro de vulnerável, foi coibir a pedofilia e o comércio sexual com menores de idade.

A técnica legislativa utilizada, porém, acabou por abarcar outras situações que em nada se confundem com aquelas que motivaram a edição da norma, tal como ocorre nos presentes autos.

Assim, quando fatos como os dos autos – vale dizer, sem utilização de grave ameaça ou violência e em contexto totalmente diverso daqueles que podem ser enquadrados como pedofilia ou exploração sexual infantil – chegam ao Poder Judiciário sob a forma de imputação criminosa de estupro, a questão que se apresenta de forma inevitável é: mesmo com a alteração legislativa é possível a relativização da “vulnerabilidade” do adolescente (pessoa maior de 12 anos de idade) a fim de se avaliar, em cada caso concreto, de acordo com as circunstâncias dos fatos, a validade de seu consentimento, afastando-se, assim, a existência de lesão à liberdade sexual da vítima e tornando o fato, por conseguinte, atípico?

Inúmeras razões levam a uma resposta positiva, mas duas delas merecem destaque: a realidade fática dos dias atuais, a que o julgador não pode fechar os olhos, e a própria desproporcionalidade em se lançar um ser humano ao cárcere por 12 (doze) longos anos – mesma pena do homicídio qualificado – porque manteve relações íntimas consentidas com adolescente de 13 (treze) anos de idade.

Quanto ao primeiro fundamento – realidade fática dos dias atuais –, da análise do tipo penal em comento extrai-se de seu parágrafo primeiro que incorrerá nas mesmas penas (reclusão de 08 (oito) a 15 (quinze) anos, acrescida de um quarto ou metade, conforme o caso) quem pratica atos libidinosos com alguém que “não tem o necessário discernimento para a prática do ato”.

Dessa forma o legislador colocou o menor de 14 (quatorze) anos em patamar inferior ao deficiente mental, já que quanto a este exigiu a verificação da existência de discernimento para a prática do ato, o que não ocorre quanto ao menor.

Esse tratamento, no entanto, não me parece adequado ou razoável, tendo em mira a realidade dos dias atuais, que se caracteriza pela facilidade de acesso a todos os tipos de conteúdo, inclusive de cunho sexual, o qual, como dito, é propagado com naturalidade pelos diversos tipos de mídia, sem falar, ainda, na própria evolução da concepção de moral e de costumes na sociedade contemporânea.

Ainda no plano jurídico, não se pode olvidar que a interpretação da lei deve levar em consideração o ordenamento como um todo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º dispõe que “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”. Também de acordo com o Estatuto tanto a criança quanto o adolescente podem praticar ato infracional, mas apenas o adolescente, maior de 12 (doze) anos, se submete a medidas socioeducativas.

Logo, não é coerente, nem tampouco se afigura isonômico, conferir validade à vontade e ao consentimento de uma adolescente para a prática de ato infracional, inclusive com sujeição à medida de internação pelo prazo de até 03 (três) anos, mas ignorar por completo a sua manifestação de vontade quando se trata de consentimento para a prática de atos sexuais.

Ora, se o ordenamento jurídico considera o maior de 12 (doze) anos como capaz para a prática de ato infracional, deveria considerá-lo não absolutamente, mas tão somente relativamente incapaz para a prática do ato libidinoso. A presunção de incapacidade deve prevalecer em seu favor, para a sua proteção, mas não se pode afastar, *a priori*, a análise no caso concreto acerca do “necessário discernimento para a prática do ato”.

Registre-se, por oportuno, que a absoluta desconsideração do legislador quanto à vontade do adolescente não se restringe ao ato sexual propriamente dito em qualquer de suas modalidades – vale dizer, penetração vaginal, anal ou mesmo sexo oral – mas abrange também simples carícias, como vem considerando a jurisprudência pátria, sendo este, aliás, vale lembrar, o caso dos autos, no qual não se cogita de penetração, mas sim de carícias íntimas.

O fundamento, aliás, já havia sido utilizado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça para afastar a presunção de violência na égide da lei anterior:

ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA.

1. **Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.**

2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória.

3. Ordem concedida.

(HC 88664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 08/09/2009)

De fato, em que pese a literalidade da norma, admitir que a idade da vítima adolescente tenha o condão, por si só, de transformar a prática de ato libidinoso consentido em estupro, classificado ainda como crime hediondo, sob pena de ter-se, na hipótese, uma espécie de responsabilidade penal de natureza objetiva, o que é vedado no ordenamento jurídico pátrio.

