

ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSENTIDO: DIVERSAS VISÕES ACERCA DA ABSOLVIÇÃO EMBASADA NO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

ESTUPRO DE VULNERABLE CONSENTIDO: DIVERSAS VISIONES DE LA ABSOLUCIÓN BASADA EN EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Mariane Porto Mendes, Ingrid Brião Veiga da Silveira

RESUMO: O presente estudo é fruto da existência de reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que absolvem os réus do crime de estupro de vulnerável quando estes recebem o consentimento da vítima para o ato sexual, exercendo o ativismo judicial perante uma norma fechada. O tema escolhido afeta diretamente a sociedade no âmbito familiar, especificamente os interesses da menor de quatorze anos, considerada vulnerável à luz da legislação, que está despreparada para consentir o ato sexual, portanto protegida pela legislação. Academicamente é de suma importância para questionar-se as reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que afrontam, de certa forma, a legislação vigente e a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça. Objetiva o trabalho a identificação da delimitação de critérios que conceituam o crime de estupro de vulnerável do Código Penal vigente, a análise do posicionamento doutrinário acerca do assunto, além da compreensão do que abordam os Tribunais a respeito das decisões que absolvem os autores do crime de estupro de vulnerável quando da ocorrência do consentimento da vítima para o ato sexual. A pesquisa presente se desenvolve pelo método de abordagem dedutivo, partindo de uma abordagem mais ampla sobre o objeto, afinando-se para uma especificação, através de análise bibliográfica, apreciação da legislação vigente e, principalmente, análise jurisprudencial no âmbito estadual e federal. O método de procedimento utilizado é monográfico baseado em texto escrito que advém de bibliografia própria ao tema, decisões judiciais e legislação específica, bem como breve análise de casos.

Palavras-chave: Estupro. Vulneravel. Consentimento.

RESUMEN: *Este estudio es el resultado de la existencia de reiteradas decisiones del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul absolver a los acusados de los delitos de violación vulnerables cuando reciben el consentimiento de la víctima para el acto sexual, el ejercicio de activismo judicial antes de una estándar cerrado. El tema elegido directamente afecta a la sociedad en la familia, específicamente los intereses de la niña de catorce años, considerada vulnerable a la legislación, que no está preparada para dar su consentimiento para el acto sexual, por lo tanto, protegidas por la ley. Académicamente es muy importante para cuestionar a las reiteradas decisiones del Tribunal del Estado de Rio Grande do Sul que enfrentar la actual legislación y la jurisprudencia pacificada la Corte Superior de Justicia.*

Identificación objetiva de trabajo criterios de demarcación que conceptualizan el delito de violación vulnerables del actual Código Penal, el análisis de la posición doctrinal sobre el tema, más allá de la comprensión de hacer frente a la Corte con respecto a las decisiones de absolución los autores del delito de violación vulnerables cuando la ocurrencia de consentimiento de la víctima a la relación sexual. Esta investigación se desarrolla el método deductivo de enfoque, basado en un enfoque más amplio al objeto, si se estrecha a una especificación, a través de revisión de la literatura, el examen de la legislación vigente y, en especial, el análisis de la jurisprudencia a nivel estatal y federal. El método de procedimiento utilizado se basa en el texto escrito monográfico que proviene de la propia bibliografía de la materia, las decisiones judiciales y la legislación específica y estudios de caso cortos.

Palabras clave: violación. Vulnerables. El consentimiento.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A existência de absolvições do autor do crime de estupro de vulnerável pelos Tribunais dos Estados Federados, principalmente do estado do Rio Grande do Sul, por ter o réu recebido o consentimento da vítima vulnerável para o ato sexual, traz consigo a relativização da vulnerabilidade, uma vez que a vítima consentiu o ato, assim não há pacificação no assunto, sendo divergentes as posições de doutrinadores, jurisprudência e exposição de motivos legislativos.

