

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E DERROTABILIDADE

Luiz Antônio Freitas de Almeida*
Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida**

Resumo: Este artigo trata do crime de estupro de vulnerável. Examina a força probatória da palavra da vítima. Dentro do método técnico-jurídico ou dogmático, estuda o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal e as consequências do consentimento da vítima para a consumação do delito. Finalmente, aborda a possibilidade de eventual conflito normativo e a derrotabilidade da regra criminal, desde que haja justificação legítima.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Prova. Consentimento da vítima. Conflito de normas. Derrotabilidade.

* Doutorando em ciências jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em direitos fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013). Especialista em direitos fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010). Especialista em direito constitucional pela UNAES (2005). Professor da Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense do Ministério Público – EDAMP (Campo Grande, MS). Ex-Diretor Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso do Sul (Campo Grande, MS). Promotor de Justiça em Mato Grosso do Sul. *E-mail:* lafalmeida12@gmail.com.

** Mestre em direitos fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013). Especialista em direitos fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010). Professora de Direito Constitucional e Ciência Política na UNIGRAN Capital (Campo Grande, MS), Professora da Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense do Ministério Público – EDAMP (Campo Grande, MS) e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul – ESMAGIS (Campo Grande, MS). Advogada. *E-mail:* kellynelais@yahoo.com.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações empíricas sobre os crimes de natureza sexual contra criança e adolescentes. 3. A força probatória da palavra da vítima. 4. O consentimento da vítima no estupro de vulnerável: da violência presumida à irrelevância do consentimento. 5. A derrotabilidade do art. 217-A do código penal. Considerações finais. Referências.

The rape of vulnerable person: victim's consent and defeasibility

Abstract: This paper studies the crime of rape of vulnerable person, especially the probative force of victim's version. It uses the dogmatic method and deals with the crime foreseen in article 217-A of Criminal Code and the consequences of victim's consent to the consummation of this crime. Finally, it approaches the possibility of eventual normative conflict and the defeasibility of the criminal rule, provided there is a legitimate justification.

Keywords: Rape of vulnerable person. Evidence. Victim's consent. Conflict of norms. Defeasibility.

Summary: 1. Introduction. 2. Empirical considerations about the sexual crimes against children and teenagers. 3. The probative force of victim's version. 4. The victim's consent in rape of vulnerable person: from the presumption of violence to the irrelevance of the consent. 5. The defeasibility of article 217-A of Criminal Code. Final considerations. References.

1 Introdução

Em julgamento de recurso especial no incidente de recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a tese jurídica de que o crime de estupro de vulnerável, art. 217-A do Código Penal, na hipótese de vulnerabilidade pela idade da vítima, consuma-se ainda que haja o seu consentimento, sem que anteriores experiências sexuais da vítima ou mesmo a existência de relacionamento amoroso com o autor do fato excluam a ilicitude da conduta criminosa. Este entendimento pretoriano encontra-se sedimentado pelo enunciado de Súmula nº 593 do mesmo tribunal.

O texto concentrar-se-á em dois pontos: i) a dificuldade probatória desse tipo de delito e ii) eventual afastamento da incidência da regra incriminadora por um juízo ponderativo em decorrência de uma colisão normativa, não obstante a preservação de sua vigência, instituto de Teoria do Direito alcunhado de derrotabilidade.

O primeiro ponto recebe um alicerce de alguns dados sociológicos e psicológicos, os quais também mostram alguma pertinência para compreender e justificar a tese jurisprudencial consolidada, haja vista que a proximidade da vítima com o abusador é fato que também torna difícil a coleta da prova. Em suma, tanto a dificuldade probatória do fato como a ligação estreita entre vítima e autor do fato, que sói acontecer na maioria dos casos, produzem uma sensação

de compreensão do acerto da tese pretoriana, considerando, ainda, a ausência de exceção normativa quanto à irrelevância do consentimento da vítima derivada do enunciado normativo do art. 217-A do Código Penal.

Aqui entra em cena o segundo ponto. Não obstante se repute constitucionalmente incensurável a posição pretoriana, é fato que haverá situações da vida que poderão justificar, no caso concreto, a derrotabilidade da regra incriminadora.

Com efeito, a derrotabilidade não é um instituto de Direito Penal, mas de Teoria do Direito, o qual pode ser aplicado em todo e qualquer ramo do Direito, com repercussões mais estudadas no âmbito do Direito Constitucional. No entanto, sua repercussão no Direito Penal é visível no presente caso.

O presente trabalho propõe-se a examinar o tema dogmaticamente, bem como avaliar uma situação que poderia justificar, a depender do sopesamento de razões empíricas, normativas e analíticas, a derrotabilidade dessa regra, justamente a de eventual constituição posterior de laço familiar entre vítima e autor do fato, a provocar a incidência do princípio jurídico-constitucional da proteção do Estado à família.

2 Considerações empíricas sobre os crimes de natureza sexual contra criança e adolescentes

Crimes que envolvam comportamentos de natureza sexual tipificados possuem uma cifra oculta,¹ uma vez que, pelas suas circunstâncias, normalmente não há testemunhas que presenciem as condutas delitivas, a dependerem da conscientização e intrepidez da vítima para revelar o abuso sexual do qual padece.

Logo, é razoável supor que a maior parte dos crimes não é descoberta e fica impune. Essa ilação baseia-se na pouca idade das vítimas e nos próprios traumas gerados nesse tipo de comportamento, normalmente aliados à manipulação psicológica da vítima pelo abusador, com atuação do agente com ameaças ou coerção para intimidá-las a não contar os abusos ou mesmo incutir nos infantes e adolescentes um sentimento de culpa pela prática do ato, como se fossem responsáveis pela sedução do adulto abusador ou o receio de que o agente seja punido, a par da própria vergonha e timidez, que são sequelas naturais desses tipos de delitos. A ação do agente criminoso cria uma “síndrome do segredo”, cujo enredo de sigilo entre abusador e vítima abusada é muito difícil de romper.²

¹ SILVA, Lillian Ponchio; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes*. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 21-22.

² SILVA, Lillian Ponchio; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes*. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 41.

Mesmo que haja um mundo de impunidade a desvendar, as pesquisas ajudam a engendrar uma névoa de realidade que contrapõe o senso comum sobre esses tipos de crime. Em vez do temor com estranhos, os responsáveis legais por crianças e adolescentes devem estar atentos, pois infelizmente a maior parte de crimes de conotação sexual contra crianças e adolescentes é realizada em ambientes considerados seguros para seus filhos e perpetrados por pessoas com algum conhecimento ou familiaridade com a criança e adolescente: se não forem os próprios pai e mãe, muitas vezes serão padrastos, madrastas, algum parente próximo da criança ou algum conhecido ou amigo da família. Enfim, em vez de precaver-se do desconhecido, é justamente o mais próximo que deve despertar vigilância, com orientação das vítimas sobre a consciência de seu corpo e de quais são os atos indevidos com ele.³

Com essa premissa em mente, uma falsa impressão desmentida por alguns estudos empíricos realizados é de que os abusadores ou os pedófilos são facilmente reconhecíveis, pois seriam pessoas de comportamento anômalo, que instintivamente despertarão na comunidade o alerta de que são criminosos em potencial.