Conforme brilhante exposição do Ministro do Egrégio Superior Tribunal de Justiça Nilson Naves em voto proferido no *habeas corpus* nº 88.664/GO,

“(...) o principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, independentemente de a vítima ser homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não-viciado. Não é papel do Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la. Embora não se lhe negue a missão fundamental de tutelar bens jurídicos, a intervenção do Penal depende de efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão ao bem tutelado pela norma. O meu convencimento, e creio não me achar em erro, é que a liberdade sexual, bem jurídico que orienta a punição dos crimes sexuais, tem a ver com a livre disposição do corpo para fins sexuais, bem como com o direito de não ser a pessoa envolvida em atividades sexuais sem seu consentimento. Ora, se a relação sexual é consciente e validamente consentida, não há afetação real dessa liberdade; conseqüentemente, eventual punição do ato que não atingiu o bem jurídico violaria, na verdade, o princípio do *nullum crimen sine injuria*.”

E prossegue:

“Ao que cuido, a ofensividade do bem jurídico deve derivar, obviamente, da conduta do agente, não de presunção legal. O Direito Penal da culpa – isto é, aquele apoiado no princípio da culpabilidade – pressupõe não haver responsabilidade penal seja por ato de outrem, seja por ato inexistente. No caso que ora se encontra sob os nossos cuidados, a presumida violência (ou o abuso) é fictícia, não resulta de ação do autor, pois não houve quebra de nenhuma resistência imposta pela suposta vítima. **O certo é que não foi a menor envolvida em ato sexual sem sua vontade. Presumir violência aqui seria, isto sim, o maior dos abusos com o qual poderíamos nos deparar.**”

Não se desconhece a alteração legislativa. Mas o fato é que ela não apagou, e nem poderia, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a validade do consentimento da pessoa entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos. A diferença é que antes se falava em relativização da presunção da violência. Hoje a discussão se deslocou para o terreno da vulnerabilidade.

Sobre a matéria merece especial destaque a lição do Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal e Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que bem explanou a questão em seu livro voltado exclusivamente à análise dos Crimes contra a Dignidade Sexual¹:

“A **proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial.** O nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa.

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável a ponto de seu consentimento para a prática 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

¹ NUCCI, Guilherme de Souza, Crimes contra a dignidade sexual, 4ª ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116 e 117.

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 o mundo 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 penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser o 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 no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual” (*Sem grifos no original*).

Vale ressaltar que a possibilidade de relativização da vulnerabilidade já vem sendo admitida por este Egrégio Tribunal de Justiça e também por outros tribunais do país, principalmente a fim de se evitar penalizações de condutas que, como dito, não representam efetiva lesão à dignidade ou à liberdade sexuais.

Destaco, em primeiro lugar, acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Des. Luiz Zveiter. No caso a seguir exposto a situação, *mutatis mutandis*, se assemelhava a destes autos – relacionamento com menor que contava com 13 (treze) anos de idade – com a diferença de que no paradigma apresentado a relação era heterossexual, sendo certo, no entanto, que a opção sexual dos envolvidos – no caso presente se trata de relação homoafetiva – não pode justificar tratamento diferenciado. Confira-se a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA QUE CONDENOU O RÉU PELA PRÁTICA DOS DELITOS DESCRITOS NO ARTIGO 217-A, NA FORMA DO ARTIGO 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, À PENA DE 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. APELO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO DO RÉU QUE MERECE ACOLHIMENTO. EM QUE PESE O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO SENTIDO DE QUE O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS DE IDADE É IRRELEVANTE PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO, DIANTE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE SUA VULNERABILIDADE, PENSO QUE, NO CASO DOS AUTOS, ESTA PRESSUPOSIÇÃO DEVE SER MITIGADA. INFERE-SE DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS PELA VÍTIMA QUE SUA VONTADE NÃO ERA VICIADA E QUE, DE FATO, AS RELAÇÕES SEXUAIS ERAM CONSENTIDAS, VEZ QUE ERAM NAMORADOS. PROVA UNÍSSONA NOS AUTOS DE QUE O RELACIONAMENTO AMOROSO PERSISTIA POR MAIS DE UM ANO APÓS OS FATOS, EM QUE PESE TER SE INICIADO CERCA DE DOIS OU TRÊS MESES ANTES DE A VÍTIMA TER COMPLETADO 14 (CATORZE) ANOS DE IDADE, TENDO O RÉU MANIFESTADO, INCLUSIVE, A INTENÇÃO DE SE CASAR COM LUCIANA. ACEITAÇÃO, PELO PAI DA VÍTIMA, DO NAMORO DE SUA FILHA COM UM HOMEM MAIS VELHO. PARECER PSICOLÓGICO ATESTANDO NÃO SER O RÉU PORTADOR QUE QUALQUER DISFUNÇÃO OU EXPRESSÃO ANORMAL DA SEXUALIDADE. ABSOLVIÇÃO DO APELANTE QUE SE IMPÕE.