O estudo se legitima em desmistificar a relativização da vulnerabilidade embasada no consentimento da vítima vulnerável para o ato sexual, classificando-o como excludente de ilicitude supralegal aplicável ao art. 217-A do Código Penal e abordar a divergência existente entre legislação, doutrinadores.

Socialmente o crime de estupro de vulnerável preocupa o ambiente familiar, atingindo diretamente a menor de quatorze anos que está despreparada para consentir o ato sexual. Questionar as decisões que absolvem reiteradamente os agentes que cometem o crime supracitado é estar em consonância com a legislação de proteção ao menor, que deve manter-se amparado pela família até a maioridade.

Academicamente o estudo se mostra importante para fins de questionamento acerca das reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, de certa forma, afrontam a legislação vigente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O mérito do estudo busca entender os motivos pelos quais o Tribunal gaúcho absolve os réus dos processos por crime de estupro de vulnerável quando estes apontam o consentimento da vítima como matéria de defesa em contrapartida à

jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça que veta a atual prática do Tribunal.

A pesquisa se desenvolve através de levantamento e análise bibliográfica, além da apreciação da legislação vigente e de jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça.

1 O TEXTO POSITIVADO SOBRE A DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA CONCEITUAR O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Carta Magna menciona em seu art. 227, de forma translúcida, ser dever da família, junto da sociedade e do Estado, a proteção à criança e ao adolescente: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, (...) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência (...)”. Conforme Silva (2016), a Constituição Federal de 1988 elevou a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes à prioridade em termos de zelo e proteção. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente menciona a proteção ao menor nos art. 241 e 244-A quanto às questões de denotação sexual, como exploração sexual e exposição à sexualidade.

Quanto ao crime sexual contra a criança e o adolescente a proteção estabeleceu-se no Código Penal, em seu art. 217-A, que expõe o estupro de vulnerável, seguindo a mesma linha de amparo da CF/88 e do ECA, em seu Título VI “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, designando o limite de idade para que seja praticado o ato sexual em quatorze anos. Portanto, as crianças e os adolescentes menores de quatorze anos são considerados vulneráveis.

O Título VI do CP foi alterado pela Lei nº 12.015/2009, que também introduziu o art. 217-A o qual menciona o estupro de vulnerável como o ato sexual ou libidinoso praticado com menor de quatorze anos.

Essa atualização legislativa, conforme Capez (2012, p. 112), fez o autor do crime de estupro de vulnerável incorrer em crime autônomo, diferenciado do crime de estupro (Art. 213). A Lei nº 12.015/2009 alterou o CP vigente com *caput* do art. 217-A mencionando que “ter conjunção ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” é estupro de vulnerável. A pena aplicável ao crime é de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão. Capez explica que a conjunção carnal acontece quando

na cópula vagínica (vagina) há a introdução do pênis e o ato libidinoso acontece quando existe relação diversa da conjunção carnal, denominados coitos anormais, como a relação sexual oral e anal (2012, p. 90-91).

A Lei nº 12.015/2009 encerrou a discussão existente sobre o crime de estupro ser crime hediondo, uma vez que esclareceu que o crime de estupro (Art. 213 do CP) e o crime de estupro de vulnerável (Art. 217-A e §§ do CP) são crimes hediondos, pouco importando serem crimes na forma qualificada. O texto da Lei de Crimes Hediondos permanece assim:

(...) Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

(...) VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (...)

Denota-se, então, a maior preocupação do legislador com a criança e o adolescente, pois as leis acima citadas demonstram a proteção ao menor vulnerável.

O Código Penal, até o ano de 2009, trouxe consigo o art. 224 ilustrando o estupro, que mantinha as alíneas “a”, “b” e “c”, explicando que a violência era presumida quando o ato era praticado contra menor de quatorze anos, no Título VI - Dos Crimes Contra os Costumes. Com o passar dos anos já não correspondiam mais, esses crimes, aos verdadeiros crimes cometidos, pois o enfoque não era mais a maneira como as pessoas se comportavam, mas a necessidade da proteção da dignidade sexual das pessoas. Conforme ilustra Greco os Tribunais começaram a questionar a questão da presunção porque os jovens da edição do CP do ano de 1940 não eram mais os jovens do séc. XXI, ou seja, não havia necessidade de proteção que recaísse sobre eles (2009, p. 63). Greco ainda menciona que “ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças e adolescentes” (2009, p. 03).

