

O estupro de vulneráveis no Brasil: uma breve análise histórica, legislativa e do discurso jurisprudencial

Danielle Martins Silva¹

I) A construção do crime de estupro em tempos de liberdade sexual: uma preocupante tendência jurisprudencial

A comunidade jurídica nunca deixou de ser surpreendida por decisões judiciais relativas a crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes que revelam tendência à absolvição dos acusados, sempre que configurado um quadro fático de onde se possa extrair algum indício de consentimento da vítima, mesmo as de mais tenra idade. Em comum, o cerne moral da questão, a discussão da interface entre o ato indigitado criminoso e a moral sexual da vítima, a análise acerca de seu comportamento prévio, de seu possível amadurecimento sexual, visando à caracterização de uma ausência de vulnerabilidade e de uma aptidão para o consentimento que acabam por desconstituir a própria essência criminosa do ato.

Na formulação de um conceito de costumes, Valdir Sznick refere-se a um complexo de princípios éticos que constituem a moral sexual, cujo comportamento uniforme é respeitado pela generalidade das pessoas honestas e que agem de boa-fé dentro de um determinado ambiente e em uma determinada época². Atualmente, uma definição consistente de moral sexual representa imensa dificuldade. Isto porque é inegável a rapidez com que se renovam os padrões de comportamento em sociedade – o que inclui o padrão de comportamento sexual – a qual busca adaptar-se e reestruturar-se em um contexto de incessante exposição aos mais diversos tipos de mídia, de movimentos sociais, inovações tecnológicas e científicas que afetam rotineiramente a vida dos indivíduos.

Nestas circunstâncias, torna-se cada vez mais difícil estabelecer-se um padrão de conduta, inclusive sexual - objeto específico desta argumentação - que, atualmente, se possa dizer adequado à moralidade média, aos costumes, aos hábitos e usos socialmente aceitos, porque o conteúdo desses conceitos não pode ser considerado rígido. Oscila ao sabor das influências culturais, além de assumir facilmente o molde que se lhe der o observador, em conformidade com seus tão pessoais princípios. É a cultura, portanto, o elemento definidor do conteúdo do pudor, e não a lei: os ditos bons costumes, a moralidade média, não permanecem estanques, variando com as circunstâncias, o tempo e o local.

1 Danielle Martins Silva é promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pós – graduada em Sistema de Justiça Criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós – Graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

2 SZNICK, Valdir, Crimes Sexuais Violentos. p.69, apud SOUZA, José Guilherme de, Vitimologia e violência nos Crimes Sexuais - uma abordagem disciplinar, Porto Alegre, 1998, p.66.

No entanto, há fronteiras que se deve tomar por intransponíveis: a tutela da integridade sexual física e psíquica de crianças e adolescentes é uma delas. Não transigir com a defesa da dignidade sexual de seres humanos em desenvolvimento é o que diferencia, em última instância, a civilização da barbárie.

O abusador sexual, presumivelmente, é alguém que não se enquadra no perfil esperado de comportamento sexual em sociedade. Por isso mesmo, o primeiro contorno evidenciado em um crime sexual é a conduta desviante do agressor, contrária ao pudor e aos costumes. A pecha da imoralidade do ato acaba unindo a vítima e o agressor, porque expõe a intimidade de ambos, em um contexto de contato forçado, é verdade, todavia permeado pela idéia de promiscuidade e despudor que alcança tamanha relevância que, muitas vezes, faz com que o sofrimento físico e o prejuízo psíquico da vítima acabem sendo negligenciados.

A análise da violência sexual quase sempre tende a unir seus protagonistas, o que significa confrontar não somente a culpabilidade do agressor, como até mesmo a própria existência do delito, com um profundo e detalhado exame acerca da conduta da vítima, se ela observa ou não os preceitos de moralidade pública, se amolda-se ao padrão de decência sugerido pela comunidade. A vergonha da vítima e as constantes suspeitas que recaem sobre seu consentimento e comportamento são fatores que eufemizam a brutalidade do ato. O resultado: julgam-se os envolvidos, em especial a vítima, não o crime.

Os crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes guardam, no entanto, peculiaridades que merecem destaque, e permitem compreender o porquê da permissividade e aceitação social de sua ocorrência, inclusive no contexto da produção de decisões judiciais.