Conquanto haja diferentes tipos de pedófilos e mesmo alguém que não tenha esse tipo de perversão possa também cometer crimes dessa natureza em situações específicas, muitos dos pedófilos são pessoas “acima de qualquer suspeita”; pessoas que levam uma vida normal, eventualmente também se casam, têm profissão e possuem uma vida social muitas vezes sem máculas perante os olhos da comunidade.

Sanderson é taxativa em afirmar que muitos procuram manter uma aparência de “inofensividade”, no escopo de aproximar-se de pais ou responsáveis de crianças e adolescentes selecionados como alvo de sua libido desvirtuada e, assim, ter uma oportunidade a sós com a vítima para poder satisfazer sua lascívia; tudo isso pode incluir uma estratégia de “sedução” da criança ou adolescente, apresentando-se de modo amigável e tentando conquistar-lhes a confiança com agrados, atenção ou presentes.⁴

Com isso, não é de espantar-se que muitos acusados, mesmo flagrados e diante das fortes evidências trazidas pela vítima, simplesmente neguem o crime. Essa estratégia é aliada a depoimentos de testemunhas de defesa que a conhecem no bairro ou no trabalho, que atestam uma boa conduta social ou ausência de comportamento anormal. Traça-se, assim, uma tentativa de desacreditar a víti-

³ SANDERSON, Christiane. *Abuso sexual em crianças*. Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005. p. 17-23.

⁴ SANDERSON, Christiane. *Abuso sexual em crianças*. Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005. p. 21-24.

ma e incutir dúvidas ao julgador: seria possível uma pessoa tão bem referenciada cometer esse tipo de delito? E a assustadora resposta é que não só é possível, como boa parte dos aliciadores e abusadores de crianças e adolescentes de fato ostenta esse perfil e pratica delitos dessa estirpe protegida por essa máscara de gentileza.

As observações de Sanderson são respaldadas em estatísticas do Reino Unido citadas em sua obra. Poderiam refletir uma tendência isolada? Não. Traz-se à baila estudos empíricos realizados no Rio Grande do Sul, a comprovarem a similitude de resultados, conquanto com diferença estatística dos dados. Em mais da metade dos casos (57,4%), o pai da vítima era seu agressor sexual, ao passo que 37,4% das incidências envolviam padrastos. Esses dados, referidos por Lillian Ponchio e Silva, Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépoire e Rogério Sanches Cunha, corroboram aqueles produzidos e coletados por Sanderson, da mesma forma que abaliza a conclusão daqueles autores de que a maioria dos pedófilos não ostenta antecedentes e é descrita como sujeitos carinhosos, religiosos e, aparentemente, cuidadores da família.⁵

Essas considerações todas são reunidas na intenção de desconstruir alguns pré-juízos em relação ao tema. Repita-se que é um tipo de delito cujo agente pode possuir diferentes graus de instrução e mesmo pertencer a estratos sociais diferenciados economicamente, pois há incidência de infrações penais dessa índole nas camadas das mais pobres às mais ricas da população. Outro chavão que esvaece é a de que somente homens cometem esse tipo de delito, pois, embora sejam a maioria, existem muitas mulheres, inclusive mães, que também são coautoras ou autoras isoladamente da atitude delituosa. Finalmente, as próprias idades e gênero das vítimas são diversificados, pois tanto podem ser abusados meninos como meninas, bebês como adolescentes.

Igualmente, as observações supramencionadas são lançadas para adentrar em tópico que reflete construção alicerçada nesses dados e sabiamente acatada pela doutrina e jurisprudência: a grande força probatória da palavra da vítima.

3 A força probatória da palavra da vítima

Consoante cristalizado no tópico antecedente, os crimes que envolvem algum abuso sexual com crianças e adolescentes são praticados muitas vezes no recôndito do lar, sem a presença de testemunhas. Muitos dos abusos são perpetrados de modo a não deixar vestígios que possam ser pericialmente compro-

⁵ SILVA, Lillian Ponchio; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes*. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 47. Os estudos empíricos mencionados no arrazoado também se encontram nesta página.

vados ou, ainda que possam, muitas vezes a prova pericial é inviabilizada pelo seu desaparecimento por força da ação do tempo. Só a conjunção carnal, portanto, quando há rotura do hímen, é possível de ser comprovada por perícia a qualquer tempo. Destarte, não é incomum confrontarem-se duas versões conflitantes: a da vítima e a do acusado. Se o brocardo jurídico do *in dubio pro reo* fosse máxime replicada acriticamente nos processos que julgam fatos dessa envergadura, fatalmente haveria inúmeras absolvições injustas.

Afinal, o autor do crime não raro é pessoa de boa reputação social e aparenta a olhos nus uma aura de inocência ludibriadora. De outro lado, tem-se uma vítima que invariavelmente é objeto da estratégia defensiva de alçá-la ao polo passivo do processo, pondo-a em julgamento, pois normalmente a matéria de inquirição passa a ser o seu comportamento nesse tipo de questão, seus relacionamentos anteriores, eventual devassidão ou desvio moral de caráter.

O desvio do foco de julgamento congrega-se com a inerente dificuldade das vítimas em relatar os abusos sofridos. Primeiro, a pessoa abusada deve vencer o medo, a sensação de culpa e a vergonha de contar aspectos tão íntimos como a sexualidade e romper o elo de sigilo imposto pelo agressor; não é raro que muitas vezes até a percepção de que foi vítima de abuso venha bem depois dos atos praticados, já que a sutileza de alguns atos lascivos ou a tenra idade das vítimas são circunstâncias que podem gerar na ofendida resquício indagativo de eventual erro na percepção do desiderato do agente.

Segundo, é imposta-lhe a necessidade de contar e recontar inúmeras vezes o trauma sofrido em depoimentos sem fim terapêutico, ora a conselheiros tutelares, ora a policiais, ora em audiências judiciais; deve passar também por exames médicos invasivos ou mesmo pode ser segregada da família para ser protegida, tudo a desestimular a revelação do abuso sexual sofrido. Esses fatores causam a revitimização⁶ da pessoa abusada, em que a vítima revive experiências emocional e psicologicamente dolorosas que queria esquecer; o estresse decorrente da revitimização, somado à perda mnemônica natural em virtude do interregno temporal contado do dia que denunciou o abuso até ser ouvida derreadamente, ajuda a explicar eventuais contradições mínimas na dinâmica dos fatos ou mesmo a omissão de pormenores relevantes do caso.

É por essas razões que se busca uma maneira mais humanizada e condizente de oitiva da vítima, que possa ao máximo evitar sua revitimização. Afinal, se a Convenção dos Direitos da Criança, tratado de direitos humanos a que o Brasil aderiu, estipula no art. 12 que é direito de crianças e adolescentes serem

⁶ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia*. Aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

ouvidos em todos os processos judiciais que lhe interessarem, deve-se ter a cautela de evitar ao máximo os sintomas de estresse notados com a obrigação de redizer os traumas experimentados. Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente já dispunha – no art. 28, §1º, e no art. 100, XII - que crianças e adolescentes seriam inquiridas previamente, sempre que possível, por intermédio de equipe interprofissional.