Por conta dessa situação - exploração sexual de infantes - surge a preocupação com a proteção da dignidade sexual, elevando-se a necessidade de modificação legislativa, dando início à CPMI assinada pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Silhessarenko, com finalidade de investigar violência e exploração sexual infantil no território

brasileiro. Após diversos resultados sobre essa exploração produziu-se o projeto de Lei nº 253/2004 que se converteu na Lei nº 12.015/2009, essa lei fez fundir-se o estupro de vulnerável ao atentado violento ao pudor, além de criar o art. 217-A, que versa sobre o estupro de vulnerável, resultando no Título VI do CP, renomeado como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, sendo extintos os crimes contra os costumes. Outra legislação modificada pela Lei nº 12.015/2009 foi a Lei de Crimes Hediondos, a qual encerrou a discussão acerca da hediondez do crime de estupro quando cometido contra vulnerável, uma vez que deixou explícito que seria hediondo o novo art. 217-A do CP.

A vulnerabilidade passou a ser a questão protegida pela legislação, deixando de lado a questão da presunção da violência empregada, uma vez que a proteção agora recai sobre a dignidade da menor vulnerável a violência não mais é presumida ou aplicada, a análise é feita sob a ótica da idade da vítima (caput do art. 217-A).

A preocupação do legislador não é mais com a presunção de violência empregada por se presumir que a menor vai se relacionar apenas mediante coação moral ou física, passa a ser a vulnerabilidade, a preocupação é com a falta de entendimento pleno sobre o ato sexual que a menor de quatorze anos possui, pois mesmo aquelas que consentem o ato sabendo do que se trata não são capazes plenamente para isso.

A lei nunca fez referência à capacidade de consentir ou ter maturidade suficiente para a relação sexual, mas sim ao fato da criança e do adolescente se encontrarem em situação de maior fraqueza moral, social e biológica. Para Capez o vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade, ainda cita o doutrinador o exemplo de que uma menor iniciada na vida sexual pela exploração sexual, mesmo que menor vulnerável já com experiência na vida sexual com outras pessoas, não necessariamente tem a consciência plena do que faz, ela continua sendo considerada vulnerável perante a legislação (2012, p. 347-348). Por estes motivos que não se confundem vulnerabilidade e presunção de violência da legislação anterior.

Persistem ainda resquícios de dúvidas quanto ao que dispõe verdadeiramente o artigo de lei (presunção de violência ou proteção da vulnerabilidade). Quanto à presunção de violência para aqueles que acreditam que a proteção estatal ainda trata sobre ela se discute a respeito do emprego da violência propriamente dita no

estupro, pois quando lê-se estupro se associa ao emprego da violência ou da grave ameaça, por uma questão etimológica, pois estuprar exige violência. Assim, tentam os Tribunais usar o consentimento para excluir a ilicitude do ato, mas o crime do CP deixa evidente que apenas o ato sexual com a menor vulnerável é crime tipificado.

A segunda visão é que existe uma confusão na questão de proteção da vulnerabilidade usando o nome “Estupro de Vulnerável”, pois o estuprador quando executa o estupro deve empregar violência e a interpretação dada por essa corrente minoritária é que o estuprador, mesmo que pratique ato contra vulnerável, deve usar de violência ou grave ameaça. O que poderia de certa forma amenizar a interpretação dúbia do art. 217-A seria a nomenclatura como “Ato Sexual ou Libidinoso com Menor Vulnerável”, deixando clara a proteção à idade e à compreensão da vítima e não à presunção de violência.

