



Nota de Repúdio da Comissão Permanente da Infância e Juventude do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça.

Assunto: Decisão dos autos nº 0001601-53.2011.8.26.0132 da 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que absolveu autor de estupro de menina de 13 anos por ela aparentar ter mais idade em razão da experiência sexual demonstrada.

A **Comissão Permanente da Infância e Juventude (COPEIJ)** do Grupo Nacional de Direitos Humanos, braço do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, vem, pela presente, repudiar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicada em 16 de junho, emanada da 1ª Câmara Criminal Extraordinária, por absolver o autor do estupro de menina de 13 anos, ante o argumento de que, para o acusado, ela parecia ser maior do que 14 anos, incidindo assim em *erro de tipo*¹.

Em fevereiro de 2011, um fazendeiro foi preso em flagrante com duas adolescentes, uma de 13 e outra de 14 anos, dentro de sua caminhonete na zona rural de Pindorama/SP, após pagar a cada uma, pelo programa, R\$ 30,00 e R\$40,00, respectivamente.

Em 1º grau, foi condenado a uma pena de 8 anos, por estupro de vulnerável, nos termos do artigo 217-A do Código Penal. Para este estatuto repressivo, o consentimento dado pela vítima menor de 14 anos para a conjunção carnal é tido como inválido, fazendo com que se infira necessariamente a conduta como criminosa, justamente em razão da ausência da validade do consentimento. A defesa recorreu e obteve da 1ª Câmara Criminal Extraordinária a absolvição do fazendeiro. O relator do acórdão aceitou o argumento trazido pela defesa: por ter a vítima perceptível experiência sexual, teria o réu sido induzido a erro, supondo ter ela mais do que 14 anos, idade máxima limite para o reconhecimento da *vulnerabilidade*, elementar que torna a presunção de violência absoluta. Na nomenclatura utilizada pelo direito, teria ocorrido o chamado *erro de tipo essencial*, o que afastaria o dolo, e, por conseguinte, a conduta criminosa (tipicidade).

Conforme se extrai da decisão, o réu deixou de ser condenado porque se entendeu que não houve violação ao bem jurídico tutelado, *in casu*, a dignidade sexual, tendo em vista que a adolescente denotava ter experiência sexual pronunciada quando da época dos fatos.

O julgado não desconsiderou a presunção de violência tal qual consignada no artigo 217-A do Código Penal. Ao contrário. Reconheceu-a como absoluta.

Contudo, independentemente do fundamento jurídico utilizado, mais uma

¹ O *erro de tipo*, previsto no art.20 do Código Penal, pode ser conceituado como o desconhecimento ou falsa ideação de uma situação de fato, um dado da realidade ou uma relação jurídica descritos no tipo penal, como seus elementos ou circunstâncias (CAPEZ, Fernando. *Direito Penal-Parte Geral*. São Paulo: Edições Paloma, 2002.



vez se inocenta um adulto que mantém conjunção carnal ou outro ato libidinoso com adolescente menor de 14 anos, por ter ela experiência sexual.

É preciso destacar que o fato de a vítima ter conhecimento dos atos relacionados ao sexo, aspecto decisivo para a absolvição do autor de tão lamentável delito, não pode ser reconhecido como causa de exclusão da tipicidade, absolutamente. O tipo constante do artigo 217-A não tenciona proteger a “virtude”, mas sim a dignidade e integridade psíquica e física de uma pessoa em especial condição de desenvolvimento, ainda que já tenha se iniciado nas práticas sexuais.

Crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento, cujo psiquismo e corpo estão em formação, devendo ser protegidos de qualquer forma de negligência, maus tratos, exploração, violência, crueldade e opressão.

Considerando que a vítima é menina de tenra idade, mostra-se imprescindível a compatibilização das normas do Código Penal com os princípios e normas de proteção dos direitos da criança e do adolescente. A decisão prolatada não só desrespeita os direitos fundamentais dos adolescentes, como responsabiliza a vítima pela conduta do adulto, desprezando a completa situação de vulnerabilidade na qual se apresentava a adolescente, como tantas outras neste País.

A Câmara Criminal entendeu que, pelo fato de a vítima de 13 anos ter demonstrado experiência sexual quando do encontro lascivo com o autor, ele não reuniu condições de reconhecê-la como alguém de tão pouca idade, afastando-se por conseguinte a tipicidade.

Ora, o argumento chega a ser risível. É de conhecimento público e notório que no Brasil crianças são exploradas sexualmente por adultos sedentos de dividendos financeiros. O fato de ter ela demonstrado conhecimento das coisas do sexo não é razão suficiente para que o autor não cogitasse de sua menoridade.

Por estarem as crianças e adolescentes em situação de condição peculiar de desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e moral, o Código Penal (artigo 228) penalizou também ao que “induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone”, aumento-se a punição inclusive ao agente que é “ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”.

O comportamento e o físico são reveladores da menoridade. Não é razoável se cogitar que a experiência tivesse condão tão contundente para afastar completamente a dúvida.

No caso presente, o réu pagou por duas parceiras, ambas extremamente jovens, o que já evidencia sua predileção. Rumou em veículo próprio para lugar isolado, na área rural, demonstrando inequivocamente sua intenção em se esconder ante sua plena consciência de que cometia ato criminoso. Como, em uma situação tal, o julgador pode pressupor que ele não tinha condições de saber que a vítima era menor de 14 anos? Impossível.

E ainda que o autor tivesse dúvida sobre se a vítima tivesse ou não mais do que 14 anos, fica evidente que assumiu conscientemente o risco de cometer o resultado.

O reconhecimento da existência do dolo mostra-se inarredável, ainda que na modalidade eventual, consequência que exigiria a manutenção da condenação.

Por fim, há que se considerar que, em 2009, o Código Penal sofreu alterações significativas no que diz respeito a esta espécie de delinquência. O objeto jurídico



tutelado no Título VI deixou de ser *os costumes* para se tornar a *dignidade sexual*. Parece apenas um detalhe, mas tal singela alteração adveio de uma absoluta substituição de paradigma cultural já experimentada socialmente, mas que a legislação tardou a absorver.

Ao deixar de tutelar *os costumes*, os tipos penais insertos no título mencionado deixaram de reclamar um modelo arbitrário de moralidade (conceito intimamente ligado aos *costumes* sociais). A proteção deixou de recair sobre a *moralidade sexual* para agora tutelar a liberdade, o consentimento válido. Como leciona Luiz Flávio Gomes e outros autores²:

Conclui-se que, a violência dos crimes sexuais deve ser totalmente desvinculada de todo e qualquer aspecto moral, pois estes atingem mormente a personalidade humana e não os costumes.

Nota-se do julgado em comento que o fato de a adolescente de 13 anos ter experiência sexual a tornou insuscetível de proteção, como se ela não tivesse dignidade a ser tutelada, em um claro juízo moral por parte do julgador, juízo este completamente banido com a reforma.

Destarte, esta Comissão entende como descabida e desarrazoada a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatada nos autos nº 0001601-53.2011.8.26.0132 da 1ª Câmara Criminal Extraordinária, sendo um verdadeiro acinte aos princípios e normas legais de proteção da infância e da adolescência, que não só coloca em risco os direitos do mencionado público a um desenvolvimento sadio e harmonioso, livre de violência e opressão, como também estimula a exploração e o abuso sexual de infantes, tendo em vista a impunidade estabelecida.

Brasília/DF, 11 de julho de 2014.

**COORDENAÇÃO DA COMISSÃO PERMANENTE DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE
COPEIJ**