Foi imbuído desse espírito que o Conselho Nacional de Justiça editou a recomendação nº 33/2010, na qual recomenda a todos os tribunais que adotem um sistema de depoimento videogravado, em ambiente adequado e separado da sala de audiências ordinária, que lhes garanta privacidade, conforto e condições de acolhimento, no qual a inquirição da criança e do adolescente seja intermediada por profissionais capacitados para atuar nessa prática e sob a adoção de metodologia que tenta extrair a versão do entrevistado do modo mais adequado possível. A respeito do depoimento sem dano ou depoimento especial, José Antônio Daltoé Cezar destaca a diferença de ambiente e de olhar, com intermediação técnica, como características vantajosas e que também o justificam.⁷

O Legislativo cumpriu seu dever constitucional ao editar a Lei nº 13.431/17, que tornam obrigatórios a escuta especializada e o depoimento sem dano em hipóteses de violência contra a criança e adolescente, manifestada de maneira física, psicológica, sexual e institucionalmente (art. 4º, I a IV, e §1º).⁸

⁷ CEZAR, José Antônio Daltoé. A atenção à criança e ao adolescente no judiciário: práticas tradicionais em cotejo com práticas não revitimizantes (depoimento especial). In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Maria Gorete O. M.; BARBIERI, Paola Barreiros; VIANA, Vanessa Nascimento (Orgs.). *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual*. Aspectos teóricos e metodológicos. Brasília: UNICEF/Universidade Católica de Brasília, 2014. p. 262.

⁸ A escuta especializada é um procedimento de entrevista com pueril ser aplicado por um órgão da rede protetiva, o qual deve ser limitado a obter o reporte do estritamente necessário para a tomada de decisão e ação naquilo que lhe compete (art. 7º). O depoimento especial, por sua vez, é a oitiva de criança ou adolescente na condição de vítima ou testemunha perante a autoridade policial ou judicial. Já se percebe, portanto, inclusive pela amplitude do conceito de violência trazido na lei, que o depoimento especial deverá ser adotado não apenas na seara criminal, em homenagem ao grande avanço legislativo. Um ponto interessante é a ausência de previsão expressa do depoimento especial no âmbito do Ministério Público. Crimes de estupro de vulnerável são ordinariamente investigados pela Polícia Judiciária, de modo que é rara a investigação direta pela autoridade do Ministério Público. Contudo, isso não tolhe que a instituição disponha de estrutura física compatível para essa finalidade, com capacitação de seus técnicos para sua realização desse tipo de depoimento. Afinal, com a premissa, ancorada no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de que o Ministério Público pode realizar investigações diretas de natureza criminal, poderiam existir hipóteses que justificassem a colheita de depoimento especial pela autoridade do Ministério Público, como a investigação de crimes de tortura ou de natureza sexual perpetrados por policiais. Ademais, como ressalta a norma legal, esse depoimento é apropriado não apenas se a criança ou adolescente forem vítimas, mas também testemunhas.

De qualquer maneira, mesmo que se implante efetivamente essa forma de depoimento mais humanizado da vítima, sobretudo nos casos de crimes sexuais, já se percebe que, diante de tamanhos ônus e dificuldades de contar ter sido vítima de um abuso sexual, é inverossímil pensar que uma criança ou adolescente mentiriam ou estariam fantasiando a experiência do abuso sem que haja um motivo concreto muito plausível e bem documentado nos autos.

A uma porque, a depender da idade da vítima quando ela revela o que aconteceu, é praticamente implausível que esteja de fato mentindo; a duas porque, se estiver sendo manipulada para servir de instrumento de vingança, dificilmente consegue manter uma coerência naquilo que é essencial ao depoimento: o momento do abuso e os detalhes ou as informações revelados que apenas quem sofreu o ato delituoso saberia esclarecer. Obviamente, é preciso investimento na rede de proteção e nos agentes que realizam diretamente a escuta especializada e o depoimento especial, para tentar detectar sintomas de trauma psicológico ou, ao revés, a implantação de falsas memórias ou comportamentos que indiquem que a vítima esteja sendo pressionada a mentir.

Seja como for, sem um diagnóstico claro, produzido em estudo psicológico da vítima, que indique a presença de coerção ou coação sobre a criança ou adolescente ou que houve sedimentação de uma falsa memória, deve ser combatida a ideia de que crianças e adolescentes em regra mentem ou fantasiam a respeito de abuso sexual. Por mais fértil que seja a imaginação de uma criança ou de um adolescente, a não ser que eles estejam em profunda perturbação psicológica, eles não fantasiam sobre abusos sexuais inexistentes.

De outro lado, mesmo quando existe comprovação dessa perturbação psicológica, a estória relatada padeceria de rupturas e inconsistências com a realidade, a desacreditar a versão da vítima ou tornando-a inverossímil. As falsas memórias, nascidas ou implantadas nas vítimas, dependem de cuidadosa investigação e avaliação psicológica, o que certamente pode ser detectado em um estudo psicológico bem feito. O que não pode ser aceito, porém, diante de um depoimento da vítima coerente, sem qualquer vestígio bem embasado de coerção ou de falsas memórias incutidas, é a suposição ou o preconceito de que os profissionais da rede protetiva incentivam crianças ou adolescentes a mentirem.⁹

⁹ Ideia do parágrafo é ancorada em TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia*. Aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68-69; SANDERSON, Christiane. *Abuso sexual em crianças*. Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005. p. xxiii.

Como destaca Sanderson, as crianças não têm percepção ou conhecimento sobre temas de índole sexual suficientes para mentir sobre o abuso sexual; aliás, mesmo que tenham tido contato visual com alguma atividade de conotação sexual (filmes pornográficos, por exemplo), fatalmente falhariam em responder questões que exigiriam uma experiência própria com ações de natureza sexual; para ilustrar, dificilmente saberiam responder sobre textura ou cheiro do sêmen.¹⁰

É assim que, em atitude sábia dos juízes, alavancada também por questões pragmáticas sobre a dificuldade na produção da prova em crimes dessa categoria, a jurisprudência consolidou a tese do elevado valor probatório da palavra da vítima nos crimes de conotação sexual em geral. Esse viés jurisprudencial é fartamente conhecido e sedimentado.¹¹

É claro que, a par da percepção de harmonia e coerência no depoimento da vítima, pode-se mesmo acrescentar que ela pode bem esconder eventual efeito psicológico nefasto causado pelo comportamento do agente, muitas vezes vindo a revelar distúrbios muito tempo depois em função da repressão consciente ou inconsciente das memórias. Porém, pode também revelar desvios imediatos de comportamento e sinais de que as consequências do crime para si foram mais devastadoras, o que fatalmente pode acarretar no aumento da pena em caso de condenação.

Em existindo sinais de desvio de comportamento ou sequelas mostradas pela vítima em razão da atitude do agente, os quais podem variar desde ausência letiva e queda no rendimento escolar, isolamento social, angústia, depressão, comportamento rebelde, medos e fobias até sequelas mais graves como tendências suicidas, autoflagelação, consumo de álcool e drogas e, eventualmente, desvios sexuais e desejos pedófilos de replicação da experiência que sofreu com outras vítimas mais novas,¹² haverá indícios ainda mais persuasivos de que o crime ocorreu, o que acrescenta ainda mais valor probatório à versão da vítima.