(Apelação criminal nº 0005088-59.2012.8.19.0045, 1ª Câmara Criminal Relator: Des. Luiz Zveiter. Data do julgamento: Julgado em 19/03/2013)

Destaco, ainda, outro precedente deste Egrégio Tribunal, da lavra da eminente Des. Katya Monnerat:

ESTUPRO DE VULNERAVEL. CONSENTIMENTO DA VITIMA AFASTADA A PRESUNCAO DE VULNERABILIDADE CARATER RELATIVO ATIPICIDADE MATERIAL

Apelação criminal. ESTUPRO DE VULNERAVEL. CONSENTIMENTO DA VITIMA. PRESUNCAO RELATIVA DE VIOLENCIA EM FACE DE IDADE (admite a prova em contrário). **Ofendida com 12 anos de idade. Prática sexual com a plena concordância da pretensa vítima, durante oito meses de namoro.** Laudo psicológico e prova oral produzida, coerente e segura, quanto à conduta do acusado, o consentimento da vítima e sua maturidade biopsicossocial superior a idade cronológica. Atipicidade material. **Atualmente há jovens que apresentam discernimento a respeito do ato sexual - afasta a presunção de vulnerabilidade - caráter relativo da presunção a ser verificado na hipótese.** Provimento do recurso para absolver o réu.

(Apelação Criminal nº 0004003-94.2011.8.19.0070, DES. KATYA MONNERAT - Julgamento: 19/02/2013 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL).

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE RELATIVA - ATO PRATICADO COM AQUIESCÊNCIA PLENA E CONSCIENTE DA MENOR - CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE - CONDUTA ATÍPICA. RECURSO PROVIDO. A vulnerabilidade contida no artigo 217-A, assim como a presunção de violência do revogado art. 224, ""a"", do CP, é relativa. **É por isso que nos casos em que a menor tem consciência e capacidade de discernimento acerca dos fatos, e tem condições de oferecer resistência (física ou mental) à investida, mas aquiesce à relação, fica afastado o crime.**

(Apelação Criminal nº 1.0702.10.147428-8/001, Des. Relator Flavio Leite. Data do Julgamento: 24/01/2012).

Do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
colhe-se:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. A inépcia da denúncia só pode ser reconhecida quando sua deficiência impedir a compreensão da acusação e, conseqüentemente, a defesa do réu. No caso em tela, a peça acusatória não apresenta qualquer vício de forma, contando com descrição suficiente dos fatos e possibilitando o amplo exercício da defesa. Ausência de nulidade a ser declarada. MÉRITO. DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. **Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 35 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 entre acusado e ofendida. A análise conjunta de tal peculiaridade, somada ao fato de a adolescente mostrar-se rebelde e não atender aos impedimentos opostos por familiares, permite a relativização de sua vulnerabilidade. Como consequência, e sequer havendo notícia de violência ou grave ameaça durante a continuidade das relações, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica. Impõe-se a absolvição com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.

(Apelação Crime Nº 70049321227, Sétima Câmara Criminal, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 11/10/2012).

E ainda no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Diante desse conjunto probatório, **como reconhecido pelo próprio Magistrado de primeiro grau, que bem considerou como relativa, no caso dos autos, a vulnerabilidade da vítima, afastando, assim, um dos elementos constitutivos do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta do apelado e manutenção da sua absolvição.**

(Trecho do voto proferido na Apelação Criminal 0000580-92.2011.8.26.0083. Relator Des. Toloza Neto, Data do Julgamento: 23/04/2013).