II) Uma breve história da corte amorosa à brasileira: do período escravocrata ao século XIX

O entendimento das relações entre senhores e escravos perpassa, necessariamente, pela análise do contato forçado na intimidade doméstica e na sexualidade. A historiadora norte-americana Sandra Lauderdale Graham, em interessante obra sobre histórias de mulheres na sociedade escravocrata brasileira³, traz o questionamento relativo ao papel da sexualidade das escravas na trajetória de aprendizado de papéis sexuais em um contexto tão fortemente marcado por relações violentas.

Dizia-se que meninos brasileiros tinham sua iniciação sexual com as escravas dos pais. Tal iniciação, obviamente, não considerava o consentimento das envolvidas, pouco importando sua

3 In Caetana diz não: histórias de mulheres da sociedade escravista brasileira: trad; Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das letras, 2005. No mesmo sentido: AZEVEDO, Elciene and FRANCOZO, Mariana. Caetana e Inácia: duas histórias de mulheres na sociedade escravocrata. *Cad. Pagu* [online]. 2006, n.26, pp. 455-461. ISSN 0104-8333. doi: 10.1590/S0104-83332006000100019.

idade. O caráter lúbrico da escravidão existia na própria organização hierárquica: para preservar a honra das moças de família - futuras sinhazinhas - os senhores estimulavam a iniciação sexual de seus filhos com as escravas adolescentes. As esposas brancas eram usadas apenas para reprodução, enquanto as escravas serviam para a satisfação dos verdadeiros desejos.⁴

Já a corte amorosa no século XIX, em especial quando envolvia famílias ricas e homens ricos, caracterizava-se pela franca permissividade na manutenção de relações de natureza sexual entre crianças e adultos, sempre acobertadas pelo manto do sacramento matrimonial.

Era comum o casamento acordado entre famílias de jovens meninas ricas, contando ainda com dez, doze anos de idade, e algum amigo do pai, contando com cinquenta, sessenta anos de idade. A historiadora Mary Del Priore exemplifica a larga aceitação destes “casamentos” em sociedade:

“Se a jovem é rica – conta-nos Daniel Kidder – “está desde logo preparada para a vida e o pai apresenta-lhe alguns de seus amigos, com a consoladora observação: minha filha, este é teu futuro esposo”. O risco de um amor fora do matrimônio levou um viajante a prever: “Se os homens e mulheres casam-se com quem não amam, eles amarão aqueles com quem não se casam”. O matrimônio entre moças e velhos confirma a tese. E não eram poucos a unir mocinhas com homens quase senis. Muitas dessas uniões faziam pensar em um grupo constituído por avô, filha e netos, quando eram marido, mulher e rebentos. Indignados, os estrangeiros não se continham. Um deles, alarmado, registrou: “Uma brasileira me foi indicada hoje que tem doze anos de idade e dois filhos que estavam fazendo traquinagens a seus pés. Ela casou-se aos dez anos com um rico negociante de sessenta e cinco, uma violeta primaveril presa numa crespa rajada de neve. Mas as damas aqui se casam extremamente jovens. Elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais”⁵

Os estrangeiros em trânsito pelo país horrorizavam-se com o fato de meninas serem retiradas das escolas sem a necessária educação, aos treze ou catorze anos, para que pudessem assumir suas responsabilidades de mãe e esposa. Por este motivo, também imputavam às jovens meninas um precoce interesse sexual pelo sexo oposto que na, verdade, advinha do trânsito imposto por suas próprias famílias, que as entregavam ainda em tenra idade nas mãos dos maridos ricos.

A historiadora Tânia Quintaneiro assevera que não raro a menina branca das famílias de posse entrava como objeto de barganha entre seu pai e algum senhor, provavelmente bem estabelecido, idoso ou mesmo seu parente próximo, que desejava casar-se e ter filhos.⁶

4

5

6

A impressão que permaneceu, no entanto, nos estrangeiros – e que certamente integrou-se à tradição cultural brasileira -, é de que havia certa precocidade sexual nas meninas do Novo Mundo, um interesse precocemente excessivo pelo sexo oposto.

II.1 – O lento evoluir legislativo: da semente de proteção à integralidade da defesa da dignidade sexual de crianças e adolescentes

A grande questão que se coloca nestas circunstâncias é: como transmutar todo um contexto de permissividade social ao contato sexual entre crianças e adultos para o contexto oposto, de criminalização deste tipo de conduta?

Não se pode olvidar que a realidade anteriormente descrita teve lugar em fins do século XIX, e que o Código Penal de 1940 foi o primeiro a instituir a presunção de violência para o crime de estupro praticado contra menores de 14 anos.