Com a alteração legislativa o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável passa a ser qualquer pessoa que mantenha relação sexual com menor de quatorze anos, inclusive mulheres maiores de idade. O sujeito passivo passa a ser qualquer criança ou adolescente, do sexo feminino ou masculino, menor de quatorze anos de idade. Porém, a análise robusta recai sobre o fato com sujeito ativo homem, maior de idade, e criança ou adolescente, do sexo feminino, menor de quatorze anos de idade.

Acrescenta Nucci que há maior zelo pelos menores de quatorze anos porque possuem dificuldade em externar sua permissão, uma vez que não compreendem a seriedade do ato sexual realizado entre eles e o agente autor do crime (2009, p. 32-33). Confirma Bitencourt que a menor de quatorze anos é protegida pela legislação porque sua vulnerabilidade é integral, diferente de outros jovens que possuem vulnerabilidade relativa, os quais dependem da circunstância em que se encontram (2015, p. 94-95). São exemplos o usuário de drogas que depende do uso da substância para ser vulnerável e a adolescente depressiva que depende da situação em que se encontra psicologicamente para apresentar sua vulnerabilidade.

O objeto jurídico protegido, por sua vez, conforme afirma Masson passa a ser a dignidade sexual da criança e do adolescente, que repousa sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, encontrado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (2014, p. 841). Não cabe mencionar a proteção à liberdade sexual do vulnerável pelo fato da legislação vetar essa liberdade, pois não

pode a menor vulnerável manter relação sexual com outrem. No então art. 217-A na verdade há proteção mais que da dignidade sexual, há proteção do desenvolvimento perfeito da criança e do adolescente, além da preservação da inocência por consequência da tenra idade.

Com base em fundamentação como a do doutrinador Nucci, que menciona ser a proteção relativa à liberdade sexual da menor vulnerável, por isso se relativiza a questão do estupro, uma vez que o ato sexual sendo praticado com consentimento da vítima deve ser considerado atípico (2009, p. 17-18), é que doutrinadores e magistrados acreditam na relativização da vulnerabilidade, afirmando que se necessita avaliar caso a caso para entender se é preciso aplicar a relativização – casos em que a vítima mesmo menor vulnerável concordou ou até combinou com o réu o ato sexual praticado – ou seguir fielmente a legislação vigente – casos em que houve estupro porque o réu empregou a força ou usou de grave ameaça contra a menor vulnerável.

Ainda a favor da relativização Nucci (2011, p. 850-851) afirma, radicalmente, que o legislador foi retrógrado e desatualizado ao apenas retirar o foco do art. 224 do CP de 1940 e realocá-lo no art. 217-A criado pela Lei nº 12.015/2009 e nada acompanhou o desenvolvimento da sociedade, principalmente pelo fato de abranger crianças e adolescentes acima de doze anos de idade, idade a qual deveria ser o patamar estipulado como mínimo para relacionamento sexual.

1.2 Erro de tipo: justificativa para relativização

O crime de estupro de vulnerável aceita a incidência do instituto do erro de tipo que se encontra no art. 20 do Código Penal.

Para incorrer em erro de tipo basta que o agente comprove que não tinha conhecimento da idade da vítima, esta menor de quatorze anos de idade. Para Greco (2009, p. 74-75) dependendo do caso concreto ocorrerá a atipicidade do fato, pois o crime de estupro de vulnerável não admite a modalidade culposa, apenas a dolosa. A modalidade culposa fica absorvida pelo erro de tipo, que se apresenta quando o agente mantém a relação sexual com a menor vulnerável sem imaginar que sua idade é inferior a quatorze anos. Assim, o autor do crime de estupro de vulnerável poderá ser absolvido do crime caso comprove em juízo que a vítima

aparentava ter idade superior a quatorze anos ou assim lhe mencionou. Poderia assim o autor do crime usar dessa situação para concretizar a atipicidade do fato e conseqüentemente livrar-se da ação penal.

