

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
THAIS MILA BERNARDO DE OLIVEIRA**

**A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE QUANTO AO ALCANCE DO TIPO
PENAL EM SE TRATANDO DE PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS ENTRE
JOVENS DE IDADES PRÓXIMAS FRENTE AO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL**

**RUBIATABA/GO
2018**

THAIS MILA BERNARDO DE OLIVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE QUANTO AO ALCANCE DO TIPO
PENAL EM SE TRATANDO DE PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS ENTRE
JOVENS DE IDADES PRÓXIMAS FRENTE AO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Arley Rodrigues Pereira Júnior, Especialista em Direito Penal, Processual Penal, e Docência do Ensino Superior.

**RUBIATABA/GO
2018**

THAIS MILA BERNARDO DE OLIVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE QUANTO AO ALCANCE DO TIPO
PENAL EM SE TRATANDO DE PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS ENTRE
JOVENS DE IDADES PRÓXIMAS FRENTE AO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Arley Rodrigues Pereira Júnior,
Especialista em Direito Penal, Processual
Penal, e Docência do Ensino Superior.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

**Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Edilson Rodrigues
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista João Paulo da Silva Pires
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

A Deus, primeiramente, por sempre estar presente em minha vida e renovando minha fé. À minha família, namorado e amigos pela capacidade de acreditar em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação foram meu suporte para nunca desistir. Pai, seu exemplo, me ensinou a lutar por meus sonhos e me mostrou que nada é impossível quando se tem humildade, e o principal, quando se tem Deus.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

À Faculdade Evangélica, seu corpo docente, direção e administração, que oportunizaram a janela, pela qual hoje vislumbro um horizonte superior; pela confiança a mim depositada, capacitando-me para o mercado de trabalho.

Ao meu orientador Arley Rodrigues Pereira Júnior, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube; pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação e acreditaram na minha capacidade de vencer mais essa etapa da minha vida, o meu muito obrigado.

EPIGRAFE

“Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer!”

Mahatma Gandhi

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo desenvolver um estudo sobre a prática consensual de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de 14 anos, se observando o que assevera o Código Penal brasileiro, afim de se chegar as consequências jurídicas de tais atos. Para atingir esse objetivo desenvolveu-se o estudo por meio de revisão bibliográfica, com análise de doutrinas, legislação e jurisprudência, dividindo o trabalho em três capítulos, além das obrigatórias introdução e conclusão final. Nesse compasso, o art. 217-A do Código penal, que traz sobre o crime de estupro de vulnerável, aponta as consequências dos atos descritos, todavia, apenas assevera “com menores de 14 anos de idade”, sendo omissa em relação a prática “entre menores”. Adentra-se, em seguida, sobre as características do crime, estudando minuciosamente a imputabilidade penal como elemento da culpabilidade. Para sopesar a conclusão a respeito da problemática, após a verificação de que o menor não pode ser parte acusada em um processo penal, nota-se que pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança deve responder por ato infracional equiparado ao crime, e sobre medidas, cujo natureza se difere da pena, chegando as possíveis consequências jurídicas.

Palavras-chave: Atos Libidinosos; Menor de 14 anos; Responsabilidade; Vulnerabilidade.

ABSTRACT (SE O RESUMO FOR EM LÍNGUA INGLESA)

The present monograph aims to develop a study on the consensual practice of libidinous acts and / or carnal conjunction among children under 14 years of age, observing what the Brazilian Penal Code asserts, in order to reach the legal consequences of such acts. In order to reach this objective, the study was developed through a bibliographical review, with analysis of doctrines, legislation and jurisprudence, dividing the work into three chapters, in addition to the mandatory introduction and final conclusion. In this measure, art. 217-A of the Criminal Code, which brings about the crime of rape of vulnerable, points out the consequences of the acts described, however, only asserts "with children under 14 years of age", being silent regarding the practice "among minors." It then turns to the characteristics of the crime, carefully studying criminal responsibility as an element of culpability. In order to balance the conclusion about the problem, after verifying that the minor can not be accused in a criminal case, it is noted that by the Statute of the Child and Adolescent, the child must respond for an offense equated with the crime, and measures, whose nature differs from punishment, with possible legal consequences.

Keywords: Libidinous Acts; Under 14 years; Responsibility; Vulnerability.

Traduzido por Elizabete Aparecida Gontijo Santana, formada em Letra, com especialização em Língua Portuguesa.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-a, cp)	11
2.1 PREVISÃO LEGAL	11
2.2 BEM JURÍDICO TUTELADO	13
2.3 ELEMENTOS DO TIPO PENAL	15
2.4 FORMAS QUALIFICADAS, CAUSAS DE AUMENTO E DEMAIS CARACTERÍSTICAS	18
3 IMPUTABILIDADE	21
3.1 NOÇÕES GERAIS	21
3.2 DOLO E POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE	25
4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS ENTRE MENORES	29
4.1 MAIORIDADE PENAL E DEBATE DOUTRINÁRIO	29
4.2 PREMISSA FUNDAMENTAL	31
4.3 AS MEDIDAS PROTETIVAS, ESPÉCIES E FUNDAMENTOS	32
4.4 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	35
4.5 OS POSICIONAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO	36
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	40

1. INTRODUÇÃO

O objetivo geral dessa monografia é identificar se há consequências jurídicas na prática consensual de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de 14 anos.

Nesse conduto, objetiva-se de forma específica: a) compreender o crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal; b) estudar o alcance da inimputabilidade do menor; c) descrever as consequências jurídicas na prática consensual de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de 14 anos.

Tem-se que a temática apresentada é “a relativização da vulnerabilidade quanto ao alcance do tipo penal em se tratando de prática de atos libidinosos entre jovens de idades próximas frente ao art. 217-A do Código Penal”.

Nesse contexto, o problema da presente monografia é: “quais as consequências jurídicas entre menores de 14 anos na prática consensual de atos libidinosos e/ou conjunção carnal?”.

Para a problemática em tela, o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente o Código Penal, não traz uma disposição específica para o caso de prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre jovens com idades próximas e inferiores a 14 anos, sendo assim, uma possível hipótese é de que possa não haver consequências jurídicas para tal situação, principalmente levando em consideração a inimputabilidade do menor de 18 anos de idade.

Todavia, outra possível hipótese pauta-se na possibilidade de haver como consequências jurídicas a responsabilização dos menores na medida da consciência de seus atos de natureza sexual, configurando o fato um ato infracional, e tendo-se como sanção medida protetiva e/ou socioeducativa previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o desenvolvimento da pesquisa serão utilizadas referências bibliográficas, legislação brasileira e jurisprudência. Priorizar-se-á a leitura de doutrinas, artigos jurídicos, materiais retirados da internet, e tudo mais relacionado com o tema em questão.

Dessa forma, realizaremos um levantamento bibliográfico sobre a tipificação prevista no art. 217-A do Código Penal e relativização da vulnerabilidade, buscando verificar as mais recentes publicações de julgados sobre o assunto, como também livros e outras fontes com fim de solucionar a problemática imposta ao projeto de pesquisa.

O tema escolhido se mostra relevante, porque apesar do Supremo Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça já terem se posicionado firmemente em favor da vulnerabilidade absoluta, o debate de interpretações sobre a vulnerabilidade do art. 217-A do Código Penal ainda se mantem.

Importante ainda mencionar que a legislação pátria não apresenta disposição específica sobre as consequências jurídicas na prática consentida de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre jovens com idades próximas e menores de 14 anos.

Vale ressaltar que a presente temática se mostra importante para o meio acadêmico e social na medida que a Legislação Pátria é omissa sobre o determinado assunto em tela, além do fato de que a população evolui constantemente, as culturas se renovam e são remoldadas com as experiências, de modo que hodiernamente, a sexualidade dos jovens tem se afluado cada vez mais rápido.

Por fim, pontua-se que esta monografia é composta por três partes principais, sendo que a primeira trata sobre o crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal, a segunda parte concernente à imputabilidade, e a terceira parte versando sobre as consequências jurídicas da prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de idades próximas, possibilitando assim chegar a resposta da problemática apresentada.

2. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP)

Em um primeiro momento, para o alcance dos objetivos pretendidos, bem como para a resolução da problemática proposta, necessário se faz a expor sobre o crime de estupro de vulnerável de forma clara e compreensível.

Nesse conduto, neste primeiro capítulo versasse-a sobre o referido crime previsto no Código Penal Brasileiro, apontando os principais pontos pertinentes ao crime de estupro de vulnerável.