Até então, as descrições de crime de estupro constantes do Código Criminal de 1830 e do Código Republicano de 1890 não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de catorze anos, tampouco traziam hipóteses de agravamento de pena para tais situações.⁷

A conformação do conceito de “criança libertina” ou “criança provocadora”, brilhantemente referida pelo sociólogo francês Georges Vigarello, não é exclusiva da tradição cultural e jurisprudencial brasileira. Relata o autor que em diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, a persistência de dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, a interminável discussão sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de instrução para a tenra idade”, frequentemente provocavam hesitação nos Juízes.⁸

Relata o autor que a defesa dos acusados concentrava-se em buscar, por intermédio de provas testemunhais, incutir nos julgadores dúvidas acerca do comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminoso para a análise da culpabilidade comportamental da vítima.

No Brasil, a evolução legislativa constante do Código Penal de 1940 foi reflexo de uma nova concepção da infância, considerada em seu contexto de fragilidade e subjetivação (lento constituir dos sujeitos sociais “criança” e “adolescente”), a inspirar um compartilhamento social do cuidado e da responsabilidade pela preservação do ser em desenvolvimento.

7

8

Ao Código Penal de 1940 seguiu-se a Constituição Federal que erigiu, em seu artigo 227, a defesa dos direitos das crianças e adolescentes ao patamar de prioridade absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez (Lei n. 8.069/90), em seus artigos 241, 244-A e 250 instituiu ostensiva tipificação para condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes.

Ainda no plano positivo interno, a reforma instituída pela Lei n. 12.015/09 modificou sensivelmente a disciplina do tema no Código Penal, em boa hora alterando a nomenclatura do Título VI de “Crimes contra os Costumes” para “Crimes contra a Dignidade Sexual”, além de inserir capítulo específico relativo aos crimes sexuais contra vulnerável, seja na modalidade abuso sexual, seja na modalidade exploração sexual. Aos instituir disciplina específica para os crimes sexuais praticados contra pessoa vulnerável, tendo por parâmetro principal o limite etário de 14 (catorze) anos, referido diploma revogou (expressamente) o disposto no artigo 224 do CPB.

Ainda que diante do reconhecimento legal da presunção de vulnerabilidade da infância, a história da punição do estupro contra crianças no Brasil revela uma insistência na cogitação da responsabilidade da criança-vítima, persistindo a referência moral como obstáculo para a apreensão da violência-fato. Algumas decisões judiciais analisadas no curso deste trabalho evidenciam esta construção.

III - A vitimização infantil por abuso sexual: uma história de poder e violência

A nova visão da infância, aquilatada a partir do Código Penal de 1940, no entanto, não encontrou respaldo imediato no discurso judicial, até os tempos atuais permeado de preconceitos e discriminações contra as vítimas de estupro, inclusive as crianças e adolescentes.

A objetificação⁹ das vítimas no crime de estupro (no sentido do seu não reconhecimento enquanto pessoas, sujeitos de direitos) não ocorre somente quando da prática do crime e do tratamento das conseqüências que dele porventura advenham. Ela é reiterada no discurso dos operadores do sistema de justiça criminal durante toda a fase de colheita de provas - desde a fase inquisitorial até a fase judicial -, culminando em sentenças que em sua maioria revelam o que efetivamente se encontra em julgamento: não o fato criminoso, mas a conduta moral da vítima e do autor do crime. Aliás, a discriminação ganhou como aliado o estudo da vitimologia que o Código Penal consagra em seu artigo 59, ao dispor que, ao concretizar a pena, dentre outros quesitos, o juiz deverá analisar o comportamento da vítima. Já na exposição de motivos é possível constatar-se a tentativa de beneficiar o réu: fez-se referência expressa ao

comportamento da vítima erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se provocação ou estímulo à conduta criminosa, como em outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes sexuais.