Portanto, deve-se dar robusto valor probatório à palavra harmoniosa da vítima e apenas desconsiderá-la se houver elementos concretos muito ingentes a justificar o abrandamento da força de corroboração.

¹⁰ SANDERSON, Christiane. *Abuso sexual em crianças*. Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005. p. xxiii.

¹¹ A exemplo do *Habeas Corpus* nº 227.449/SP, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 7/5/15.

¹² WERNECK, Anna Flora GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Maria Gorete O. M. *O essencial é invisível aos olhos: impactos da violência sexual na subjetividade de crianças e adolescentes*. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Maria Gorete O. M.; BARBIERI, Paola Barreiros; VIANA, Vanessa Nascimento (Orgs.). *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual*. Aspectos teóricos e metodológicos. Brasília: UNICEF/Universidade Católica de Brasília, 2014. p. 81-84.

4 **O consentimento da vítima no estupro de vulnerável: da violência presumida à irrelevância do consentimento**¹³

De antemão, convém mencionar a preocupação do Estado brasileiro em salvaguardar as crianças ou adolescentes de toda a forma de abuso ou exploração, estando contidas as de natureza sexual. A diretriz mediata dessa proteção especial vem com o fundamento da república (princípio da dignidade da pessoa humana) e com o objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de, obviamente, dos direitos e garantias fundamentais.

Já a diretriz imediata consolida-se nos artigos 227, *caput* e §4º, da Constituição Federal, pois é dever do Estado, da família e da sociedade assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, com mandamento ao legislador infraconstitucional para que a lei puna severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Essa preocupação da República Federativa do Brasil vai ao encontro dos anseios da ordem internacional. Não é à toa que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre os Direitos das Crianças, pacto internacional do qual o Brasil é signatário, incorporado ao ordenamento jurídico após o tramite procedimental (Decreto Legislativo nº 28/90 e Decreto nº 99.710/90). Do art. 34 da referida convenção extrai-se a obrigação de proteger a criança (e o adolescente) contra todas as formas de exploração e abuso sexual.

Esses parâmetros margearam a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, que acolheu os nortes constitucionais, ampliou direitos e garantias dos jovens, tipificou delitos, atos infracionais, infrações administrativas e disciplinou medidas de proteção e órgãos que teriam a incumbência de velar pelas pessoas nesta fase inicial da vida.

Malgrado o notório avanço legislativo, a teia de proteção ficou mais completa com a Lei nº 9.975/00, que acrescentou o tipo penal do art. 244-A do ECA – hoje revogado tacitamente pelo art. 218-B do Código Penal –, cujo pro-

¹³ Em realidade, a irrelevância aqui deve ser compreendida única e exclusivamente para não afastar a incidência do tipo penal. No entanto, para fins de dosimetria da pena, obviamente há diferença se o crime é praticado com ou sem consentimento da vítima, seja por aceitar eventual concurso com eventual crime de lesão ou ameaça praticado, seja para defender que essa violência deve ser levada em conta no cálculo das circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena.

jeto de lei foi fruto de debates entre o Tribunal Permanente dos Povos, entidade internacional que investiga e propõe soluções para questões de caráter mundial relacionadas às violações de direitos humanos.¹⁴

Se a exploração sexual de crianças e adolescentes encontrava tipificação no Estatuto da Criança e do Adolescente, é fato que houve, em 2009, recrudescimento das penas e de crimes que envolvam o ato sexual com crianças e adolescentes, especialmente pela inclusão do tipo penal do art. 217-A no Código Penal.

Modernamente, não há como falar em crimes sexuais desvinculadamente da ideia da pessoa humana e de sua inerente liberdade de dispor do próprio corpo e de optar pelo desenvolvimento da sexualidade da forma como lhe pareça melhor. Não se trata mais da tutela da moralidade pública ou dos bons costumes, mas da dignidade sexual da pessoa humana. Como bem salienta Jorge de Figueiredo Dias, o bem jurídico protegido nos crimes sexuais é a autodeterminação da vida da pessoa capaz, o que inclui as práticas sexuais da pessoa, tanto no que pratica como onde e com quem pratica, de sorte que se legitima a tutela penal na hipótese de lesão dessa liberdade de autoconformação.¹⁵

Em face dessa nova visão, inegável a enorme gravidade dessa modalidade de delitos, na medida em que atenta contra bem jurídico inerente à própria pessoa humana, violando a liberdade sexual pela falta de consensualidade da vítima.

Nos casos em que a vítima é menor de idade, torna-se mais grave a conduta do agente, na medida em que a precocidade do ato sexual é apta a prejudicar o desenvolvimento e maturação da personalidade da vítima sob o ângulo sexual. Ora, assim como se garante ao adulto o direito de escolher livremente a forma de desenvolver sua sexualidade, deve-se assegurar ao infante o direito de, só e somente no momento adequado, decidir sobre sua sexualidade. Ao vedar a prática de delitos sexuais contra menores de idade, portanto, a norma pretende tutelar, mais do que a liberdade sexual, o direito ao crescimento equilibrado sob o perfil sexual,¹⁶ cabendo ao Estado incentivar o respeito ao ordenamento jurídico mediante vigorosa repressão dessa sorte de infrações penais.

¹⁴ Todos os parágrafos acima foram escritos com suporte em TCHORBADJIAN, Luciana Bérghamo. Artigo 244-A. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 796-797.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do código penal – Parte especial*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 444.

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 3.059-3.060.

E é justamente atento à peculiar gravidade dos delitos sexuais praticados contra aquelas crianças e adolescentes de quem a inocência é extirpada de forma abrupta e repugnante que o legislador recentemente enrijeceu a lei penal e acresceu o referido artigo 217-A ao Código Penal Brasileiro com o intuito de punir de forma mais grave o estupro praticado contra o menor de quatorze anos (estupro de vulnerável). Essa alteração entrou em vigor no dia 10 de agosto de 2009 por meio da publicação da Lei nº 12.015/09.

Antes da alteração legislativa, existia tormentosa quaestio, pois havia em-bate sobre a presunção legal de violência para os crimes sexuais de estupro e atentado violento ao pudor consentidos quando a vítima fosse menor de quatorze anos. Seria uma presunção absoluta, relativa ou a norma simplesmente carece de legitimidade, em virtude do precoce amadurecimento dos adolescentes hodiernamente?

Quanto a esta última hipótese, não havia fundamento jurídico para sua adoção. Afinal, a lei não se derroga pelo desuso, de forma que seria ilegítimo e ofensivo ao princípio da legalidade desconsiderar a norma penal com base em uma pseudo-interpretação histórico-evolutiva. Ademais, cabe frisar que, com o novo regramento, o Legislativo mandou clara mensagem de que deseja, ainda, a punição do agente e que entende que adolescentes com menos de quatorze anos não têm maturidade psicológica, em que pese talvez possuam maturidade física, para dar consentimento que legitime o conúbio ou outro ato de natureza sexual.

Merecedora de toda a reflexão era a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza da presunção legal antes existente, isto é, se a violência presumia-se *iuris et de iure* ou *iuris tantum*, admitindo neste último caso a prova em contrário.