Para a produção deste capítulo foi efetuado um levantamento de doutrinas no ramo do direito penal e da legislação penal que trata sobre o assunto, sendo posteriormente feita uma análise do material para exposição do conteúdo necessário.

Menciona-se que para melhor sistemática, este capítulo foi dividido em quatro pontos que trabalham sobre a previsão legal do crime de estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado, os elementos do crime, as formas qualificadas, ação penal e demais características do delito.

2.1 PREVISÃO LEGAL

O crime de estupro de vulnerável tipificado no art. 217-A foi incluído no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, Código Penal, pelo art. 3º, da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, trazendo a seguinte redação *ipsis litteris*:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Todavia, antes da criação da tipificação penal supramencionada pelo legislador brasileiro, conforme explica Greco (2017), desde a década de 80, os Tribunais, passaram a

questionar sobre a presunção de violência constante do revogado art. 224, alínea *a*, do Código Penal, havendo o entendimento que em certos casos tal presunção era relativa.

Ainda segundo o asseverado pelo referido doutrinador (GRECO, 2017), a doutrina e o entendimento jurisprudencial não eram consensos nesse ponto, debatendo se a presunção era de natureza absoluta, neste caso não podendo ser questionada, ou se era relativa, abrindo margem a discussão.

Ensina Cunha (2017, p. 495) que:

Antes da Lei 12.015/2009 o ato sexual com pessoa vulnerável configurava, a depender do caso, estupro (art. 210) ou atentado violento ao pudor (art. 214), mesmo que praticado sem violência física ou moral, pois presumida (de forma absoluta de acordo com a maioria) no art. 224 do CP. Este dispositivo (art. 224) agora está expressamente revogado, subsumindo-se a conduta ao disposto no art. 217-A do CP.

Nota-se pela dicção do disposto no art. 217-A do Código Penal, que o legislador determinou, “de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais” (GRECO, 2017, p. 145).

Tem-se que valer-se da idade para a aplicação de normas penais é costumeiro no Código Penal, a exemplo do que ocorre com o art. 60, II, *h*, em que a pena do agente é aumentada quando o crime for cometido em face de pessoa com mais de 60 anos de idade.

Há de ressaltar que o crime de estupro de vulnerável, tanto em sua forma simples como nas qualificadas, está previsto no rol de crimes hediondos, a teor do art. 1º, VI, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pelo art. 4º, da Lei nº 12.015/2009.

Art. 4º O art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º (...)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o);

Em relação a irretroatividade da referida mudança há divergência nos entendimentos dos Tribunais. Cita-se que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que tal mudança é irretroativa, conforme o julgado a seguir:

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor, cometido mediante violência presumida Conduta anterior à Lei 12.015/2009. Afastamento da hediondez. Agravante da reincidência. Constitucionalidade. Roubo circunstanciado. Emprego de arma. Necessidade de apreensão. Afastamento da causa de aumento. A parti do julgamento do *Habeas corpus* 88.664/GO, houve uma mudança no entendimento da Sexta Turma, para que não mais se

considerassem hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei 12.015/2009 quando cometidos mediante violência presumida.

(HC 128.648, 6ª T, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 03.11.2009)

Por outro lado, a 3ª Seção da Corte Superior, em manifestação mais recente, apresentou entendimento diverso, autorizando a aplicação dos efeitos da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) para os crimes sexuais praticados com violência presumida, ainda que anterior a Lei nº 12.015/2009, *in verbis*:

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, configuram crimes hediondos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal federal. 2. Embargos de divergência acolhidos a fim de reconhecer a hediondez do crime praticado pelo Embargado.

(EREsp 1225387/RS, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 04/09/2013)

Pelos referidos entendimentos jurisprudenciais de idênticas instâncias, porém de diferentes turmas dos Superior Tribunal de Justiça brasileiro, temos que a subjetividade do pensamento do julgador impera nos julgados, de modo que não se faz presente consenso geral.

Temos por um lado uma turma que entende pela retroatividade da lei penal em desfavor do réu, e em contrapartida, uma turma que decide utilizando da expressa consagração na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) que em seu art. 5º, XL, traz que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Assim temos que a hegemonia dos julgados na área do direito penal aparentemente, em relação ao disposto no consagrado rol dos direitos fundamentais previstos pela Carta Magna brasileira, se mostra uma utopia devido o princípio do livre convencimento fundamentado do magistrado, que faz com que em cada decisão haja grande subjetividade.

2.2 BEM JURÍDICO TUTELADO

Segundo leciona Gonçalves (2017, p. 717), o bem jurídico tutelado pela legislação penal no caso do crime de estupro de vulnerável é “a dignidade das pessoas vulneráveis – menores de 14 anos, doentes mentais ou pessoas impossibilitadas de oferecer resistência”.

Em complemento, ante a redação trazida pela Lei nº 12.015/2009, pode-se apontar que a tipificação penal prevista no art. 2017-A do Código Penal, tem também como bem jurídico tutelado o desenvolvimento sexual (GRECO, 2017).

Nessa linha, Greco (2017, p. 152) explica que:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

Em relação a definição de liberdade sexual Jiménez (1964 *apud* GRECO, 2017, p. 152) aduz que se entende como a:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.

Nessa linha, Gonçalves (2016) aponta que o sistema de presunções de violência utilizado antes da Lei nº 12.015/2009 foi revogado por esta legislação, ficando estabelecido objetivamente como incurso na figura penal em análise aquele que realizar o ato de manter relacionamento sexual com uma das pessoas vulneráveis elencadas no art. 217-A do Código penal.

Desta forma, “pouco importa que uma moça de 12 anos seja prostituta e já tenha se relacionado com outros. Aquele que for flagrado com ela mantendo relação sexual, ciente de sua idade, responderá pelo crime” (GONÇALVES, 2016, p. 718).

No delito em tela, tem-se que o objeto material é a criança – aquela que ainda não completou 12 anos de idade, conforme o art. 2º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Lei nº 8.069/1990), pois “considera-se criança, (...), a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, bem como o adolescente menor de 14 anos de idade, além das vítimas portadoras de enfermidades ou deficiência mental, de modo que não possuam o devido discernimento mental para a prática do ato lascivo, ou que por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Acrescente-se que:

Apenas o erro de tipo (que não se confunde com presunção relativa) é que pode afastar o delito, quando o agente provar que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, pensava que a moça, que concordou em ter com ele relação sexual, já tinha 14 anos ou mais, por ter ela, por exemplo, mentido a idade e ter desenvolvimento corporal precoce (GONÇALVES, 2016, p. 718).

Oportuno esclarecer que “o erro de tipo dá-se quando o equívoco recai sobre situação fática prevista como elemento constitutivo do tipo legal de crime ou sobre dados irrelevantes da figura típica” (GONÇALVES e ESTEFAM, 2016, p. 378).

Sobre a hipótese de falsa percepção da realidade Greco (2017, p. 148) exemplifica:

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Denota-se portanto que o agente deve previamente ter conhecimento de que a vítima tem idade inferior a 14 anos, senão, poderá valer-se do instituto do erro de tipo de modo a possibilitar a atipicidade do fato, ou a sua desclassificação para o crime de estupro inculcado no art. 213 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Sendo que tal desclassificação, normalmente utilizada como tese subsidiária a atipicidade do fato almeja o benefício do acusado, pois nitidamente nota-se que é mais benéfico ao acusado ser condenado pelo crime previsto no art. 213 do que pelo crime do art. 217-A do Código Penal, devido a diferença na quantidade da pena aplicada a cada um.

2.3 ELEMENTOS DO TIPO PENAL

De acordo com o texto legislativo do art. 217-A do Código Penal (BRASIL, 1940), destaca-se os seguintes elementos: a) a conduta de ter conjunção carnal; b) ou praticar qualquer outro ato libidinoso; c) com pessoa menor de 14 anos; d) ou com alguém que, por

enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; e) ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Em suma, no constante aos elementos Greco (2017, p. 147) aponta que:

O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constranger, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.

Pela Lei nº 12.015 (BRASIL, 2009) haverá configurado o estupro de vulnerável caso tenha havido conjunção carnal, ou ainda que apenas tenha sido praticado qualquer outro tipo de ato sexual – atos libidinosos.

No conceito de Gonçalves (2016, p. 690), “a conjunção carnal existe com a penetração, ainda que parcial, do pênis na vagina”, em relação aos atos de libidinagem, acrescenta que o crime é configurado quando se pratica o ato, mesmo tendo o agente “um posicionamento ativo na relação (masturbar o agente, nele fazer sexo oral etc.)”, ou ainda que a vítima tenha permitido “que nela se pratique o ato, tendo posicionamento passivo na relação (a receber sexo oral, a permitir que o agente introduza o dedo em seu ânus ou vagina, ou o pênis em seu ânus etc.)”.