O estudo do comportamento da vítima, se tratado de forma consciente e sem os exageros que têm sido muitas vezes observados, pode, porém, garantir o preceito constitucional da individualização da pena. O que não se pode admitir é a transposição de lugares no processo, levando a vítima para a posição de criminosa e o criminoso para a posição de vítima. Entende-se por vítima aquele sujeito que não incorre em culpa; destarte, tratar a vítima como criminoso é um erro inaceitável.¹⁰

Merece destaque a insistência com que menções ao “amadurecimento sexual”, “experiência sexual pretérita da vítima”, ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequenta o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse a ocorrência dos crimes sexuais praticados. No mesmo sentido, a exigência de que a vítima repita à exaustão, por diversas e idênticas vezes, para os mais diversos atores da rede social e do sistema de Justiça (escola, familiares, conselho tutelar, saúde, CREAS, delegacia de polícia, Ministério Público e Judiciário) a história do abuso, sob pena de ser considerada uma vítima mentirosa, não-confiável, reforçando o estereótipo de que as crianças tendem a mentir quando narram a ocorrência de abusos sexuais.

A questão primeira a atrair a atenção em uma violência de natureza sexual é a falta de moral sexual, a conduta desviante, degradante do agressor que alcança tamanha relevância que o sofrimento físico da vítima acaba sendo em parte negligenciado. E uma pecha moral acaba unindo a vítima e o agressor porque expõe a intimidade de ambos, em um contexto de contato forçado, permeado pela ideia de promiscuidade e despudor. Assim, a análise do delito sexual quase sempre tende a unir seus protagonistas, o que significa confrontar não somente a culpabilidade do agressor como até mesmo a própria existência do delito com um profundo e detalhado exame acerca da conduta da vítima, se ela observa ou não os preceitos de moralidade pública, se é uma vítima adequada para o padrão de decência sugerido pela comunidade. A insensibilidade à violência, a vergonha da vítima, a constante suspeita que recai sobre seu consentimento - mesmo quando ameaçada ou traumatizada - e suas reações são fatores que eufemizam a brutalidade do ato.

Evidente adoção desse posicionamento repercute na jurisprudência pátria, sobretudo nas hipóteses em que se possibilita ao julgador adotar conceitos de conteúdo nitidamente subjetivo para fundamentar seu posicionamento, e se revela especialmente gravosa quando da

análise das hipóteses de violência aduzidas no artigo 217- A do Código Penal (introduzido pela Lei n. 12.015/2009), especialmente quando está em debate a presunção de violência pela menoridade da vítima.

Nesse sentido, não se pode anuir com a subversão da *mens legis* - qual seja, a de preservar o normal desenvolvimento psicológico da pessoa menor de 14 anos de idade, pela presunção de que não seria capaz de lançar consentimento válido, maduro, pleno e livre – a partir de argumentos tais como:

“ se a menor era corrompida, tendo já mantido relações sexuais com outros rapazes, o que em si destrói a presunção de violência, cessando a configuração do crime de estupro em proveito da configuração de *fornicatio simplex*, há que ser inocentado o acusado”; “ o estupro com violência presumida não se caracteriza com a simples conjunção carnal, sendo necessário que se positive também que a vítima era honesta”; “ de se afastar, portanto, a presunção de violência se comprovadamente devassa a vítima de estupro, apresentando-se com incrível desenvoltura para a prática sexual, antes e depois mantendo postura de todo desajustada aos acontecimentos. Tanto mais havendo dúvida sobre a efetiva virgindade pretérita, uma vez constatada pela perícia completa cicatrização das lesões himenais uma semana após os fatos”; “ tratando-se de menores de 14 anos habituados às práticas homossexuais, que vendem seus favores porque já despidos daquele mínimo de compostura prévia, daquela honestidade relativa e daquela probidade de costumes, a qual fundamenta a lição legal prevista no artigo 224, “a” do CP, a imoralidade do réu, pese a revolta que desperta nas consciências bem formadas, não tipifica o crime de atentado violento ao pudor.”¹¹

Cuida-se de ilações que se estabelecem em detrimento da questão da violência em si, entendida esta, nas palavras da Profa. Dra. Maria Lúcia Pinto Leal¹² **como sendo uma relação de dominação e força, imposta, historicamente, através de um poder desigual entre adultos e crianças**, homens e mulheres, brancos e pretos, ricos e pobres. Esta diferença de poder é determinada por fatores multidimensionais como pobreza e desigualdade social, cultura, comportamento e estilo de vida, dentre outras determinações que explicitam o fenômeno.