2 ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS NAS DECISÕES QUE ABSOLVEM OS AUTORES DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR PERCEBEREM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

Mesmo com todos os aparatos de proteção existentes sobre a incapacidade da criança e do adolescente menores de quatorze anos em consentir um ato sexual, os Tribunais passaram a entender de maneira diferente do que é instruído, acrescentando ao art. 217-A o consentimento. Contemporaneamente, perante os Tribunais de Justiça, muitas foram as absolvições dos autores do crime de estupro de vulnerável por terem recebido da vítima o consentimento, em especial, o Tribunal gaúcho (TJRS). Em sua maioria, as decisões analisadas, além de uma excludente de ilicitude embasada no consentimento, mencionam as mudanças na realidade social, trazendo uma necessidade de adequar o CP aos tempos atuais, mesmo sendo a legislação que alterou o CP e a Lei dos Crimes Hediondos do ano de 2009.

Uma das principais fundamentações acerca da absolvição pelo consentimento da vítima advém da doutrina, pois é embasada na etimologia da palavra estupro, que por sua vez, afirma Nucci (2009. p. 35) é uma palavra que versa sobre a relação sexual com emprego de violência e/ou grave ameaça. Não há presunção de violência, pois deve ser comprovado o uso da força, uma vez que a palavra estupro assim exige.

Uma vez que o estupro exige o uso da violência e/ou grave ameaça e quanto ao estupro de vulnerável essa violência seria aplicada contra a menor de quatorze anos de idade, no momento em que há consentimento dessa menor vítima do crime, exclui-se a ilicitude do tipo penal, pois o *caput* do art. 217-A, ao mencionar a palavra estupro, exige a violência, então quando o crime é cometido mediante consentimento, quebra-se o fundamento do dispositivo, incidindo em excludente de ilicitude supralegal.

Em decisões provenientes do TJRS desde o ano de 2011 até o presente, especificamente em análise a quinze fatos, abstrai-se que mesmo se tratando de adolescente que não poderia consentir o ato sexual com entendimento pleno, há

decisões pautadas na absolvição dos réus que incorrem na prática do estupro de vulnerável consentido. Nesses casos analisados retira-se que são jovens gaúchas entre onze e quatorze anos incompletos de idade que consentiram por algum motivo que fosse praticado consigo o ato sexual, possuindo os autores do crime idades que variam entre dezoito e setenta e cinco anos, todos absolvidos. Na visão do TJRS devem, estes réus, ser absolvidos.

As decisões trazem, além do embasamento em uma possível excludente de ilicitude, a mudança da vida dos adolescentes contemporâneos, esquecendo que a legislação sobreveio em meados do ano de 2009.

A decisão judicial relevante para o início da discussão acerca da relativização da vulnerabilidade ocorreu no estado do Piauí: a infante vítima do estupro de vulnerável, do qual o autor foi absolvido pelo TJPI, tinha apenas oito anos de idade quando o suposto relacionamento amoroso iniciou, conforme se denota da decisão:

No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, **quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade**, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, **desde quando a ofendida contava 8 anos** (2015, p. 03) (grifo nosso).

O réu do caso em tela foi condenado em primeira instância e absolvido em segunda instância por ter percebido o consentimento da vítima, chegando o processo ao STJ, o qual decidiu pela condenação e não relativização da vulnerabilidade, consoante descrito no *caput* do art. 217-A do CP.

Com base nessas reiteradas absolvições, em especial a absolvição do réu do processo que correu no estado do Piauí, comarca de Buriti dos Lopes, o STJ decidiu, em Recurso Especial, julgado em agosto de 2015, que o consentimento da vítima vulnerável é inválido, não descaracterizando o crime de estupro de vulnerável.

O caso *sub judici*, Recurso Especial nº 1.480-881 – PI (2014/0207538-0), diz respeito ao envolvimento de um homem de 25 anos de idade com uma criança de 11 anos de idade, porém com relacionamento afetivo iniciado na época em que a infante contava com apenas 8 anos de idade, percorrendo um caminho afetivo, o qual começou com troca de carícias, beijos e abraços até resultar na relação sexual.