Além dos exemplos mencionados, inúmeras são as outras hipóteses de atos libidinosos cuja prática com pessoa, que se encaixe no perfil previsto no art. 217-A do Código Penal, configura o crime de estupro de vulnerável. Como exemplos cita Gonçalves (2016, p. 690), “(...) passar a mão nos seios da vítima ou em suas nádegas, esfregar o órgão sexual no corpo dela, introduzir objeto em seu ânus ou vagina, beijo com a introdução da língua na boca da vítima (beijo lascivo) etc”.

Para que se configure o crime é desnecessário contato físico entre o autor do delito e a vítima, o que se necessita é que haja o envolvimento corpóreo da vítima no ato sexual, de modo que, caso a vítima menor de 14 anos de idade assista um ato sexual envolvendo outras pessoas, o que se configura é o crime de satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente segundo previsto no art. 218-A do Código Penal (GONÇALVES, 2016).

Nesse ponto, imperioso transcrever parte da justificação ao projeto que originou a edição da Lei nº 12.015/2009, quando assevera que (BRASIL *apud* GRECO, 2017, p. 146):

Art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Em contraponto, Nucci (2009, p. 37) preleciona que a discussão sobre a vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade se mantém, fundamento seu pensamento da seguinte forma:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se 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 do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

O delito em tela “trata-se de crime de conduta livre” (CUNHA, 2017, p. 496). Em relação ao sujeito ativo tanto o homem quanto a mulher podem figurar, sendo que, “quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual” (GRECO, 2017, p. 152).

Por sua vez, a teor do disposto no art. 217-A, *caput* e §1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), o sujeito passivo será a pessoa menor de 14 anos, ou acometida de enfermidade ou doença mental, que não tenha discernimento necessário para o ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

A consumação do delito de estupro de vulnerável se dá com a efetiva conjunção carnal segundo o disposto na primeira parte do *caput* do art. 217-A do Código Penal, ou se consuma, conforme a segunda parte, no momento em que o agente pratica qualquer outro

libidinoso com a vítima (GRECO, 2017), sendo que é possível que se configure apenas a tentativa (GONÇALVES, 2016).

O crime analisado tem como elemento subjetivo/voluntariedade o dolo do agente em conhecer que a vítima se encaixa no perfil inculcado no art. 217-A do Código Pena, ressaltando-se que Cunha (2017, p. 500) aponta que “na hipótese de enfermidade ou deficiência mental, permanece atual a doutrina (...) quando alerta que a qualidade da vítima deve ser, quando não espetacular, pelo menos aparente, reconhecível por qualquer leigo em psiquiatria”.

Vale apontar que os núcleos “ter” e “praticar” supõem uma atitude positiva por parte do agente ativo do delito, tratando-se em regra de um crime comissivo, todavia, o estupro de vulnerável pode ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940), que assevera que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”, sendo este dever do responsável da vítima, bem como daquele que devido seu comportamento criou o risco da prática delituosa (GRECO, 2017).

2.4 FORMAS QUALIFICADAS, CAUSAS DE AUMENTO E DEMAIS CARACTERÍSTICAS

De acordo com os §§ 3º e 4º do art. 217-A do Código Penal (BRASIL, 1940), o crime de estupro de vulnerável possui duas modalidades qualificadas, *in verbis*: “Art. 217-A. (...) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

Nessa linha, frisa-se que lesão corporal de natureza grave entende-se por aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal (BRASIL, 1940), *ipsis litteris*:

Lesão corporal
Art. 129. (...)
Lesão corporal de natureza grave
§ 1º Se resulta:
I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
II - perigo de vida;
III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
IV - aceleração de parto:
Pena - reclusão, de um a cinco anos.
§ 2º Se resulta:

- I - Incapacidade permanente para o trabalho;
 - II - enfermidade incurável;
 - III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
 - IV - deformidade permanente;
 - V - aborto;
- Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Sobre essas figuras qualificadas, Gonçalves (2016, p. 722) afirma que “são exclusivamente preterdolosas”, ou seja, o agente deve ter dolo na prática do delito consistente em estuprar, de modo que culposamente, cause lesões graves ou mesmo a morte na vítima.

No tocante as causas de aumento de pena, o art. 226 do Código Penal (BRASIL, 1940), assevera que:

Aumento de pena

Art. 226. A pena é aumentada:

- I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;
- II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

O art. 234-A do Código Penal (BRASIL, 1940) ainda complementa que:

Aumento de pena

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

- III - de metade, se do crime resultar gravidez; e
- IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Nota-se que o legislador criou um parâmetro para quanto maior o dano causado à vítima, maior será a reprimenda penal a ser suportada obrigatoriamente pelo agente ativo do delito.

A teor do disposto no art. 225, parágrafo único, do Código Penal, a ação penal no caso de crime de estupro de vulnerável será de iniciativa pública incondicionada ante a vulnerabilidade da vítima, sendo que o processo judicial correrá em segredo de justiça, conforme dispõe o art. 234-B do Código Penal (BRASIL, 1940).

Logo, finalizando este capítulo, os resultados obtidos se mostraram positivos e de suma para o alcance dos objetivos apresentados, bem como para resolução da problemática, dado que ficou evidenciado as características do crime de estupro de vulnerável, o contexto histórico envolvendo a criação da tipificação penal pelo legislador e o bem jurídico que o poder estatal buscou tutelar, de modo que se faz compreensível o referido delito e seus detalhes intrínsecos, o que possibilita vislumbrar melhor a temática, de uma forma mais

realista, pois a atividade sexual tem se tornado cada vez mais comum entre os jovens menores de idades, possuindo em muitos casos idade próximas.

Nota-se que existe uma proteção muito grande em torno do menor, sendo que sua vulnerabilidade é presumida por estar em um estágio de desenvolvimento biológico e mental ainda. Em um primeiro momento evidencia-se que a legislação penal que versa sobre o crime de estupro de vulnerável, trata apenas de ato libidinoso e/ou conjunção carnal “com menor de 14 anos de idade”, o que sugere logicamente que o sujeito ativo do delito seja maior de idade, possuindo 18 anos completos ou mais, sendo este, pelo asseverado nesse capítulo, o único requisito para ser o sujeito ativo, tratando se de um crime comum.

Nesse diapasão, como o Código Penal é omissivo em se tratando das consequências para a prática consensual de ato libidinoso e/ou conjunção carnal “entre menores de 14 anos”, ou seja, quando ambos os envolvidos possuem idade inferior a 14 anos, tem se que a problemática persiste.

Sendo assim, no capítulo a seguir, como o tema traz o envolvimento de menores, será abordado sobre a imputabilidade, sua conceituação, causas legais de exclusão, o dolo, a consciência da ilicitude, tudo para a compreensão de quando será aplicada a responsabilidade penal, e os casos em que as condições do agente o eximem dessa responsabilidade.

3 IMPUTABILIDADE

Neste capítulo, para o alcance dos objetivos pretendidos, bem como para a resolução da problemática proposta, necessário se faz a expor sobre a imputabilidade de forma clara e compreensível.

Nesse conduto, neste segundo capítulo versasse-a sobre a aferição da imputabilidade segundo o aduzido no Código Penal Brasileiro, apontando os principais pontos pertinentes.

Para a produção deste capítulo foi efetuado um levantamento de doutrinas no ramo do direito penal e da legislação penal que trata sobre o assunto, sendo posteriormente feita uma análise do material para exposição do conteúdo necessário.

Menciona-se que para melhor sistemática, este capítulo foi dividido em dois pontos que trabalham sobre a conceituação, causas legais de exclusão da imputabilidade, a menoridade como causa legal de inimputabilidade, dolo e potencial consciência da ilicitude, e a influência do estado emocional do menor.

3.1 NOÇÕES GERAIS

Conforme ensinam Gonçalves e Estefam (2016), o crime é um fato típico porque a figura penal está prevista em lei, antijurídico por ir contra a vedação legal, e culpável pois é passível de sanção penal.

Esta é a visão mais aceita doutrinariamente acerca da concepção de crime, pois além da teoria tripartida existe a teoria bipartida que considera como apenas como um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas pressuposto para aplicação da pena. Em crítica à teoria bipartida, David Teixeira de Azevedo (*apud* Nucci, 2017, p. 355) expressa:

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, desmonta lógica e essencialmente a ideia jurídico-penal de delito, além de trazer sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, porquanto todos os elementos que constituem pressuposto da intervenção estatal na esfera da liberdade – sustentação de um direito penal minimalista – são diminuídos de modo a conferir-se destaque à categoria da culpa, elevada agora a pressuposto único da intervenção. Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão só subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conceber o delito tão só como índice de

periculosidade criminal, ao feito extremo da defesa social de Filippo Gramatica, cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade. É uma picada aberta ao abandono do direito penal do fato, pelo desvalor da conduta, e acolhimento do direito penal do autor, de pesarosas lembranças.