11

12

O estupro, portanto, é um crime de poder, do poder de que se utiliza o agente (que pode ser físico e/ou psicológico) para impor sua vontade à vítima. *In casu*, a impotência da vítima, reforçada pela diferença etária, de desenvolvimento intelectual, de força física, e em muitos casos, pela autoridade natural exercida pelo agressor e/ou pela situação de dependência da vítima em relação a esse¹³ não é devidamente considerada como o meio eficaz e decisivo de que se vale o agente para a consecução do crime. Mais uma vez a discussão de fundo é perigosamente deslocada para a esfera de costumes, a finalidade da lei é contornada, e a violência ao consentimento, *in casu* presumida pelo peculiar estágio de desenvolvimento mental e físico da vítima, assume caráter meramente residual, a ser considerado quando da prática do ato resultarem sequelas físicas visíveis, vestígios materiais, a serem comprovados por meio de Laudo de Exame de Corpo de Delito.

A oscilação permanece viva na jurisprudência, haja vista a constante necessidade dos Tribunais Superiores voltarem ao tema, ora reconhecendo a necessidade de proteção absoluta aos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas em desenvolvimento, incluindo sua integridade física e psíquica, ora relativizando a violência sexual de que tenham sido vítimas. No sentido do primeiro posicionamento:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PERFEITA CONFIGURAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA PENA COMINADA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO CONTRA CRIANÇA DE CINCO ANOS DE IDADE. CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. 1. A desclassificação do tipo penal previsto no art. 214 do Código Penal, para o crime de corrupção de menores (art. 218 do Código Penal), sob o mero fundamento de "*excesso de rigor*" da pena cominada ao atentado violento ao pudor, é decisão nitidamente *contra legem*, a merecer pronta cassação desta Corte.

2. Afigura-se imprescindível que o tipo penal do art. 214 do Código Penal, durante a sua vigência, seja efetivamente aplicado, posto que o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade, ao aplicador da lei, não podendo o julgador afastar a sua incidência por considerá-la excessiva no caso concreto.

3. O consentimento de criança de cinco anos é irrelevante para a formação do tipo penal, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

4. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor, em face de sua incapacidade volitiva.

5. Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, sem o aumento de pena previsto no art. 9º, da Lei 8.072/90, que afasto de ofício.

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento na alínea *a* do

permissivo Constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Justiça local, em sede de apelação.

Informam os autos que (...), ora Recorrido, por constranger criança de cinco anos de idade a permitir que com ela se praticasse os atos libidinosos de apalpação da vagina e das nádegas e felação, foi condenado pelo Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Sarandi, Comarca de Porto Alegre/RS, à pena de nove anos de reclusão, em regime integral fechado, como incurso no art. 214, c.c. art. 224, alínea *a*, do Código Penal, agravada pelo art. 9º da Lei 8.072/90.

Em sede de apelação, a Defesa aduziu, preliminarmente, inobservância das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, no mérito, pugnou pela absolvição por falta de provas ou pela desclassificação do delito, além de afastamento da agravante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

No julgamento do apelo, a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por voto médio, condenou o Recorrido à pena de dois anos de reclusão, concedido o *sursis* mediante condições durante quatro anos, como incurso no art. 218, c.c. art. 226, inciso II do Código Penal, nos termos do voto do relator. O revisor votou pela desclassificação para o art. 19 da Lei de Contravenções Penais, condenando o réu a dois meses de detenção, e o vogal pelo afastamento da agravante do art. 9º da Lei 8.072/90 e pelo reconhecimento da tentativa, fixando a pena em quatro anos de reclusão. (...)

EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA): O recurso deve prosperar.(...) O acórdão recorrido, confirmando a sentença monocrática, entendeu restar *"indubitável o constrangimento a que se submeteu a menor na ação do réu, que movido por intensa lascívia, passava os dedos e lambia a vagina da menor para satisfazer seus impulsos sexuais"* (fl. 398), contudo, afastou a configuração do crime de atentado violento ao pudor pelos seguintes argumentos, *in verbis* : *"Correção que faço é quanto ao tipo de delito, do qual incorreu o recorrente, para, no final, encontrar uma pena justa. Defendo que se deve punir o agente na medida de seu ato, de sua culpabilidade e que esta punição seja necessária e suficiente para a reprovação pelo crime cometido. Tem-se que encontrar a punição adequada, pois muitas vezes - e me parece a hipótese em questão - o excesso de rigor da lei não faz justiça ao caso concreto. E dentro deste raciocínio, definir qual é o papel do Poder Judiciário, qual é a função dos tribunais, da jurisprudência. Penso que é dar à hipótese em julgamento a justiça, porque, em contrário, para que, nos juízes, servimos? Se for para enquadrar o fato ao tipo penal e sua respectiva pena, bastarão funcionários burocráticos com alguma qualificação e um programa de computador.[...] Aqui, ressalto, a ação, cometida pelo réu contra a vítima, não teve um repercussão tão danosa que exigisse um punição exemplar. Ainda que se afirme certo desgaste psicológico (as informações dos pais dão conta disso), penso que ele se deve muito mais as atitudes dos adultos, tratando o assunto com grande alarde, que propriamente à ação do agente. Esta se deu através de toques em partes do corpo da ofendida e talvez o ato do cunilíngua. Tenho a impressão que o dano psicológico não foi tão intenso, tão marcante que determinasse, repito, um reprimenda rigorosa. A isto acrescento que a pena para o crime de atentado violento ao pudor, dependendo da causa - e esta é uma -, se mostra exagerada. Punir o recorrente com nove anos de reclusão em regime integral fechado é injusto. Só trará desgraça a todos, sem que se possa afirmar que alguém ou algo foi beneficiado. A punição, necessária, suficiente, adequada, justa, do interesse de todos (réu, vítima e familiares, sociedade) é aquela que, impondo restrições à liberdade do condenado, "não eternize ou infernize a situação do apenado".*