Após este estupro de vulnerável o processo iniciado percorreu o caminho devido no Poder Judiciário até resultar no Recurso Especial antes mencionado. O relator do acórdão, Ministro Cruz (2015, p. 01) diz ser desprezível a violência ou a

grave ameaça para a tipificação da conduta no estupro de vulnerável, concordando com o *caput* do art. 217-A do CP. Já a defesa do autor do crime mencionou que nos crimes de estupro de vulnerável não se deve considerar apenas a subsunção, mas deve-se entender e acompanhar o desenvolvimento dos adolescentes e a mudança social que ocorre quanto à sexualidade. Conforme voto do relator Cruz:

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta (2015, p. 19-20).

Ainda sob a ótica do julgador, Cruz (2015, p. 22-23), a relativização da vulnerabilidade e a adequação ao meio social e contemporâneo desprotege e expõe seres imaturos a graus diversificados de atos de iniciação sexual precoce, atos que muitas vezes são influenciados e protegidos pelos próprios genitores e responsáveis pela criança ou adolescente.

Não relativizar a vulnerabilidade é interpretar adequadamente a norma fechada do art. 217-A. Rodríguez menciona que a norma fechada é aquela que deixa pouco espaço para a interpretação do juiz, restringindo sua criatividade, fazendo com que se interprete a norma de acordo com o exposto em texto legal (2013, p. 147-148). O disposto no art. 217-A é um exemplo dessa norma fechada, na qual a interpretação aplicada deveria ser restrita, sem necessidade de inovações, mas conforme Rodríguez "ao produzir uma norma fechada com o objetivo de restringir ao máximo o poder do juiz de decidir fora de seus esquadros, ele - Legislativo - já pode antecipar que, conforme ensina a tradição da teoria do direito, é provável que os juízes façam exceções mesmo assim" (2013, p. 224-225), ensinamento aplicável ao que acontece com o art. 217-A que recebe a relativização da vulnerabilidade por acompanhar as ditas tendências atuais de amadurecimento das crianças e dos adolescentes.

Da decisão emanada pelo STJ que condenou o réu do processo que deu origem à discussão sobre a relativização da vulnerabilidade surgiu a seguinte tese:

Por se cuidar de julgamento de Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C), proponho a seguinte tese, a derivar das conclusões extraídas deste julgamento: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 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 (2015, p. 37).

Depreende-se então que os TJs não poderiam, simplesmente, acrescentar à lei um consentimento inexistente, decidindo além ou antagônico ao que está no texto positivado. Resta claro que o STJ fez-se aplicar a legislação, pois confirmou o que o legislador quis dizer quando editou a norma no ano de 2009, vetando as condutas de exceções utilizadas pelos TJs quando dos julgamentos, os quais, reiteradamente, absolvem os réus do crime de estupro de vulnerável quando esses recebem da vítima o consentimento para a prática do ato sexual, tenha sido esse consentimento espontâneo ou coagido.

Presente nas tomadas de decisões dos tribunais está o ativismo judicial que remonta uma atitude proativa de interpretação da norma, conforme conceitua Barroso (2009, p. 05-06). Esse ativismo, normalmente, é aplicado às normas abertas do Direito, ou seja, aquelas cujo Poder Legislativo deixou lacuna que o Poder Judiciário pode interpretar e completar da maneira que desejar. Porém, o TJRS investe no ativismo judicial perante uma norma fechada, assim o Judiciário deveria evitar adentrar na competência da esfera legislativa e não criar normas, limitando-se a aplicá-las.

Denota-se que o TJRS atua com base no ativismo judicial, mesmo diante de norma fechada que enuncia quatorze anos de idade como limite mínimo para o ato sexual, pois molda suas decisões de acordo com a excludente de ilicitude que acredita existir pela ausência do emprego de violência ou grave ameaça no ato sexual com a menor vulnerável.

Pode-se afirmar, com base nos casos do Tribunal gaúcho, que existe na construção da norma no Direito e na sua aplicação pelo Poder Judiciário uma distância, pois quando há limitação no que é imposto no texto normativo e sua consequente desconsideração na aplicação dessa norma fica evidente a diferenciação entre previsão legal e concretização.