Desta feita, tomando por base a teoria tripartida da aceção de crime, tem-se que a imputabilidade compõe um dos elementos essenciais para que haja o terceiro elemento do crime, qual seja a culpabilidade, os outros elementos são a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Gonçalves e Estefam (2016, p. 455) ensinam que imputabilidade:

Trata-se da capacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato (vale dizer, que o comportamento é reprovado pela ordem jurídica) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (ou seja, conter -se), conforme se extrai do art. 26, caput, do CP, interpretado a contrário sensu. Em outras palavras, consiste no conjunto de condições de maturidade e sanidade mental, a ponto de permitir ao sujeito a capacidade de compreensão e de autodeterminação.

Sendo assim, compreende-se que a imputabilidade nada mais é que a capacidade mental do agente que aliada a sua maturidade lhe traz o discernimento necessário para compreender que a prática de determinado ato constitui um ilícito penal.

Gonçalves e Estefam (2016, p. 455) exemplificam que:

Entende-se imerecedor de censura um ato praticado por quem não tenha condições psíquicas de compreender a ilicitude de seu comportamento. Não se pode considerar reprovável a atitude de uma criança de pouca idade que, na sala de aula, exhibe ingenuamente suas partes pudendas. Não há falar, em tal caso, em crime de ato obsceno. A obviedade do exemplo dispensa mais comentários. O mesmo se pode concluir de ato semelhante praticado por um adulto completamente desprovido de higidez mental, cuja maturidade seja equivalente à de um infante.

No que tange a responsabilidade jurídico-penal imperioso ressaltar que a imputabilidade penal não se confunde com aquele, dado que “por responsabilidade jurídico-penal entende-se a obrigação de o agente sujeitar-se às consequências da infração penal cometida” (GONÇALVES, ESTEFAM. 2016, p. 455).

Nessa linha as consequências oriundas do ilícito praticado não apresentam semelhança com a capacidade mental de compreensão e autodeterminação do agente sobre seus atos, diferenciando assim a imputabilidade penal da responsabilidade jurídico-penal. Gonçalves e Estefam (2016, p. 455) apontam que:

Tanto é assim que um inimputável por doença mental (CP, art. 26, *caput*), embora desprovido de condições psíquicas de compreender a ilicitude do seu ato e de se determinar conforme essa compreensão, será juridicamente responsável pelo delito praticado, pois ficará sujeito a uma sanção (a medida de segurança), caso demonstrada sua periculosidade.

Desta feita, pontua-se que no ordenamento jurídico brasileiro há previsão de exclusão da imputabilidade penal nas situações a seguir: a) quando o agente esta acometido de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, do Código Penal, BRASIL, 1940); b) quando o agente está embriagado de maneira total, tendo tal embriaguez ocorrido involuntariamente decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, do Código Penal, BRASIL, 1940); c) quando o agente está dependente ou intoxicado involuntariamente em decorrência do consumo de entorpecentes ilícitos (art. 45, *caput*, da Lei nº 11.343, BRASIL, 2006) e; d) quando o agente possui idade inferior a 18 (dezoito) anos, ou seja, menoridade (art. 27, do Código Penal, BRASIL, 1940, c.c. art. 27, Constituição Federal, BRASIL, 1988).

Percebe-se que as situações excludentes de imputabilidade são pautadas no sistema biopsicológico nos casos descritos nos itens “a”, “b” e “c”, e no sistema biológico no item “d”, ambos do parágrafo anterior (GONÇALVES, ESTEFAM. 2016).

O sistema biopsicológico, conforme explicam Gonçalves e Estefam (2016, p. 456) “é aquele que se baseia, para o fim de constatação da inimputabilidade, em dois requisitos: um de natureza biológica, ligado à causa ou elemento provocador, e outro relacionado com o efeito, ou a consequência psíquica provocada pela causa”.

Sendo assim, por exemplo, um doente mental somente será considerado inimputável se, além de sua enfermidade, constatar -se que, no momento da conduta, encontrava -se desprovido de sua capacidade de entender a natureza ilícita do ato ou de se determinar conforme essa compreensão.

Por sua vez o sistema biológico (GONÇALVES, ESTEFAM. 2016, p. 456):

(...) (etiológico ou sistema francês) consiste naquele em que a lei fundamenta a inimputabilidade exclusivamente na causa geradora. Esse sistema foi adotado com respeito à menoridade, uma vez que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis pelo simples fato de não terem completado a idade mencionada. Não importa saber se a pouca idade influenciou na capacidade de entendimento ou de autodeterminação (que seria evidente numa criança de 2 anos de idade, mas discutível num adolescente com 17 anos).

Sendo assim, na situação em que o agente possui idade inferior a 18 (dezoito) anos de idade se mostra totalmente irrelevante averiguar se o menor possuía conhecimento do

ilícito que cometera e se podia controlar-se evitando a prática repudiada pela legislação pertinente.

Ressalta se que há ainda o sistema psicológico, sendo que “por meio desse sistema, que não é adotado atualmente entre nós, bastaria o efeito para caracterizar a inimputabilidade; o porquê seria irrelevante” (GONÇALVES, ESTEFAM 2016, p. 456).

Esse sistema psicológico deixou de ser utilizado pelo legislador brasileiro com a promulgação do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, legislação conhecida como Código Penal Brasileiro. Gonçalves e Estefam (2016, p. 457) asseveram que:

Sob a vigência da legislação penal anterior (Código Penal de 1890), permitia-se a exclusão da responsabilidade quando se verificasse que o agente, independentemente do motivo, se achasse em “estado de completa perturbação dos sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime” (art. 27, § 4º).

Importante mencionar que todas as causas que excluem a imputabilidade, ou que enquadram o agente como inimputável, para que sejam reconhecidas, necessariamente devem se fazerem presentes no exato momento da conduta ilícita (GONÇALVES, ESTEFAM 2016).

Desta feita tem se a exigibilidade do cumprimento do requisito temporal, o que “significa dizer que ao tempo da ação ou omissão criminosa é que se deve analisar a capacidade de entendimento e compreensão da ilicitude do ato, bem como a possibilidade de autodeterminação”, segundo o explicado pelos nobres doutrinadores Gonçalves e Estefam (2016, p. 457) em sua obra.

Diante dessa obrigatoriedade do requisito temporal, pode ser que alguém seja são no momento da conduta e, depois, tenha suprimida, em virtude de doença mental, a capacidade de entender e querer, sendo eu neste caso responderá normalmente pelo crime, mas haverá consequências quanto ao andamento do processo ou da execução da pena, dependendo do momento em que surja a doença mental (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016).

Ainda sobre o requisito temporal, vale ressaltar que mesmo que o agente no momento esteja enquadrado em algumas das situações que geram exclusão da imputabilidade, aquele responderá pelo delito cometido se teve culpa *lato sensu* em buscar configurar uma hipótese de ocorrência de inimputabilidade para efetuar o crime. Gonçalves e Estefam (2016, p. 457) exemplificam:

Qual a solução quando alguém propositadamente se coloca numa situação de inimputabilidade para cometer o crime, considerando que, no momento da conduta, terá afastada a capacidade de autodeterminar -se? É o caso do sujeito que voluntariamente se deixa hipnotizar para o fim de perpetrar a

infração, embriaga -se ou ingere drogas com esse mesmo propósito. Em tais casos, aplica -se a teoria da *actio libera in causa* (isto é, ação livre na causa), pela qual o agente responde pelo resultado produzido, uma vez que, ao se autocolocar no estado de inimputabilidade, tinha plena consciência do que fazia.

Logo, o agente só responderá pela incursão em uma tipificação penal se na causa estiver presente o dolo ou a culpa ligados aos resultados de suas ações, ou seja, o resultado posterior que se pretende imputar ao agente deve ter sido, ao menos, previsível quando da ação livre (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016).