De outra banda, e o sentido é de adequar a situação em julgamento à hipótese legal, para se fazer justiça, embora a vítima contasse com tenra idade na época, vou afastar a presunção de violência. Isto porque não existiu a violência real. A vítima foi de espontânea vontade ao encontro do recorrente, atraída pelos dizeres do acusado. A prática do ato libidinoso, deste modo, deu-se, vamos assim dizer, com o consentimento da criança. Ela foi seduzida e não violentada. Desta forma, inexistindo a violência real e afastada a presunção, possível desclassificar a infração para aquela prevista no art. 218 do Código Penal, porque presentes os requisitos da corrupção de menores. A ação, registrada na denúncia, descreve ato libidinoso com uma criança que evidentemente, não era corrompida. E ela teve o condão, a capacidade, de corromper ou facilitar a corrupção do menor." (fls. 399/402)

Tem-se, portanto, que o único fundamento utilizado pela Corte gaúcha para a desclassificação do crime, ao arrepio do comando legal, foi a injustiça da pena cominada ao atentado violento ao pudor, que considerou excessiva para ser aplicada ao caso concreto. Não é de se admitir qualquer interpretação da norma legal tendente a minorar a sanção penal estabelecida para o grave crime de atentado violento ao pudor, sobretudo na espécie, onde o crime foi praticado contra uma criança de, frise-se, cinco anos de idade que, levada à igreja por sua mãe para realizar atividades sociais, foi forçada a deixar que com ela se praticasse atos libidinosos, justamente pelo monitor das atividades, a quem caberia zelar por sua guarda.

Plenamente justificado o "grande alarde" dos responsáveis pela menina que, como qualquer membro médio da sociedade, encara essa forma de criminalidade como das mais graves. Os crimes sexuais praticados contra menores têm conseqüências gravíssimas para as vítimas e suas famílias, comprometendo o normal desenvolvimento das crianças que tiveram o infortúnio de sofrer tão hedionda agressão, somente, por serem inocentes. Não pode o órgão julgador, como foi feito *in casu*, afastar a incidência do tipo penal, por entender que a lei não é boa o suficiente para o caso concreto. Afigura-se imprescindível que o tipo penal do art. 214 do Código Penal, durante a sua vigência, seja efetivamente respeitado e aplicado, posto que o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade, ao aplicador da lei.

Por oportuno, reproduzo o parecer ministerial da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República Dra. Lindôra Maria Araújo, que bem corrobora esse entendimento, *in verbis* : "*Em primeiro lugar, qual legitimidade detém o juiz para diante do caso concreto, entender que a lei não é boa o bastante e, em conseqüência, afastá-la in casu, aplicando outra norma em seu lugar? Goste ou não o magistrado, as normas existem no ordenamento jurídico. O Direito Positivo existe para ser aplicado. Se há uma norma penal incriminadora tipificando determinada conduta, essa norma há de ser aplicada. Ainda que fosse possível tal operação pelo juiz, não estaríamos, de fato, diante de um caso de maior gravidade, a pedir todos os rigores da lei? Ressalte-se que a vítima é uma criança de 5 (cinco) anos, que foi induzida pelo recorrido, o qual desempenhava a função de aconselhador em sua Igreja, a acompanhá-lo à sala de brinquedos da referida Igreja, e lá teve sua calcinha retirada para a prática dos atos libidinosos narrados na denúncia ."* (fl. 445).