Para Ávila o art. 224, que regulava anteriormente o estupro, estipulava a

presunção de violência pelo simples fato do menor ser vulnerável, a norma não previa e ainda não prevê qualquer exceção assim instituindo uma obrigação absoluta (2005 p. 36-37). Pode-se afirmar que o Tribunal gaúcho interpreta a norma fechada do art. 217-A diferentemente do que deve ser interpretado, pois fazem nascer uma excludente de ilicitude quando o réu recebe o consentimento da vítima.

O TJRS não observa que seguir a risca o que menciona o texto positivado gera segurança jurídica aos envolvidos nos julgamentos, porque as partes envolvidas num estupro de vulnerável confiam na legislação sabendo que há pena para esse crime e que a vítima vulnerável não tem plena capacidade para o ato. A insegurança jurídica advém das decisões que absolvem pelo consentimento da vítima, nas quais incide o ativismo judicial, pois o Poder Judiciário não decide de acordo com a vontade do povo, conforme reforça Rodríguez:

A lei deve ser aplicada desta forma e o juiz deve exercer uma atividade não criativa porque a lei é veículo da vontade do povo, que se manifesta no Parlamento. Fazer diferente seria desrespeitar a soberania popular: ao atuar de forma criativa o juiz estaria desrespeitando os limites de sua atividade (...) (2013, p. 206).

Reforça Tagliavini (apud GENTIL, 2012) que a idade de quatorze anos é um dado objetivo estabelecido pela sociedade através do legislador como uma garantia normativa de preservação da infância e da adolescência, não há discussão em relação a isso. Caso prevaleça a decisão do TJRS essas menores que consentem o ato ou até mesmo que são aliciadas para a vida sexual precoce estarão desprotegidas pelo Estado.

2.2 Projeto de Lei nº 8.043/2014

No ano de 2004, após a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investigou a violência sexual e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes neste país, surgiu a Lei nº 12.015/2009 que alterou o CP vigente, bem como a Lei de Crimes Hediondos.

Da mesma forma, após reiteradas decisões que absolveram os autores dos crimes de estupro de vulnerável por terem percebido o consentimento da vítima surge a necessidade de outra modificação na legislação, nascendo o Projeto de Lei nº 8.043/2014, da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar

denúncias de turismo sexual e exploração sexual de crianças e adolescentes. Este projeto de lei, de autoria da deputada Érika Kokay, presidente da comissão, e da deputada Liliam Sá como relatora, tem objetivo de acrescentar o §5º ao art. 217-A do CP, com a seguinte redação: “Art. 217-A [...] §5º O consentimento da vítima ou a ocorrência de relações sexuais anteriores não afasta o crime de estupro de vulnerável nem abranda a sua pena”.

Há uma forte justificativa para a construção desse projeto, além das reiteradas absolvições dos autores do crime de estupro de vulnerável por terem percebido o consentimento da vítima, a comissão em questão deparou-se com o crescimento da violência sexual empregada contra a menor vulnerável, que já havia sido analisada em meados de 2004 com o projeto que deu origem ao art. 217-A, assim, na concepção desta Comissão, deve-se modificar novamente a legislação, acrescentando o §5º ao art. 217-A do CP, como observa-se da exposição de motivos do projeto em questão:

Ao longo da realização de seus trabalhos esta Comissão tem sido surpreendida com decisões judiciais que afastam o crime de estupro de vulnerável, sob a alegação de que a vítima consentiu, seduziu o agressor ou mesmo pelo argumento de se tratar de menor de catorze (sic) anos que já havia mantido relações sexuais anteriores com outros parceiros (2014).

Esta alteração no art. 217-A do CP dará menos espaço às interpretações variadas dos Tribunais, em especial, a diminuição da absolvição no crime pelo consentimento da vítima equiparado à excludente de ilicitude, uma vez que o §5º deixará claro a desnecessidade de se averiguar o consentimento da vítima.