Como ensina Damásio de Jesus (*apud* GONÇALVES, ESTEFAM, 2016, p. 457):

(...) a moderna doutrina penal não aceita a aplicação da teoria da *actio libera in causa* à embriaguez completa, voluntária ou culposa e não preordenada, em que o sujeito não possui previsão, no momento em que se embriaga, da prática do crime. Se o sujeito se embriaga prevendo a possibilidade de praticar o crime e aceitando a produção do resultado, responde pelo delito a título de dolo. Se ele se embriaga prevendo a possibilidade do resultado e esperando que ele não se produza, ou não o prevendo, mas devendo prevê - lo, responde pelo delito a título de culpa. Nos dois últimos casos, é aceita a aplicação da teoria da *actio libera in causa*. Diferente é o primeiro caso, em que o sujeito não desejou, não previu, nem havia elementos de previsão da ocorrência do resultado.

Portanto, se nota que a intenção da legislação é repudiar a torpeza do agente que tenta se colocar em situação de inimputabilidade, maquiando sua real intenção, objetivando determinado resultado, ou resultado que deveria prever, por meio de ato ilícito.

3.2 DOLO E POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

O Código Penal assevera que para ser merecedor de pena, o agente deve possuir consciência do caráter ilícito de sua conduta, sendo este um requisito vinculado ao juízo ético de que o agente é ciente da reprovação do ato praticado, sendo assim, “quando o indivíduo carecer por completo da noção de que seu agir se mostrava ilícito, desconhecendo a existência de uma proibição reguladora de sua conduta, não deverá ser apenado” (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016, p. 465).

Vale mencionar que falta de consciência da ilicitude não se cofunde com o desconhecimento da lei, pois conforme explicam Gonçalves e Estefam (2016, p. 465):

(...) é inexcusável (*ignorantia legis neminem excusat*). A primeira constitui o desconhecimento profano do injusto ou, em outras palavras, a insciência de

que o agir é proibido. A outra significa tão somente a carência da compreensão do texto legal, o desconhecimento de seus detalhes, de seus meandros. Exemplificando, pode -se dizer que as pessoas, de modo geral, têm plena noção da ilicitude de diversas condutas criminosas, como o homicídio, o roubo, o estelionato, a extorsão, a corrupção, muito embora boa parte delas ignore por completo o teor da legislação aplicável.

Antes da reforma da parte geral do código penal em 1980, considerava-se que a consciência da ilicitude deveria ser analisada dentro do dolo, contudo essa concepção foi abandonada, “de tal modo que o dolo passou a se entender puramente natural ou neutro, desvinculado, destarte, da compreensão acerca do caráter ilícito do fato, a qual passou a ser considerada como elemento da culpabilidade” (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016, p. 466).

Denota-se, que para ser considerado inculpável não basta apenas que o agente possua a consciência da ilicitude do comportamento adotado, sendo que está ignorância, ou falta de conhecimento atual de ilicitude, poderá apenas atenuar a pena imposta. Sedo assim, para que ocorra a ausência da culpabilidade é exigível um caráter mais consistente, de modo a ser necessário a falta de possibilidade de conhecer a ilicitude da prática tomada, ou seja, não basta apenas dizer que desconhecia a reprovação do atos que teve pelo simples desconhecimento da legislação pertinente (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016).

Gonçalves e Estefam (2016, p. 466) advertem “que a mencionada possibilidade de compreender a ilicitude da conduta prende-se a uma análise cultural (e não biológica ou psíquica, a qual se relaciona com a imputabilidade)”.

Verifica-se assim que a vida social do agente e o grupo cultural ao qual está inserido influencia diretamente na verificação de potencial consciência de ilicitude, nesse sentido, Gonçalves e Estefam (2016, p. 466) trazem que:

O aplicador da lei penal, portanto, deverá verificar se o fato foi penalmente típico e se é revestido de antijuridicidade. Em caso afirmativo, analisa a culpabilidade, principiando pelo exame das capacidades mentais (de entendimento e autodeterminação) do sujeito. Se ele não for mentalmente apto a compreender a natureza ilícita de sua conduta ou não detiver autocontrole, será considerado penalmente inimputável e receberá uma medida de segurança. Caso seja constatada sua higidez mental, passa-se, então, à análise do conhecimento da ilicitude sob o aspecto cultural. Trata-se de perquirir se o conjunto de informações recebidas pelo agente ao longo de sua vida, até o momento da conduta, dava -lhe condições de entender que a atitude por ele praticada era socialmente reprovável.

Por essa explicação, tem-se que devem ser analisados todas as três características que em conjunto constituem o crime, primeiro a tipicidade do fato, segundo a antijuridicidade, e constatado esses dois últimos, passa-se para a culpabilidade, sendo de que dentro deste

último deve se verificar a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Mister enfatizar que o conhecimento da ilicitude das atitudes tomadas se presume, de modo que em um caso concreto caberá ao agente o ônus de demonstrar que agiu desprovido de conhecimento cultural em relação ao caráter ilícito do fato, e uma vez que no processo penal impera como regra de julgamento o princípio do *in dubio pro reo* (na dúvida me favor do réu), não se faz necessário que a defesa convença o magistrado a ponto de ficar exime de dúvidas (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016).

Sobre essa determinação situação, Gonçalves e Estefam (2016, p. 467) exemplificam:

(...) imagine -se um indígena, criado em tribo isolada, porém com plena capacidade mental. Suponha -se que essa pessoa, ao se tornar um jovem (já com 18 anos completos), decida conhecer um centro urbano e, tão logo chega no centro de uma grande cidade, observa um canário no interior de uma gaiola; ao ver o animal preso, é tomado de revolta e, na sincera crença de que age de modo correto, quebra o objeto para libertar o pássaro. O silvícola não responderá por crime de dano (CP, art. 163), visto que atuou acreditando (de boa -fé, portanto) estar fazendo o que era certo para a situação. Sua atitude encontra -se em sintonia com sua cultura, com as regras de conduta que lhe foram ensinadas durante sua experiência de vida. Pode -se dizer, então, que ele agiu sem a menor possibilidade de conhecer o caráter ilícito do ato praticado.

Em contextos semelhantes ao exemplificado ocorre o instituto jurídico do erro de proibição, este “que consiste justamente na falsa percepção da realidade que recai sobre a ilicitude do comportamento” (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016, p. 467).

Vale asseverar que a falta de conhecimento do caráter ilícito de determinado ato, por si só, não exime a culpabilidade do agente, e conseqüentemente não impede que o mesmo sofra uma sanção penal, em específico, uma pena de privativa de liberdade. Apontam Gonçalves e Estefam (2016, p. 467) que:

(...); a falta de consciência da ilicitude isoladamente apenas diminui a culpabilidade (leia -se: a censurabilidade da conduta), fazendo com que o sujeito mereça pena menor. A culpabilidade só estará afastada se o agente, além de não dispor do conhecimento da proibição, nem ao menos detiver capacidade para adquirir tal entendimento (careça de possibilidade — ou potencial — de consciência da ilicitude).

Denote-se, portanto, que tais pontos devem ser examinados subjetivamente, pois mister se faz a averiguação da vida pregressa do agente, do grupo social ao qual convive, ou

convivia antes do ilícito penal, para que possa ser auferida a sua culpabilidade e, consubstanciadamente, aplicada uma pena.

Quando o agente age em erro de proibição, tem-se que o mesmo possui higidez mental e sabe exatamente o que está fazendo, agindo dolosamente, todavia, “atua na crença de que o direito lhe autoriza a agir como tal, quando, na verdade, proíbe-o” (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016, p. 467).

Ensinam Gonçalves e Estefam (2016), que o erro de proibição classificam-se em evitável (vencível ou inescusável), inevitável (invencível ou escusável), direto, indireto, mandamental, de subsunção e, de validade.

Assim, sobre tal instituto, dispõe o art. 21 do Código Penal (BRASIL, 1940), que “o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

Por fim, neste capítulo, ficou evidenciado as características da imputabilidade penal, as causas legais de exclusão da imputabilidade, a menoridade como causa legal de inimputabilidade, dolo e potencial consciência da ilicitude, e a influência do estado emocional do menor, o que possibilita compreender melhor a temática, de uma forma mais técnica.

Por meio do estudo realizado nesta seção, a partir da teoria tripartida do crime, uma vez que a imputabilidade é elemento da culpabilidade, e que esta é característica essencial do crime, tem-se que os menores de 14 anos quando da prática consensual de ato libidinoso e/ou conjunção carnal entre si, não respondem pela prática do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal brasileiro, dado que são inimputáveis os menores de 18 anos de idade (art. 27, do Código Penal, BRASIL, 1940, c.c. art. 27, Constituição Federal, BRASIL, 1988).

Sendo assim, no capítulo a seguir, já que não há pena a ser imposta sobre os menores, será abordado sobre os entendimentos doutrinários acerca da maioridade penal, e as possíveis consequências jurídicas, diferentes da sanção penal, da prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de idades próximas, possibilitando assim chegar a resposta da problemática apresentada.