Alertava Fernando Capez que prevalecia na jurisprudência, sobretudo dos tribunais superiores, a conclusão de que a presunção é absoluta e não admite prova em contrário, ao passo que o próprio autor se filiava ao entendimento doutrinário, que reputou majoritário, de que a presunção é relativa, afastada se provado o alto discernimento para essas questões¹⁷. Também Mirabete defendia a presunção relativa, tese que encontrava guarida na jurisprudência e exigia-se na sua incidência a *innocentia consilii* do sujeito passivo, mas o simples fato de a vítima não ser mais virgem não afastava a presunção.¹⁸

Alberto Silva Franco, depois de estabelecer a premissa de que o direito penal não deve ser direcionado para regradar a moral sexual das pessoas e sim para a defesa da liberdade sexual, lecionava que a relativização da presunção de violência é mais ampla, pois não se conceberia a aplicação da norma de for-

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 72-73.

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.614.

ma estática, sem acompanhar a evolução da ciência, da ampliação do conhecimento e massificação da informação, que refletem diretamente na mudança de costumes. Para esse doutrinador, a presunção de violência devia ser afastada se a vítima mostrou maturidade suficiente para autodeterminar-se no terreno sexual.¹⁹

Guilherme de Souza Nucci tinha posição peculiar baseada na equidade, para sustentar que a presunção é absoluta como regra geral, sob pena de banalizar a proteção estatal conferida a crianças e adolescentes, porém, em circunstâncias excepcionais, ditadas pelo caso concreto, que demonstrassem ausência de qualquer constrangimento, relativizar-se-ia a presunção quando a vítima fosse adolescente, isto é, maior de doze anos.²⁰

Na época, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, após algum dissenso, consolidava-se na senda da presunção absoluta da violência.²¹

Toda essa digressão histórica serviu para mostrar como caminhavam doutrina e jurisprudência antes do advento da Lei nº 12.015/09, que tipificou o crime do art. 217-A do Código Penal. O referido tipo penal, como é notório, extirpou a menção a uma presunção de violência, em claro comando normativo a suplantar quaisquer divergências jurisprudenciais ou doutrinárias que a relativizavam. Não se trata mais de discutir se houve ou não violência presumida, se a vítima tinha ou não maturidade para discernir e anuir com a prática do ato sexual. Simplesmente o Legislativo, querendo tutelar e impedir um precoce início da vida sexual, estipulou que qualquer consentimento por parte da vítima seria inócuo, porque inidôneo a afastar a incidência do delito. Nesse diapasão, está o escólio de Cleber Masson.²²

O que deve se avaliar, de plano, é se a norma mais gravosa ao direito de liberdade é inconstitucional. Não se encontram argumentos para defender nenhuma inconstitucionalidade, porquanto o Legislativo caminhou na direção de maior proteção de crianças e adolescentes. Assim, perde substância a própria posição de presunção relativa, haja vista que foi suprimida qualquer referência à violência presumida da medida.

É interessante reforçar que a mudança legislativa encontra guarida no campo especializado que estuda e pretende prevenir o abuso sexual de crianças e adolescentes. Com efeito, Christiane Sanderson revela que o mito de que não há abuso sexual se houver consentimento desta vítima deve ser combatido, haja vista que ela não possui plena maturidade sobre seus atos e consciência sobre sua sexualidade, de modo que sua anuência não exclui a ilicitude da con-

¹⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 3.208.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 771-772.

²¹ Petição nº 5535/SP, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, publicado no DJU em 7/2/2008, p. 1.

²² MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 843.

duta do autor. Cada ser desenvolve-se em ritmo diverso e mesmo a maturidade em termos biológicos não é acompanhada da maturidade emocional e mental. Sanderson mostra como há um desequilíbrio de poder, de *status*, de autoridade ou de grau de manipulação e coerção, que pode tornar sedutor a posição do adulto em relação à vítima, concedendo-lhe poder, que pode ser usado de modo sexual. Numa sociedade em que muitos ícones e ídolos da juventude desenvolvem atitudes sexualizadas, a busca por modelos de autoridade ou com posição por crianças e adolescentes muito novos não permite a formação plena de um consentimento consciente, tornando-os mais suscetíveis de manipulação e coerção.²³

Destarte, a legislação brasileira procurou aumentar a proteção a crianças e adolescentes, em cumprimento ao comando constitucional que determina que os pueris e jovens seres sejam colocados em absoluta prioridade e postos a salvo de qualquer forma de abuso ou exploração, inclusive de cunho sexual (art. 227, *caput*, e §4º, da Constituição Federal), bem como em consonância com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. E a legislação leva em conta trabalhos e estudos psicológicos que revelam que crianças e adolescentes, conquanto tenham eventualmente idade biológica e curiosidade sobre os atos sexuais em função do seu próprio desenvolvimento sexual, não possuem maturidade e compreensão plena das consequências de suas decisões, de modo que não se pode convalidar um consentimento inidôneo a excluir a antijuridicidade da conduta. Nesse diapasão, como bem salientou a psicóloga mencionada, a legislação leva em conta o desequilíbrio de poder ou a própria relação de *status* que conferem ao adulto uma ascendência potestativa sobre a vítima, capazes de permitir a manipulação psicológica desta pelo abusador, massificando um convencimento praticamente irresistível por alguém que ainda não atingiu um nível de maturidade próprio para permitir rechaçar as investidas e até mesmo a levar a acreditar que sua curiosidade torna-a responsável pelo interesse do agente.

Nesse compasso, aplaude-se o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. A questão foi praticamente pacificada, pois, no julgamento de recurso especial na forma de recurso repetitivo, sedimentou a tese de que o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre autor e vítima não afasta a responsabilidade penal do agente, matéria sumulada no enunciado nº 593.²⁴

²³ SANDERSON, Christiane. *Abuso sexual em crianças*. Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005. p. xxi e 16-17.

²⁴ Recurso Especial nº 1480881/PI, processado na forma de recurso repetitivo e decidido à unanimidade pela 3ª Seção daquele colegiado de Direito, acórdão publicado no Diário de Justiça eletrônico em 10/9/2015. O julgamento de recurso repetitivo decide casos paradigmáticos que exemplifiquem controvérsias jurídicas em torno de determinado tema e que são selecionados pelos Tribunais de

5 A derrotabilidade do art. 217-A do código penal

Se a norma penal em tela é constitucional, deve ser aplicada sempre que as condições da previsão estiverem presentes. O tipo penal em tela é uma regra. Contudo, reconhece-se que é possível que, excepcionalmente, uma norma-regra deixe de incidir no caso concreto, em função de um conflito concreto de normas com regra ou princípio conflitantes, no qual as normas colidentes tenham mais força para reger o caso concreto, fenômeno epitetado de derrotabilidade (*defeasibility*).²⁵