Ainda será necessária a avaliação do caso concreto por parte do magistrado, pois será importante avaliar a idade da vítima, se realmente menor vulnerável, se houve ato sexual ou libidinoso entre ambos, e por fim, se o autor do crime tinha conhecimento da idade da vítima, uma vez que existe e, mesmo com a aprovação desse projeto de lei, continuará existindo a figura do erro de tipo.

Evidente que com o atual cenário político-econômico em que se encontra o Estado, questões constitucionais, tributárias e administrativas ganham mais espaço no Congresso Nacional, sendo prorrogada a aprovação do projeto de lei em questão, mas consabido que há a necessidade de aprovação, seja ele aprovado tal qual se encontra ou modificado, desde que mantidas as principais características

para o §5º do art. 217-A, quais sejam (i) independer o estupro de vulnerável de avaliação do consentimento da vítima para o ato sexual e (ii) sua vida sexual pregressa ativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise pertinente o trabalho teve seu principal alvo alcançado, pois a intenção maior era demonstrar a discussão que envolve o estupro de vulnerável consentido. Conclui-se que a relativização da vulnerabilidade é mantida pelos Tribunais dos estados federados, mas abominável para a legislação, por isso se mantém um projeto de lei para diminuir a relativização da vulnerabilidade por consequência do consentimento da vítima obtido pelo autor do crime. O emprego do consentimento da vítima e o conhecimento tomado pela família acerca das relações sexuais existentes tornaram-se essenciais aos olhos dos Tribunais para que ocorresse a absolvição do réu.

À luz da doutrina contemporânea, também da jurisprudência dos Tribunais dos estados, a relativização da vulnerabilidade é ideia a ser aplicada, pois a sociedade necessita da modificação. Os Tribunais de Justiça que absolvem pelo consentimento da vítima no crime de estupro de vulnerável praticam o ativismo judicial.

Porém, observando esta situação o Superior Tribunal de Justiça eleva à potência máxima a proteção ao menor vulnerável quando emite decisão que veda o consentimento como excludente de ilicitude do ato sexual com menor de quatorze anos, enunciando que o mero consentimento, a vida pregressa sexual ativa da vítima e a eventual relação amorosa entre vítima e réu jamais poderiam demonstrar que o próprio não devesse ser condenado. A partir de então a Câmara de Deputados, almejando o extermínio desta prática de absolvição pelos magistrados e desembargadores, edita o Projeto de Lei nº 8.043/2014 com a intenção de acrescentar ao texto positivado o parágrafo quinto a fim de evitar que o consentimento da vítima ou sua eventual experiência sexual pregressa afastem a ocorrência do crime descrito no *caput* do art. 217-A do Código Penal.

Apesar de severo o projeto para o novo parágrafo do art. 217-A, caso aprovado não existirá apenas a subsunção, o caso concreto ainda deve ser minuciosamente avaliado, pois a figura do magistrado ainda compõe importante

papel, uma vez que analisará o caso concreto para confirmar a existência de estupro de vulnerável, onde é necessário afirmar-se que a vítima é menor de quatorze anos e que não houve o erro de tipo, figura que persiste mesmo com o projeto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual e a fé pública**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 8 nov. 2015.

_____. **Lei 12.015**. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Lei de Crimes Hediondos**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Projeto de Lei 8.043/2014**. 2014. Disponível em: <www.camara.gov.br> Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1480881, Terceira Seção de Julgamentos do Superior Tribunal de Justiça. Relator Rogério Schietti Cruz. 27 de agosto de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal 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.

GRECO, Rogério. **Adendo Lei N° Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Niterói: Editora Impetus, 2009.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca>> Acesso em: 05 jan. 2016.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Danielle Martins. **O estupro de vulneráveis no Brasil: uma breve análise histórica, legislativa e do discurso jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/>> Acesso em: 02 mar. 2016.

TAGLIAVINI, João Virgílio. **Estupro de Vulnerável Consentido uma Absolvição Polêmica**. 2012. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22971822> Acesso em: 10 fev. 2016.