4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS ENTRE MENORES

Neste capítulo, para o alcance dos objetivos pretendidos, bem como para a resolução da problemática proposta, necessário se faz identificar as consequências jurídicas da prática de atos sexuais entre menores.

Nesse conduto, neste terceiro capítulo versasse-a sobre os entendimentos doutrinários em relação a maioridade penal, e a disposição no Estatuto de Criança e do Adolescente, apontando os principais pontos pertinentes.

Para a produção deste capítulo foi efetuado um levantamento de doutrinas no ramo do direito penal e da legislação penal que trata sobre o assunto, sendo posteriormente feita uma análise do material para exposição do conteúdo necessário.

Menciona-se que para melhor sistemática, este capítulo foi dividido em pontos que trabalham sobre as medidas protetivas, espécies, fundamento, aplicação das medidas protetivas.

4.1 MAIORIDADE PENAL E DEBATE DOUTRINÁRIO

Conforme visto no capítulo anterior, legalmente o menor de 18 anos é considerado inimputável, não podendo ser considerado culpado ante a ausência de culpabilidade, e conseqüentemente não respondendo por um crime.

Quando se trata da responsabilidade penal dos menores sempre há controversas, posicionamentos distintos, e indiferentemente do posicionamento tomado pelo legislador, a decisão de incriminar a conduta de um menor de 18 anos, nunca estará isenta de críticas.

Explicam Gonçalves e Estefam (2016, p. 463) que no Brasil:

Ao tempo do Código Criminal do Império (1830), eram absolutamente irresponsáveis os menores de 9 anos (critério biológico). As pessoas que possuíam mais que 9 e menos de 14 anos de idade eram relativamente responsáveis, isto é, somente podiam ser punidas criminalmente quando “obrassem com discernimento” (critério biopsicológico). Aos 14 anos, o indivíduo atingia sua maioridade penal (art. 27). Tais faixas etárias podem hoje ser tidas como absurdas ou ultrapassadas, mas não se pode ignorar que se trata de uma época na qual as pessoas se casavam aos 14 anos e morriam aos 50. O Código Penal de 1890 modificou o tratamento dado ao assunto e

fixou a maioridade penal aos 14 anos, adotando unicamente o critério biológico (art. 27).

Seguindo esse contexto histórico, em 1940, com a promulgação do Código Penal, adotou-se o parâmetro de inimputabilidade penal dos menores de 18 anos. Segundo explicado no capítulo anterior trata-se exclusivamente de um critério biológico.

Além dessa previsão, a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 228 (BRASIL, 1988) prevê que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Apesar de todo esse arcabouço legal, duras críticas surgem a esse critério. Nucci (2017, p. 607) aponta em sua obra:

Analisando-se, estritamente, a condição psicológica do jovem e a sua maturidade, associada à capacidade de entendimento, não mais é crível que menores com 16 ou 17 anos, por exemplo, deixem de ter condições de compreender o caráter ilícito do que praticam. O desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida.

Vislumbra se claramente que Nucci (2017) discorda do critério utilizado para configuração de inimputabilidade do menor de 18 anos, pois hodiernamente, com idade inferior a essa o jovem já possui maturidade mental bastante para compreensão de seu atos, dos resultados que podem advir, e as consequências jurídicas que pode vir a sofrer caso descumpra o ordenamento legal.

Em continuidade, sobre a disposição constitucional Nucci (2017, p. 608) explica que “(...) a maioridade penal, além de não ser direito fundamental em sentido material, em nosso entendimento, também não o é no sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição”.

Nessa linha, Marcelo Fortes Barbosa (*apud* Nucci, 2017. 608) assevera:

Se o menor com mais de 16 anos e menos de 18 torna-se cidadão pelo direito de voto; se a mulher casada se emancipa, civilmente, com o casamento aos 16 anos; até uma Lei chegou a ser aprovada (posteriormente vetada pelo Presidente da República) autorizando que o maior de 16 anos pudesse dirigir veículos, não se compreende que não possa responder pelos atos ilícitos que, porventura, praticar. É uma concepção unilateral da cidadania, pois o agente torna-se cidadão pelo voto facultativo aos 16 anos, mas não tem o dever de responder pelos crimes eleitorais que eventualmente praticar. À primeira vista, considerando-se a garantia da cidadania do art. 1º da Constituição Federal, e o art. 14 da mesma, no tocante à aquisição dos direitos políticos, verificando-se inconstitucionalidade na posição daqueles que defendem a permanência do critério biológico, com a idade fixada em 18 anos, a

despeito do art. 2018 da Constituição Federal, que não pode contrapor-se às regras de cidadania.

Apesar de ser um tema bastante debatido e mitigado doutrinariamente, a maioria para fins penais só se dá aos 18 anos de idade, momento a partir do qual se pode responder por crime.

Nessa esteira, imperioso ressaltar que os menores de 14 anos de idade envolvidos na prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal não podem responder pelo crime de estupro de vulnerável devido a previsão legal de inimputabilidade.

Uma vez não respondendo por crime, o adolescente, ou seja, aquele com mais de 12 e menos de 18 anos completos, que pratica um fato definido como crime ou contravenção penal incorre em ato infracional, sujeito à medidas socioeducativas (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016).

Por sua vez, quando se tratar de uma criança, aquele até 12 anos completos, que cometer um ato semelhante, pode vir a receber a aplicação de uma medida protetiva (GONÇALVES, ESTEFAM, 2016).

Desta feita, a seguir se passa a expor sobre as medidas socioeducativas e protetivas, estas que configuram as possíveis consequências jurídicas da prática consensual de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de 14 anos.

4.2 PREMISSA FUNDAMENTAL

A Constituição Federal sob muitos aspectos inovou e progrediu. Um deles foi a questão da infância e da juventude, prevendo expressamente uma gama de direitos e respectivos deveres em relação às crianças e adolescentes. Sem dúvida que a previsão constitucional expressa nesta área espelha uma nova visão em relação a uma série de temas que antes não recebiam um tratamento tão apurado.

Pelo exposto no capítulo anterior, denota-se que apesar da tipificação inculpada pelo art. 217-A do Código Penal, os menores não respondem pelo crime por serem considerados inimputáveis penalmente, sendo assim, os mesmos irão responder pela prática de ato infracional equiparado a crime.

Esta raiz constitucional da legislação de proteção à infância e juventude não pode ser nunca olvidada quando tratamos de qualquer aspecto desta legislação, a qual, é inequívoco, segue uma principiologia de proteção integral à criança e ao adolescente,

atentando à condição especial em que se encontram enquanto pessoas em fase de desenvolvimento.

Lastimavelmente a legislação menorista não costuma receber no meio acadêmico a devida atenção. Normalmente, não passa de uma mera atividade opcional ou tem alguns de seus aspectos tratados como pontos em outras disciplinas.

A presente abordagem tem por escopo tecer alguns apontamentos acerca da aplicação de medidas protetivas e socioeducativas previstas na legislação menorista, e volta-se especialmente, aos estudantes de direito, a fim de oferecer-lhes alguma contribuição na compreensão do tema.

4.3 AS MEDIDAS PROTETIVAS, ESPÉCIES E FUNDAMENTOS

A matriz constitucional do direito menorista é fundamental na medida em que verificamos que o artigo 227 do texto da Carta Constitucional assegura uma série de direitos à criança e ao adolescente, estabelecendo como obrigados a sociedade, os pais e o Estado.

A partir desta premissa, o artigo 98 do ECA estabelece que as medidas de proteção serão aplicadas sempre que houver violação dos direitos estabelecidos no próprio ECA por "ação ou omissão da sociedade ou do Estado", ou "por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável".

Quais são estes direitos? Todos os previstos na legislação protetiva, como vida, saúde, educação, lazer, convívio familiar etc.

Mas não somente omissões deste jaez podem dar ensejo à aplicação de medidas de proteção. O inciso III do artigo 98 também elenca o próprio comportamento da criança ou adolescente como causa de aplicação de medidas protetivas. Neste caso não se verificam necessariamente omissões ou abusos de terceiros. Tais hipóteses correspondem principalmente, mas não exclusivamente, aos casos de cometimento de atos infracionais, adiante vistos.

A nomenclatura de "medidas de proteção" é emblemática na determinação da natureza destas medidas. A legislação menorista está embasada na doutrina da proteção integral, que reconhece na criança e no adolescente indivíduos portadores de necessidades peculiares, não se olvidando a sua condição de pessoas que se encontram em fase de desenvolvimento psíquico e físico, condição que os coloca em posição de merecedores de especial atenção por parte do Estado, da sociedade e dos pais ou responsáveis.