Na teoria do Direito, em que pese a liça acadêmica,²⁶ defende-se que as normas jurídicas são de duas espécies: i) regras; ii) princípios jurídicos. Ronald Dworkin, ao criticar o positivismo jurídico, defendeu que existiriam normas jurídicas – os princípios jurídicos – que teriam uma dimensão de peso, a qual não seria ostentada pelas regras, aplicáveis “à maneira tudo ou nada”.²⁷ Robert Alexy, por sua vez, defende a distinção qualitativa de Dworkin e acrescenta que os princípios jurídicos são mandamentos de otimização, aplicáveis por ponderação, enquanto as regras são aplicadas por via subsuntiva.²⁸

Justiça ou Tribunais Regionais Federais, nos termos do que regulava o art. 543-C do revogado Código de Processo Civil (atualmente a questão é regulada pelo art. 1.036, §1º, do vigente Código de Processo Civil), com sobrestamento de todos os Recursos Especiais que tramitem no Estado ou Região, para que aquela corte pacifique a tese que regerá a matéria. O julgamento de um recurso especial ou extraordinário na forma de recurso repetitivo gera repercussão no processamento dos recursos suspensos, pois, após a decisão, os tribunais inferiores deverão negar seguimento aos recursos especiais ou extraordinários que forem na contramão da tese jurídica estabelecida pelo tribunal superior ou, caso o acórdão recorrido choque-se com essa tese, deverão reexaminar o mérito da decisão e, caso insistam na tese contrária àquela sedimentada no tribunal superior, deverá enviar o Recurso Especial ou Extraordinário ao tribunal competente, conforme disciplina dos artigos 1.040, I e II, e 1.041, I, do vigente Código de Processo Civil.

²⁵ DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte. et al. (Org.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito em comemoração ao 70 aniversário*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 172-174. No mesmo sentido, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direitos Fundamentais Sociais e ponderação. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2014. p. 56-71; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *A tutela “ponderada” do direito à saúde: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 126 e seguintes. Em realidade, como mostrou Duarte, há quem defenda que também é derrotabilidade o resultante de um conflito abstrato de normas, resolvido por metanormas de conflito normativo, posição não adotada no texto.

²⁶ A discussão do tema é vastíssima e comporta aqui, por amor à brevidade, apenas referenciar alguns autores.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42-43.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-94.

Particularmente, não se segue a tese da distinção forte, de Dworkin e Alexy, nem a da inexistência de diferença estrutural, como defendido por Stephen Utz,²⁹ com o alinhamento à corrente de que a diferença é de grau, ou seja, os princípios são diferentes das regras porque possuem condições de aplicação mais indeterminadas; David Duarte, com enorme propriedade, percebeu a existência de um pressuposto implícito nos princípios jurídicos de aplicarem-se *in all situations of any kind*.³⁰ Daí a conclusão de que o modo de aplicação ordinário das regras é a subsunção, ao passo que o dos princípios é a ponderação, porquanto nestes existiria uma apetência conflitua, sem prejuízo de que, em situações mais excepcionais, isso se inverta, isto é, princípios poderiam ser também aplicados por subsunção e regras, por ponderação.

Essa premissa teórica é importante para entender justamente uma das situações excepcionais em que as regras podem ser objeto de ponderação,³¹ qual seja: caso se verifique a existência de um conflito concreto de normas que envolva a regra.

É conhecida a lição de Hans Kelsen de que é imprescindível, para a configuração de uma antinomia, a impossibilidade de aplicação concomitante de duas normas por incongruência dos efeitos jurídicos.³² Contudo, os conflitos normativos podem ocorrer no plano abstrato ou no plano concreto. Alf Ross trouxe contributo ao detectar que existem inconsistências interpretativas do tipo total-total, total-parcial e parcial-parcial, isto é, a depender da previsão da norma.³³

Ou seja, se uma norma tem as mesmas condições de aplicação que outra (total-total), sempre haverá conflitos normativos entre elas e será impossível que sejam aplicadas no plano concreto sem chocarem-se;³⁴ logo, a antinomia é perceptível já no plano abstrato. Se a norma possui todas as condições de aplicação de outra, mas angaria um campo adicional de aplicação que não é previsto na norma concorrente (total-parcial), haverá conflito toda a vez que se materia-

²⁹ UTZ, Stephen. Rules, principles, algorithms and the description of legal systems. In: *Ratio Juris*, v. 5, n. 1, 1992, p. 35-45.

³⁰ DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa*. A teoria da norma e a criação das normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 135-159.

³¹ Não é de balde recordar que a ponderação não é só metódica de aplicação de normas na jurisdição constitucional, mas também é usada pelo próprio Legislativo na produção legislativa de modo a conciliar diferentes princípios constitucionais (ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 309).

³² KELSEN, Hans. *Teoría general de las normas*. Tradução de Hugo Jacobs. Col. Pedro María Anaya: Trillas, 2007. p. 131-134.

³³ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1997. p. 164-168.

³⁴ Se uma regra diz que “se o sinal ficar vermelho, deve o condutor parar” e outra diz que “se o sinal ficar vermelho, deve o condutor prosseguir” é evidente que se configurou um conflito total-total, já que as condições de aplicação são idênticas, mas os efeitos são incompatíveis.

lizar essa condição adicionada e tal hipótese também é perceptível no plano abstrato da norma.³⁵ Não custa repetir que, a par dessa avaliação da previsão, é necessária a incongruência de efeitos jurídicos.

A diferença usual é que nos conflitos abstratos a solução normalmente é dada pelo próprio ordenamento jurídico e uma das normas perde a validade jurídica,³⁶ salvo no caso de especialidade, em que se opta pela aplicação da norma especial, conforme critério abrigado no arcabouço jurídico pátrio. Os critérios normalmente empregados para solução de antinomias são *lex superior*, *lex specialis* e *lex posterior*: Leis de maior hierarquia prevalecem sobre leis de menor patente, leis especiais prevalecem sobre leis gerais e leis posteriores revogam leis mais vetustas. A regra da anterioridade é prevista no art. 2º, §1º, do Decreto-lei nº 4.657/42; a da especialidade, no art. 2º, §2º, do mesmo diploma; a da hierarquia, no art. 102, I, “a”, da Constituição brasileira.

No caso das concorrências parcial-parcial, em que parte das condições de uma norma é igual a de outra, mas ambas ostentam pressupostos condicionais dissonantes,³⁷ existe um conflito concreto, pois no campo abstrato não existe o choque, sempre a depender de um recorte da realidade que ative a aplicação de ambas as normas concomitantemente; a rigor, isso pode acontecer também ainda que norma não tenha nenhuma concorrência normativa, não possua nenhuma condição de aplicação similar a de outra, mas exista óbice na aplicação concomitantemente pela inconsistência dos efeitos jurídicos. Logo, não possui

³⁵ Se uma regra diz que “se conduzir nas ruas do perímetro urbano, é permitido fazê-lo até 60 km/h” e outra diz que “se conduzir nas ruas do perímetro urbano e *estiver próximo de escolas*, é permitido fazê-lo até 30 km/h”, há um conflito total-parcial, pois a condição adicional da previsão de uma das normas torna-a especial uma em relação a outra. Só haverá conflito se o condutor estiver no perímetro urbano e próxima a uma escola, antinomia que é visualizável já no plano abstrato.

³⁶ DUARTE, David. Drawing up the boundaries of normative conflicts that lead to balances. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Ed.). *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Proceedings of the special workshop “Legal Reasoning. The Methods of Balancing” held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2010, p. 56-62; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos Fundamentais Sociais e ponderação – Ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014, p. 56-71; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *A tutela “ponderada” do direito à saúde: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 126 e seguintes.