No caso destes autos a acusação foi centrada na idade da vítima e não se produziu qualquer prova no sentido de que a adolescente fosse incapaz de consentir na prática do ato sexual. Pelo contrário, a própria adolescente confirmou que já havia tido outros relacionamentos e que foi ela quem tomou a iniciativa do contato físico, como se vê do trecho de seu depoimento abaixo transcrito, que denota pleno conhecimento não apenas da prática do ato em si, mas também de suas possíveis conseqüências:

“...quando viu que a coisa estava ficando séria e poderia lhe trazer confusão, para ela e para sua família, propôs a ré que se afastassem um pouco, para que não precisassem se separar definitivamente, pois sabia que Cristiane poderia ser presa, mas que não conseguiam ficar separadas, pois estavam muito felizes; que sabia da gravidade dos crimes; que não conversava com a mãe porque sabia que ela não ia ficar do seu lado; que já havia ficado com outros rapazes, mas nunca havia deixado ninguém lhe tocar; que está muito confusa, sem saber o que pensar e o que fazer; que não queria terminar por não gostar mais de Cristiane, mas apenas para evitar confusão; que não queria ser feliz destruindo a felicidade de outra pessoa (do marido de Cristiane); que Cristiane queria ter um filho, o que foi apoiado pela depoente, sendo que na ocasião ainda não estavam juntas; que Cristiane pediu para elas se afastarem (...); que Cristiane era uma ótima professora; que Cristiane lhe afirmou que nunca havia tido outro relacionamento com outra mulher.”

O discernimento da adolescente não passou despercebido pelo magistrado prolator da sentença, o qual consignou que **“(...) mais detalhado foi o depoimento prestado pela ofendida Débora, que apesar de possuir apenas treze anos de idade, com desenvoltura narrou a prática criminosa levada a**

cabo pela imputada. (...) A vítima Débora, devido à intensidade do relacionamento vivido, chegou a declarar em juízo que sentia grande amor pela acusada e, por tal motivo, pretendia, à época do namoro, com a mesma viver por toda vida”.

Na verdade, basta assistir ao depoimento da vítima registrado em mídia audiovisual para ter a exata noção de seu discernimento quanto aos atos praticados.

Assim, diante desse caso concreto e do conjunto probatório coligido nos autos, forçoso é convir que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, nem tampouco foi coagida ou ludibriada pela apelante, não se justificando assim a incidência da norma do art. 217-A.

O segundo fundamento se refere à desproporcionalidade da sanção cominada, que embora seja resposta penal adequada para os casos em que o agente emprega violência ou grave ameaça e ainda para aqueles envolvendo pedofilia ou exploração sexual infantil, definitivamente não se coaduna com condutas como a narrada nestes autos.

Dispõe o art. 217-A em comento:

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

Penas: reclusão de 08 (oito) a 15 (quinze) anos.

Na hipótese *sub judice* a apelante foi condenada à pena de 12 (doze) anos de reclusão (oito anos acrescido de metade pela incidência da norma do artigo 71 do Código Penal).

O comportamento narrado nestes autos é moralmente reprovável? A meu viso, sim. Como professora lhe incumbia o dever ético e moral de se abster de manter relações íntimas com sua aluna, ainda que contra os seus sentimentos pessoais. De uma pessoa adulta e admirada no seu ambiente de trabalho – como se descortina nos autos – espera-se que seja capaz de reprimir seu amor e desejo, preservando, assim, da melhor maneira possível, a adolescente envolvida.

Merece ela, por isso, a condenação à pena de 12 (doze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, com a pecha de crime hediondo? Entendo que não. Absolutamente.

A questão penal – com todas as suas severas consequências – não pode ser decidida com os olhos voltados para a moral.

Registre-se que não se trata de banalizar os crimes de natureza sexual, mormente aqueles praticados contra criança, os quais devem ser energicamente reprimidos.

Não se pode, entretanto, equiparar uma relação sexual consentida com adolescente de idade superior a 12 (doze) anos, porém inferior a 14 (quatorze) anos – em se tratando de maior de 14 (quatorze) anos a conduta é atípica – a um estupro real – praticado com violência ou grave ameaça –, punindo a primeira conduta, cuja reprovabilidade é quase exclusivamente moral, como se de efetiva lesão à dignidade sexual se tratasse.

Se não há lesão, não há conduta típica, impondo-se o afastamento da norma do art. 217-A do Código Penal.

Por tudo acima exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO** do recurso defensivo, para absolver a apelante, pela atipicidade de sua conduta, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2013.

PAULO DE OLIVEIRA LANZELOTTI BALDEZ
Desembargador Relator