E quais são estas medidas? Sua previsão consta do artigo 101 do ECA:

- I- encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - abrigo em entidade;
- VIII - colocação em família substituta.

O encaminhamento aos pais ou responsável é uma medida adequada àquelas hipóteses nas quais não ocorre maior gravidade. Um bom exemplo seria o caso de uma fuga da criança ou do adolescente, ou em casos de omissão de terceiros em relação a deveres inerentes à guarda.

A orientação apoio e acompanhamento temporários, que poderão ser realizada pelo Conselho Tutelar ou por serviço de assistência social, ou, ainda, por serviços especializados do próprio Poder Judiciário, onde existam, tem aplicação em casos onde não há uma causa que possa ser incluída dentre as hipóteses de tratamento médico psicológico, e onde não exista omissão imputável aos pais ou responsável a justificar a aplicação das medidas dos incisos VII ou VIII, por exemplo.

A matrícula e frequência obrigatórias estão diretamente ligada à evasão e infrequência escolar, que, no Estado do Rio Grande do Sul, conta com o programa FICAI. A evasão caracteriza-se pela completa marginalização da criança ou adolescente do sistema de ensino. Normalmente está relacionada ao trabalho infantil e à omissão dos pais. A infrequência escolar diz respeito às faltas injustificadas e reiteradas à escola.

Comumente a evasão escolar é constatada por serviços de assistência social estatais ou pelo Conselho Tutelar, neste último caso por atuação própria ou por denúncia. Estes órgãos, dentro de suas competência e capacidades constituem a linha de frente na resolução do problema, buscando conscientizar os pais ou responsável ou mesmo o próprio adolescente ou criança da importância da educação. Boa parte dos casos é assim resolvida.

Já nos casos de infrequência, além da atuação dos órgãos acima referidos, também há atuação dos próprios agentes de ensino, que costumeiramente também buscam a resolução simplificada e imediata do problema através do diálogo e conscientização.

Quando isto é impossível, surge a FICAI (ficha de comunicação de aluno infrequente), que inicialmente é remetida ao Conselho Tutelar, e posteriormente, na impossibilidade de resolução do problema por este órgão, a questão é lançada, através do referido instrumento, ao conhecimento do Ministério Público. Esta fase será adiante melhor analisada, quando tratarmos da processualização das medidas de proteção.

A inclusão em programas sociais e de auxílio que melhor se coaduna àquelas situações, muito comuns, em que violações dos direitos das crianças e adolescentes resultam de situação econômico-financeiras de dificuldade. Trata-se de medida de suma importância, especialmente naqueles casos relacionados à desnutrição, notadamente quando atingem crianças de tenra idade e que se contam aos milhares em nossa sociedade.

Os incisos V e VI do artigo 101 tratam de hipóteses nas quais estão envolvidas direta ou indiretamente questões de saúde, ou de dependência química ou psíquica à drogas e álcool, que não deixam de ser problemas de saúde. A grande dificuldade surge do fato de que o aparelho estatal ainda não conta com suficientes recursos para prover tratamentos em quantidades condizentes com a demanda.

Neste passo, é bom referir que são comuns nos pretórios gaúchos demandas nas quais Ministério Público ou a Defensoria Pública ingressam em juízo a fim de garantir tratamento médico ou fornecimento de medicamentos, tendo por réu o Estado, em suas três esferas. Mais adiante será tratado o aspecto da legitimidade para estas demandas específicas.

A colocação em abrigo ou entidade é medida que se pauta pelo vetor da excepcionalidade, visto que priva a criança ou adolescente de um dos seus direitos básicos, qual seja o de convívio familiar. Destarte, é uma medida cujas consequências podem ser graves e que, portanto, deve ser aplicada com extrema cautela, ficando reservada para situações extremas, quando a permanência da criança em um determinado ambiente familiar lhe seja visivelmente mais prejudicial.

Por fim, resta a colocação em família substituta, que, da mesma forma, é medida extrema, condicionada à constatação de situações de especial gravidade, e segundo o artigo 28 do ECA, "far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção".

Como se observa, situações nas quais existe prévia destituição da guarda ou mesmo do pátrio poder, o que confere especial gravidade à medida de colocação em família substituta. É por isso que na escala das medidas protetivas, esta se encontra como última alternativa.

4.4 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas sócioeducativas não deixam de ser uma espécie de medida de proteção, embora voltadas a situações nas quais se verifica um comportamento do adolescente subsumível em uma tipologia de crime ou contravenção, nos termos do artigo 103 do ECA. Este o fundamento da aplicação desta espécie de medida. Quais crimes ou contravenções? Na ausência de especificação da lei, por certo que estão abarcadas todas as figuras típicas delituosas.

É de se grafar que a medida sócioeducativa não tem natureza de pena, ou seja, não é punição. Não está, portanto, embasada sua aplicação na noção de culpabilidade, própria do crime. Quais as implicações deste fato? Inicialmente, é de se apontar que não estando em pauta o interesse da parte lesada, mas sim a proteção do infrator, não se há falar no âmbito dos atos infracionais de aplicação do instituto da representação criminal. Uma vez que a autoridade tome ciência de prática de ato infracional, deverá agir de ofício, independentemente de outra condição. Da mesma forma, se o lesado efetuar comunicação de ocorrência, não obstante na lei penal esteja prevista a necessidade de representação (ação penal pública condicionada a representação) será irrelevante posterior retratação, pois não há representação no registro da ocorrência.

As medidas sócioeducativas estão elencadas no artigo 112 do ECA. A advertência é típica medida a ser aplicada em remissão (adiante vista), e deve ser relegada aos casos de menor gravidade, cometidos sem violência contra a pessoa ou grave ameaça, e envolvendo adolescente sem antecedentes.

Violência contra a pessoa e grave ameaça aqui não devem abranger casos de pouca gravidade como vias de fato, lesão leve ou ameaças simples, que se crime fosse seriam tratadas pelo JECrim.

Há que se tomar em linha de conta, neste passo, um vetor de proporcionalidade e razoabilidade, imanente à aplicação do Direito.

A advertência é uma admoestação que faz o adolescente ver o equívoco do seu ato e as conseqüências negativas que poderão advir da reiteração de práticas semelhantes. Para infratores renitentes ou violentos, é uma medida normalmente inócua.

A obrigação de reparar o dano por óbvio que pressupõe infração compatível com a espécie, visto que nem toda de infração deixa um dano a reparar. A hipótese de reparação como medida sócioeducativa deve ser aplicada, preferencialmente, quando possa o infrator,

por seu trabalho, efetua-la, sob pena de recair, na prática, sobre os responsáveis pelo adolescente.

A prestação de serviços à comunidade é sem dúvida uma das medidas mais eficazes. O período e a quantidade de horas semanais deve levar em conta a condição do infrator e a gravidade da infração, estabelecendo-se uma proporcionalidade. O período máximo é de seis meses, em regime de oito horas semanais. O cumprimento da medida não pode causar prejuízo a outros direitos do infrator, como a educação.

A liberdade assistida é medida apropriada para os casos residuais, onde uma medida mais branda possa resultar ineficaz, mas nos quais o infrator não se revela perigoso, de modo que fosse recomendada uma internação ou regime de semiliberdade. Trata-se de uma medida que pode ter excelentes resultados nestes casos intermediários.

A semiliberdade pode ser aplicada como regime de transição posteriormente a uma internação ou como medida autônoma. São obrigatórias a escolarização e profissionização do infrator.

Na verdade, a aplicação desta medida é difícil. Não há locais adequados para sua execução que acaba sendo procedida em estabelecimentos destinados à internação. O reduzido número destes, de seu turno, torna prioritárias a execução das medidas de internação.

A internação é uma medida cuja aplicação se orienta pela excepcionalidade e brevidade, conforme preconiza o artigo 227, inc. V, da CF/88, o que é repetido pelo artigo 121 do ECA.

Para aferição de qual a medida mais adequada dentre as aplicáveis, pode o julgador valer-se de estudo social, cuja realização pode ser determinada de ofício ou por requerimento das partes.

4.5 OS POSICIONAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO

Até o presente exposto, nota-se que existe, conforme o exposto no capítulo 2, a tipificação do crime de estupro de vulnerável estampado no art. 217-A do Código Penal, delito que se consuma com prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal com menor de 14 anos.

Nessa seara, a referida legislação penal é omissa quanto a referida prática quando ocorrida consensualmente entre menores de 14 anos, mas como asseverado nesse capítulo, os

menores podem responder por ato infracional equiparado a crime, podendo ser submetidos a medidas protetivas e/ou socioeducativas a depender do entendimento do magistrado.