³⁷ A título de facilitação, já que as prescrições legais não vêm redigidas assim, tome-se o seguinte quadro: se uma regra diz que “se for habilitado a conduzir, mas tiver ingerido bebida alcoólica, é proibido conduzir veículo automotor” e outra disser “se for habilitado a conduzir e perceber alguém passando mal, deve socorrê-lo ao hospital”, qual se aplica? Como é visível, no plano abstrato não existe conflito normativo, mas se uma conjuntura se apresentar em que o motorista tenha visto alguém passar mal e, ao mesmo tempo, tenha ingerido bebida alcoólica, deverá o aplicador decidir qual norma tem razões mais fortes para prevalecer sobre outra. Deve o motorista ser penalizado ou não? Circunstâncias do caso concreto podem justificar a preponderância de uma ou outra norma, como a existência de outros condutores habilitados, a possibilidade do socorro vir até o enfermo, a urgência no atendimento etc.

o ordenamento metanormas para elidir conflitos concretos ou dar respostas no caso de incompatibilidade aplicativa de normas, o que deixa o aplicador na premência de ponderar as razões que dão substrato às normas em conflito e selecionar aquela que ostentar razões de maior peso no caso concreto para reger a hipótese em exame,³⁸ uma vez que no Brasil é proibido o *non liquet*, isto é, não é possível simplesmente o Judiciário recusar-se a decidir uma demanda que lhe é dirigida. Com isso, a norma derrotada mantém a validade jurídica, mas simplesmente não é aplicada no caso em regência, em função do juízo ponderativo que determinou maior força da norma conflitante.

Essa constelação argumentativa que, à primeira vista, poderia ser vista como mera verborragia teórica sem qualquer utilidade prática, é, em realidade, de suma operabilidade na atuação cotidiana.

Imagine-se a seguinte hipótese: o crime foi cometido contra a vítima com doze ou treze anos que consentiu com a prática da conjunção carnal ou com outro ato libidinoso consigo praticados, sem, portanto, uso de violência ou ameaça. Por outro lado, dentro dessa moldura hipotética, réu respondeu solto ao processo pelo crime do art. 217-A do Código Penal e, no curso do processo, casa-se com a vítima, já tendo ela idade núbil. Ou mantém com ela união estável desde aquela época, tendo ela hoje capacidade jurídica para iniciar esse relacionamento, mesmo que precise eventualmente do consentimento dos detentores dos familiares responsáveis.

A hipótese, construída pelo empréstimo de alguns poucos casos concretos com que nos deparamos, não é tão infactível como poderia parecer. Como não houve prática de violência nem grave ameaça para a consumação do delito, normalmente não se postula nem se defere a prisão preventiva. Há muitos casos que chegam ao conhecimento da polícia sem a caracterização da flagrância, o que inviabiliza a prisão em flagrante. Sem a prisão do agente, dificilmente há o cuidado de demandar cautelarmente a proibição de contato com a vítima ou o afastamento do agente de determinado endereço, o que propicia, sem o conhecimento formal da polícia ou do Ministério Público, mormente quando há convivência da família de autor e vítima, da retomada ou permanência da coabitação entre eles.

³⁸ DUARTE, David. Drawing up the boundaries of normative conflicts that lead to balances. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Ed.). *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Proceedings of the special workshop “Legal Reasoning. The Methods of Balancing” held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2010. p. 56-62; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos Fundamentais Sociais e ponderação*. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2014. p. 56-71; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *A tutela “ponderada” do direito à saúde: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 126 e seguintes.

A questão aqui não é propriamente se, no momento da prática do ato sexual, em que a vítima possuía idade menor de 14 anos, é irrelevante que o sujeito passivo do crime possuísse algum relacionamento com o autor do fato. O caso realmente difícil é posto se, no momento de sentenciar, perceber-se que houve a constituição de um núcleo familiar entre autor do fato e vítima, às vezes até com prole formada dessa união estável ou matrimonial.

O caso torna-se difícil porque, dentro dessas circunstâncias delimitadas, o caso concreto ativou um conflito normativo entre a regra incriminadora do art. 217-A do Código Penal e o princípio jurídico que ordena que o Estado proteja a família, positivado no art. 226, *caput* e §3º, da Constituição Federal. O conflito aqui é concreto e não abstrato, uma vez que nada no âmbito abstrato das duas normas indicava uma antinomia nem os critérios da norma superior, norma especial ou mesmo norma posterior poderiam decidir a questão. Como resolver o conflito?

Ora, há múltiplas variáveis a sopesar e todas serão fornecidas pelo caso concreto. Como diretriz geral, é possível advogar a derrotabilidade da regra incriminadora na hipótese de constituição de uma família, o que ensejaria a absolvição do agente, em razão da ponderação que favoreça a proteção familiar, inclusive para evitar um *bis* punitivo da vítima: o Estado e sua família não a protegeram antes da consumação do crime e a punição tardia do autor, já estabelecida uma família com este, seria um castigo indireto suportado pela vítima.

Contudo, circunstâncias eventualmente presentes no caso concreto podem determinar a prevalência da regra incriminadora. Uma hipótese de não ocorrência da derrotabilidade é a formação de um ambiente familiar opressor da vítima, com provas ou indícios de violência doméstica. Nessa situação, não há sentido ético plausível de permitir o afastamento da incidência do tipo penal para beneficiar o agente criminoso, eis que o núcleo familiar, embora formado, está envolto em ambiente de violência e opressão contra a vítima, muitas vezes como forma de preservação forçada da própria entidade familiar³⁹. Da mesma forma, poder-se-ia cogitar que não seria factível a derrotabilidade da regra incriminadora se a família constituída permear-se por laços incestuosos ou caso a vítima fosse muito nova na gênese da constituição familiar. As razões normativas que apoiam o princípio constitucional de proteção familiar perdem força nessa condição.

³⁹ Como parece evidente, a derrotabilidade aqui cogitada refere-se ao crime previsto no art. 217-A do Código Penal praticado com o consentimento da vítima, sem uso de violência ou grave ameaça. No entanto, as razões agora esgrimidas são suficientes para rejeitar a prevalência do princípio constitucional sobre a regra incriminadora justamente no caso de uso de coerção ou coação moral ou física para a prática do ilícito.

Se houver razões bastantes para afastar a incidência da regra incriminadora pela constituição de um núcleo familiar, a hipótese aqui seria até algo diverso do precedente cristalizado no Recurso Especial nº 1480881/PI. Afinal, uma família não se confunde como um mero relacionamento amoroso, o que poderia talvez justificar o *distinguishing*.

Frise-se que, ainda que derrotada a regra do art. 217-A do Código Penal, ela mantém sua eficácia normativa geral e também a vigência, de sorte a reger outros casos concretos.