Absurdo, também, afastar a violência presumida. Não há como inferir qualquer consentimento válido de uma menina de cinco anos de idade por ter, como consta dos autos, acompanhado espontaneamente o Recorrido à sala de brinquedos da igreja.

De todo modo, a violência presumida, prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva.

Assim, o consentimento é irrelevante para a formação do tipo penal, porquanto a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

Outra não foi a intenção do legislador, visto que sequer há previsão de tipo alternativo em caso de consentimento.

Mais uma vez convém trazer à colação o excerto do parecer ministerial, que esclarece a referida questão de forma impecável, *litteris* : "*Além disso, o Des. Relator também defendeu, igualmente para legitimar - se é que há como legitimar tal entendimento - a não-incidência do art. 224, a, do CP, que "a vítima foi de espontânea vontade ao encontro do recorrente, atraída pelos dizeres do acusado", concluindo que, por isso, "a prática do ato libidinoso, deste modo, deu-se, vamos assim dizer, com o consentimento da criança".*

*O argumento chega às raias do absurdo! Como afirmar que uma criança de 5 (cinco) anos, que certamente ia à Igreja sozinha, mas provavelmente com seus pais, agiu "de espontânea vontade, atraída pelos dizeres do acusado"? Será que os Desembargadores esqueceram que estavam julgando o caso de um crime praticado contra um **criança**? Ou eles crêem fielmente que uma menina em tenra idade possui correto entendimento da vida, possui, inclusive, a malícia de perceber quando está sendo enganada? Será que eles acreditam que a menina, naquelas circunstâncias (dentro da Igreja que freqüentava!), poderia ter desconfiado da conduta do recorrido, e simplesmente ter se negado a acompanhá-lo à sala de brinquedos, onde veio a sofrer os abusos?*

*E quanto ao "consentimento"? É crível que uma menina com tão pouca idade possa **consentir** com a prática de ato sexual, ainda que diverso da conjunção carnal? Com todo respeito ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que representa o Poder Judiciário nacional de forma tão destacada, parece-me que a decisão ora comentada, de sua 8ª Câmara Criminal, configura uma verdadeira **aberração jurídica** . Não apenas por seus (esdrúxulos) fundamentos jurídicos, mas pelo simples fato de tentar abrandar o apenamento do recorrido, valendo-se, para tanto, de um artificial construção teórica de desclassificação da infração penal praticada, indo em sentido diametralmente oposto aos anseios da sociedade por justiça penal, e indo contra a própria lei." (fls. 446/447)*

O acórdão recorrido afronta, assim, os anseios de justiça da sociedade, desprezando o comando legal preconizado pela Lei dos Crimes Hediondos, que inclusive incluiu em seu rol o atentado violento ao pudor.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de Primeiro Grau que condenou o Recorrido como incurso nos arts. 214, c.c. art. 224, alínea *a*, do Código Penal, em regime integral fechado, nos termos do art.2º, § 1º da Lei 8.072/90. Outrossim, de ofício, por incabível nos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor sem lesão corporal de natureza grave ou morte, AFASTO da condenação de primeiro grau, ora restabelecida, O AUMENTO DE PENA PREVISTO PELO ART. 9º DA LEI N.º 8.072/90, pois sua ocorrência implicaria violação ao princípio do *non bis in idem*. É o voto”

No sentido da relativização da violência e da transferência da responsabilidade pela ocorrência do crime para a vítima, merece destaque o recurso ao suposto papel “educativo” e “informativo” da mídia na sexualidade de crianças e adolescentes, utilizado abertamente como instrumento para justificar a negativa de proteção. Confira-se:

“O ora paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 8 anos e 7 meses de reclusão pela prática de estupro contra menor de 14 anos de idade. O TJ deu provimento à apelação da defesa, reduzindo a pena a 6 anos e 9 meses de reclusão a ser cumprida integralmente no regime fechado, considerado o caráter de hediondez desse delito, ainda que na forma de violência presumida. No HC, alega-se não existirem elementos de convicção para condenação do paciente e ainda se sustenta, subsidiariamente, falta de fundamentação à exasperação da pena acima do mínimo legal; assim, pede-se sua absolvição. Para o Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), um aspecto que merece destaque prende-se a que, para boa interpretação da lei, é necessário levar em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Mas uma visão abrangente desse arcabouço facilita, e muito, o entendimento, bem como sua interpretação. Em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) precisa ser analisado para enfrentar essa questão, qual seja, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. Conforme o art. 2º daquele Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. **Assim, se o menor, a partir de 12 anos, pode sofrer tais medidas por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram todos os locais, em especial os lares, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente um ato sexual.** Desse modo, nesse caso, o CP, ao presumir a violência por não dispor a vítima menor de 14 anos de vontade válida, está equiparando-a a uma pessoa portadora de alienação mental, o que não é razoável, isso em pleno século XXI. Efetivamente, não se pode admitir, no ordenamento jurídico, uma contradição tão manifesta, qual seja, a de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Ademais, não se entende hediondas essas modalidades de crime em que milita contra o sujeito ativo presunção de violência. Isso porque a Lei de Crimes Hediondos não contempla tais modalidades, ali se encontra, como crimes sexuais hediondos, tão-só o estupro e o atentado violento ao pudor, nas formas qualificadas. A presunção de violência está prevista apenas no art. 224, a, do CP, e a ela a referida lei não faz a mínima referência. E, sem previsão legal, obviamente não existe fato típico, proibida a analogia contra o réu. Com esses argumentos, entre outros, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem para desconstituir a decisão que condenou o paciente como incurso nas penas do art. 213 do CP, absolvendo-o sob o fundamento de que os fatos a ele imputados não configuram, na espécie, crime de estupro com violência presumida. O Min. Og Fernandes, o relator originário, ficou vencido em parte por entender, de acordo com julgado da Terceira Seção do STJ, o reconhecimento da violência presumida no caso,

presunção essa tida por absoluta, só concedendo a ordem para efeito de progressão de regime.” (HC 88.664-GO, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para o acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 23/6/2009).”

A preservação dos direitos sexuais na infância e adolescência inclui o direito à informação qualificada, à educação sexual para que se possa cogitar do exercício livre e consciente do direito de escolha e do consentimento para a prática do ato sexual. Direitos sexuais são um elemento fundamental dos direitos humanos. Eles englobam o direito à sexualidade, um veículo fundamental de comunicação e amor entre as pessoas. Os direitos sexuais incluem o direito à liberdade e autonomia e o exercício responsável da sexualidade (Plataforma de Ação de Beijing, 1995).

Por isso não se pode presumir, de forma absoluta, que crianças e adolescentes tenham acesso generalizado e qualificado à informação sobre direitos sexuais e exercício da sexualidade a partir da mídia. Trata-se de uma tarefa comunitária, cultural, a demandar também o envolvimento da família, da escola e do Estado. Para que se possa falar em consentimento, seria necessário provar-se o acesso adequado à educação/instrução formal sobre as temáticas em questão, considerando-se, ainda, as especificidades de cada criança e adolescente. Trata-se, em última análise, do **direito que toda criança e adolescente tem de desenvolver uma auto proteção contra as violações e explorações de natureza sexual**. O objetivo do operador do Direito deve ser o de implementar mecanismos para o combate ao abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes, e não o de buscar subterfúgios legais para justificar a conformação/adequação social dos abusos praticados com fundamento em generalizações que não se sustentam do ponto de vista teórico.

Até que o Estado Brasileiro possa garantir o pleno acesso à informação e educação para os Direitos Sexuais e Reprodutivos¹⁴ adequados às especificidades de crianças e adolescentes, não é válido presumir que a mídia o faça, transferindo-se as responsabilidades, tampouco utilizar-se desta presunção de senso comum, desprovida de qualquer embasamento empírico ou teórico, para afastar a presunção legal de violência e considerar a validade do consentimento. Não se pode presumir, em desfavor da pessoa menor de 14 anos, que tal consentimento tenha sido emitido em condições de autonomia e igualdade com o de um adulto. A presunção de paridade não pode se operar em detrimento da proteção à imaturidade e vulnerabilidade da infância. **Neste ponto reside também a impropriedade de categorizar as vítimas como prostitutas e experientes, quando na verdade tratam-se de crianças prostituídas, seduzidas e experimentadas por adultos.**

Crianças e adolescentes têm direito a uma educação que respeite sua condição de ser em formação, garantindo um desenvolvimento pleno e saudável; crianças e adolescentes têm o direito a dizer não a toda forma de abuso e exploração sexual seja incesto, pornografia ou prostituição; crianças e adolescentes têm direito à integridade e segurança sexual. É o que cabe ao Sistema de Justiça fazer cumprir.