Há de se mencionar que quando se refere a prática consensual de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de 14 anos, notadamente trata se de uma situação envolvendo um “namorinho” entre menores. Nesses casos, pode ocorrer que um dos pais dos menores descubra a referida situação, e nesse instinto protetivo queira a responsabilização do outro menor, mesmo que tudo tenha acontecido consensualmente, conforme o descrito deste o início desta pesquisa.

Sobre essa situação narrada, doutrinadores como Cunha (2017), Greco (2017), Estefam e Gonçalves (2016), asseveram que deve haver a responsabilização, pois mesmo que haja o consentimento do outro menor, a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, dita que:

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

Sendo assim, a corrente que defende a responsabilização parte da premissa de vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos de idade conforme também se posiciona o Superior Tribunal de Justiça.

Inúmeros julgados recentes do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás trazem, após a edição da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça no ano 2017, o entendimento no sentido de haver a necessidade responsabilização.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR. A nova redação do artigo 225 do CP conferida pela Lei 12.015/2009, determinou, como regra, a ação penal pública condicionada para os delitos de estupro, excetuando a hipótese de crimes praticados contra menores de 18 anos, em que a ação penal pública será incondicionada. **ABSOLVIÇÃO.** Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima e sua eventual experiência sexual anterior não afastam a ocorrência do crime. **DOSIMETRIA DA PENA.** O Código Penal dispõe expressamente que quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. **APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÕES DEFENSIVAS DESPROVIDAS.**

(TJGO, APELACAO CRIMINAL 200389-44.2012.8.09.0134, Rel. DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 03/05/2018, DJe 2507 de 17/05/2018)

Em contrapartida, uma corrente defende que não deve haver a responsabilização dos menores na prática consensual de atos libidinosos e/ou conjunção carnal, ante não haver violência envolvida, e tendo por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a exemplo pode citar-se o doutrinador Nucci (2017).

O princípio da razoabilidade, “sobreleva a necessidade da ponderação dos bens em conflito, para se concluir se o bem que é defendido pelo agente é de valor superior, igual ou mesmo inferior àquele que é atacado” (GRECO, 2017, p. 467). Por sua vez, o princípio da proporcionalidade se dá em três dimensões, sendo a adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, sobre esses aspectos Estefam e Gonçalves (2016, p. 154) ensinam:

Com respeito à adequação ou idoneidade da medida, deve -se verificar se os meios utilizados pelo legislador são idôneos para a consecução do fim perseguido pela norma. No campo penal, tal adequação dar -se -á quando ficar evidenciado que a norma regula um comportamento socialmente relevante e referido expressa ou implicitamente em algum valor constitucional.

No que toca à necessidade (ou exigibilidade), analisam -se os meios lesivos escolhidos pelo legislador, verificando se são, dentre aqueles eficazes e cabíveis à espécie, os menos gravosos. Em matéria penal, este aspecto confunde -se com a intervenção mínima ou subsidiariedade do Direito Penal, no sentido de que não se justificará a utilização deste ramo do Direito quando os demais já apresentam alguma solução satisfatória.

(...)

O teste da proporcionalidade se completa com o exame da proporcionalidade em sentido estrito. No âmbito penal, cuida -se de examinar a gravidade da sanção a ser imposta diante do crime praticado. O princípio da insignificância (anteriormente analisado) encontra aqui um de seus fundamentos.

Sendo assim, com base nesses fundamentos, uma corrente defende a não responsabilização dos menores, pois não seria proporcional e razoável submeter o(s) menor(es) há um processo exaustivo, e a medidas de segurança e/ou socioeducativas, por atos consensuais, defendendo assim, uma relativização da vulnerabilidade.

Apesar disso, o entendimento da primeira corrente apontada, em que se haver a responsabilização, tem permanecido entre os tribunais, ainda mais após a edição da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Em arremate, tem-se que caso o fato chegue a poder do judiciário, haverá a submissão do(s) menor(es) a processo, para a apuração do ato infracional, e

consequentemente aplicação de medida protetiva e/ou socioeducativa, mesmo estando ressalvado que o ato libidinoso e/ou conjunção carnal tenha ocorrido consensualmente entre os menores de 14 anos de idade. Desta feita, finalizando este capítulo, os resultados obtidos se mostraram positivos e de suma para o alcance dos objetivos apresentados, bem como para resolução da problemática, dado que ficou evidenciado as consequências jurídicas da prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores, sendo possível solucionar a problemática que ensejou a pesquisa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprido destacar que a problemática para qual se buscou a solução na presente foi “quais as consequências jurídicas entre menores de 14 anos na prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal?”.

Para o deslinde da pesquisa de enorme importância foi a revisão bibliográfica realizada, bem como a análise hermenêutica da legislação que influencia nos casos abordados pelo problema.

Com o objetivo geral de identificar se há consequências jurídicas na prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de 14 anos, pontos específicos foram abordados, sendo o crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal, o alcance da inimputabilidade do menor, e as consequências jurídicas na prática de atos libidinosos e/ou conjunção carnal entre menores de 14 anos.

Com base no todo exposto, notório se tornou que o menor de 14 idade em momento algum responde por crime, mas sim ato infracional equiparado, sendo que ao menor não é aplicável medidas com natureza de pena.

Sendo assim tem que a hipótese de que possa não haver consequências jurídicas para tal situação, principalmente levando em consideração a inimputabilidade do menor de 18 anos de idade, resta desmistificada, pois há sim consequências jurídicas caso o fato chegue a conhecimento do poder judiciário, há medidas a serem aplicadas.

Conforme abordado no capítulo anterior, existe uma corrente doutrinária que defende que em tais casos não se deve haver a responsabilização do menor, dado que tudo ocorreu consensualmente entre os menores de 14 anos, e não passou de um “namoro”, e em tais circunstâncias a submissão do(s) menor(es) há um processo perante o juízo da infância e juventude contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Consequentemente confirma se a hipótese de haver como consequências jurídicas a responsabilização dos menores na medida da consciência de seus atos de natureza sexual, configurando o fato um ato infracional, e tendo-se como sanção medida protetiva e/ou socioeducativa previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A corrente doutrinária maior defende esse posicionamento, assim como os tribunais brasileiros tem aplicado este, pois ainda que o fato tem ocorrido entre menores de 14 anos consensualmente, a vulnerabilidade dos mesmos é absoluta, devendo haver a responsabilização, cuja finalidade é a proteção de ambos os menores.

Hodiernamente muito se questiona sobre a imputabilidade do menor de dezoito anos de idade, mesmo que a legislação pátria traga essa proteção ao menor, no campo doutrinário tal discussão ainda se mantém.

E com a evolução cultural, a sexualidade afluída cada vez mais cedo nos menores, mesmo que os tribunais superiores brasileiros tenham se consolidado no entendimento de que o menor de quatorze anos não possui discernimento para o ato sexual, ainda que já o tenha praticado em outras situações, no esfera doutrinária tal debate também se mantém, com a premissa de que a legislação deve se adequar aos novos tempos.

Portanto, trata se de uma tema que ainda requer muita apreciação, o qual se pretende continuar posteriormente com a pesquisa, com fito de acrescer ao sistema judiciário brasileiro positivamente, para que o poder judiciário não se prenda somente ao positivismo das leis, mas também a evolução social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24/04/2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 06/12/2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 06/12/2017.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 06/12/2017.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art3>. Acesso em 06/12/2017.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 14/04/2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9ª ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso direito penal: parte especial**. Vol. III. 14ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 593**. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em 03/05/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Apelação Criminal 200389-44.2012.8.09.0134**. Disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em 03/05/2018.

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO DE MONOGRAFIA

Eu, **Elizabete Aparecida Gontijo Santana**, brasileira, casada, portadora da cédula de identidade RG nº 2994683, inscrita no Cadastro de Pessoa Física do Ministério da Fazenda CPF/MF sob o nº 548.605.801-25, residente e domiciliada na Rua Seringueira, nº 150, Setor Aeroporto, graduada em Letras, com especialização em Língua Portuguesa, Inglês e Literatura, declaro para os devidos fins que efetuei a correção da monografia “**A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE QUANTO AO ALCANCE DO TIPO PENAL EM SE TRATANDO DE PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS ENTRE JOVENS DE IDADES PRÓXIMAS FRENTE AO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL**”, de autoria da acadêmica **THAIS MILA BERNARDO DE OLIVEIRA** do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba/GO.

Rubiataba, 08 de agosto de 2018.

Elizabete Aparecida Gontijo Santana