Em arremate a este tópico, convém apenas antecipar-se à eventual crítica de que a aceitação da derrotabilidade configuraria a repriminção das regras extintivas da punibilidade do art. 107, VII e VIII, do Código Penal, revogadas por normas instituídas pela Lei nº 11.106/2005, o que seria censurável também no aspecto ético consagrado no texto constitucional. No primeiro caso, extinguiu-se a punibilidade pelo casamento da vítima com o autor do fato criminoso; no segundo, a punibilidade era extinta pelo casamento da vítima com terceiro, desde que o crime fosse cometido sem violência ou grave ameaça e a vítima não requeresse o prosseguimento da ação ou do inquérito no prazo de sessenta dias, contado da celebração das bodas.

Em realidade, do próprio conceito trazido neste texto, nota-se que a derrotabilidade é um fenômeno que nada tem a ver com a vigência da norma. Logo, a crítica é imprecisa e despropositada. De qualquer sorte, ressalte-se que as normas do art. 107, VII e VIII, do Código Penal traziam em si o sentido de que a tutela penal perdia a razão de ser com o casamento da vítima. Embora sua redação não permitisse distinguir a vítima homem da vítima mulher, era evidente que o raciocínio legislativo que lhe dava guarida era tutelar penalmente principalmente as vítimas mulheres que não conseguissem constituir matrimônio e, assim, para os padrões ético-jurídicos da época, iniciar uma família lícita.

A teleologia dos dispositivos era considerar que o bem jurídico afetado carecia *sempre* de tutela penal se houvesse casamento, o que, à luz da miragem constitucional que exalta a dignidade humana, a igualdade entre homens e mulheres e o direito de liberdade, inclusive no campo sexual, não era mais compatível com uma ordem jurídica que alberga esses princípios. Portanto, merece encômios o Legislativo por ter revogado essas normas.

A primeira causa extintiva de punibilidade incidia, conforme sua redação, ainda que o crime fosse praticado com violência ou grave ameaça; a segunda causa extintiva de punibilidade era limitada a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça se a vítima casasse com terceiro, observado o prazo previsto. De qualquer sorte, nenhuma das hipóteses contemplava a união estável como forma de extinção de punibilidade. Como se percebe, em termos práticos, a situação de derrotabilidade, para ocorrer, dependerá de avaliação das circuns-

tâncias do caso concreto, desde que se ative o conflito concreto de normas e que haja razões normativas robustas para afastar a incidência do tipo penal do art. 217-A do CP. Ou seja, não se limita ao casamento – uma vez que a união estável merece também proteção constitucional – e tampouco se contenta com o casamento, por mais paradoxal que essa segunda afirmação possa parecer – eis que dependerá de argumentos que examinem e considerem a situação atual da vítima e a existência ou não de ambiente opressor ou de relacionamento que fira a moral convencional razoavelmente aceita naquela comunidade.

Em realidade, as normas extintivas de punibilidade representavam uma proteção deficiente do direito fundamental de liberdade à sexualidade, uma vez que as regras legais encampavam o arquétipo de família tradicional compartilhado pela moral coletiva da época de promulgação do Código Penal, que hierarquizava a proteção familiar como interesse público ou bem jurídico coletivo de maior importância que a dignidade sexual das pessoas, a prevalecer em todas as ocasiões.

Considerações finais

Os dados estatísticos referentes aos crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes provavelmente não representam o índice correto de violência que essas vítimas realmente padecem, haja vista a dificuldade em relatar os episódios. Aqueles que abusam de crianças e adolescentes não costumam despertar suspeita e, normalmente, são próximos dos pais ou da própria vítima.

A jurisprudência consolidada, que empresta robusto valor probatório à palavra da vítima, está em consonância com estudos psicológicos que mostram que dificilmente a vítima inventaria ou fantasiaria com essa experiência. No entanto, em caso de dúvida, é possível que, além do depoimento especial, seja necessário realizar um estudo psicológico para detectar eventual coação ou implantação de falsas memórias.

Concorda-se com a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso 1480881/PI, no sentido de que não exclui a ilicitude do crime de estupro de vulnerável, praticado com o consentimento da vítima, a existência de experiências sexuais anteriores, de suposta maturidade da vítima ou de um relacionamento entre esta e autor do fato.

Em que pese a constitucionalidade da regra incriminadora do art. 217-A do Código Penal, eventualmente pode ocorrer que seja derrotável caso haja um conflito concreto de normas e se as razões normativas que justifiquem a não aplicação da regra forem mais fortes. Uma dessas hipóteses de derrotabilidade pode ocorrer no caso de consolidação de um núcleo familiar entre autor do fato e

vítima (união estável ou casamento), uma vez que ativa uma colisão entre a regra incriminadora do art. 217-A do Código Penal e o princípio constitucional de proteção à família, art. 226, *caput* e §3º, da Constituição Federal. Sem embargo, o resultado dependerá da avaliação das próprias circunstâncias do caso concreto, as quais podem motivar a aplicação da regra e, destarte, excluir sua derrotabilidade.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *A tutela “ponderada” do direito à saúde: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

_____. *Direitos fundamentais sociais e ponderação*. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei nº 13.431/2017*, publicada no Diário Oficial da União em 5 de abril de 2017.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus nº 227.449/SP, 6ª Turma, acórdão publicado no Diário de Justiça eletrônico em 7 de maio de 2015.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Petição nº 5535/SP, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, publicação no Diário de Justiça da União em 7 de fevereiro de 2008. p. 1.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1480881/PI, 3ª Seção, acórdão publicado no Diário de Justiça eletrônico em 10 de setembro de 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

CEZAR, José Antônio Daltoé. A atenção à criança e ao adolescente no judiciário: práticas tradicionais em cotejo com práticas não revitimizantes (depoimento especial). In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Maria Gorete O. M.; BARBIERI, Paola Barreiros; VIANA, Vanessa Nascimento (Orgs.). *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual – Aspectos teóricos e metodológicos*. Brasília: UNICEF/Universidade Católica de Brasília, 2014. p. 259-270.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do código penal – Parte especial*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1999.

DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa*. A teoria da norma e a criação das normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Drawing up the boundaries of normative conflicts that lead to balances. In: SIECKMANN, Jan-Reinard. (Ed.). *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Proceedings of the special

workshop “Legal Reasoning. The Methods of Balancing” held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2010. p. 51-62.

DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte. et al. (Orgs.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70º aniversário*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 161-174.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoría general de las normas*. Tradução de Hugo Jacobs. Col. Pedro María Anaya: Trillas, 2007.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1997.

SANDERSON, Christiane. *Abuso sexual em crianças*. Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005.

SILVA, Lillian Ponchio; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes*. Saraiva: São Paulo, 2013.

TCHORBADJIAN, Luciana Bérghamo. Art. 244-A. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 796-801.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia – Aspectos psicológicos e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

UTZ, Stephen. Rules, principles, algorithms and the description of legal systems. In: *Ratio Juris*, v. 5, n. 1, 1992, p. 35-45.

WERNECK, Anna Flora; GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Maria Gorete O. M. O essencial é invisível aos olhos: impactos da violência sexual na subjetividade de crianças e adolescentes. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Maria Gorete O. M.; BARBIERI, Paola Barreiros; VIANA, Vanessa Nascimento (Orgs.). *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual – Aspectos teóricos e método lógicos*. Brasília: UNICEF/Universidade Católica de Brasília, 2014. p. 69-88.

