

Centro de Apoio Operacional de Defesa da Infância e Juventude – CAODIJ

Avenida Lindolfo Monteiro, 911 – Fátima, /telefone 32016-4550/

caodij@mppi.mp.br

NOTA TÉCNICA Nº 01 DE 31 DE AGOSTO DE 2021

Tema:

O CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE DEFESA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – CAODIJ, no exercício de suas atribuições, previstas no art. 55 da Lei Complementar Estadual nº 12/93 c/c com o art. 2º do Ato PGJ nº 454/2013, expede a presente Nota Técnica, sem caráter vinculatório, aos órgãos de execução.

I – Introdução

A presente Nota Técnica surgiu a partir de demanda oriunda da 3ª Promotoria de Justiça de Parnaíba, por meio do Dr. Ruszel Lima Verde, segundo a qual foi questionado se a jurisprudência que considera que violência sexual praticada contra vítima com menos de 14 anos goza de presunção absoluta de vulnerabilidade, configurando estupro de vulnerável, também é aplicável nos casos em que o autor do fato tem menos de 18 anos.

II – Da presunção absoluta de vulnerabilidade

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 217-A tipifica o estupro de vulnerável, dispondo que:

Estupro de vulnerável

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.

[...]

§ 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.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Nota-se, pelo referido dispositivo, a adoção do critério etário para determinar a vulnerabilidade desses indivíduos, além dos casos em que a vítima possui alguma deficiência física ou mental que a impeça de ter o necessário discernimento para a prática do ato, e aquele que, por qualquer outra causa, não possa oferecer consentimento válido.

Além disso, diante da discussão acerca da natureza jurídica da vulnerabilidade da vítima do crime tipificado pelo art. 217-A do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça, em 2017, editou a Súmula nº 593, *in verbis*:

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. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

Diante disso, cabe destacar que a razão da vulnerabilidade estar baseada na idade da vítima decorre do entendimento de que ela ainda não possui discernimento suficiente para compreender a extensão do ato sexual que está praticando. Desse modo, o eventual consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente não são capazes de desconfigurar o crime de estupro de vulnerável, tendo em vista que existe uma presunção absoluta de vulnerabilidade.

Ressalta-se, ainda, que o **Supremo Tribunal Federal** também adotou essa orientação, bastando, para que seja configurado o crime previsto no art. 217 – A do Código Penal, que a vítima seja menor de 14 (quatorze) anos, sendo irrelevantes as circunstâncias em que ocorreram a relação sexual. Exemplificando, cabe consignar a ementa do AgRg no HC nº 124830/MT:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL

PENAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTIGOS 213 e 224, ALÍNEA A (NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. MENOR DE 14 ANOS. VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmissível na via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos. Precedentes: ARE 940.701-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/04/2016, e HC 119.091, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/12/2013. 2. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de haver cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo ato em seu celular. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 124830 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017)

Por outro lado, não obstante a tipificação objetiva do tipo penal, é preciso compreender a distinção entre o ato sexual realizado consensualmente entre adolescentes e o sexo entre estes e adulto. A presunção absoluta de vulnerabilidade foi considerada a partir da perspectiva da violação sexual de crianças e adolescentes por adultos, face aos inúmeros casos de violações da dignidade sexual praticada contra crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a vulnerabilidade não existe de forma independente, ocorrendo sempre em relação a algo ou alguém. No caso de envolvimento sexual com adolescentes menores de 14 anos, a vulnerabilidade absoluta ocorre em face dos adultos,

tendo em vista a diferença na capacidade de discernimento pelos atos praticados.

Por essa razão, é preciso que haja uma análise atenciosa do caso concreto para que seja possível inferir ou não a ocorrência de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável quando o ato sexual for praticado entre adolescentes.

III – Da necessidade de análise do caso concreto em situações de relacionamento sexual entre adolescentes

A inimputabilidade penal de crianças e adolescentes representa um avanço na política criminal brasileira, pois os indivíduos que se encontram nessa fase da vida estão mais suscetíveis a mudarem seus comportamentos, de modo que devem ter um sistema compatível com o seu grau de responsabilização, priorizando a aplicação de medidas de caráter pedagógico.

Além disso, é importante destacar que o art. 2º do ECA dispõe que são consideradas crianças as pessoas com menos de 12 anos de idade e adolescentes aqueles que possuem entre doze e dezoito anos de idade. Nos casos de ato infracional praticado por crianças são aplicadas medidas de proteção, já em relação aos adolescentes, poderão ser aplicadas medidas socioeducativas.

Nesse contexto, cabe destacar o art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente **poderá** aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Nota-se, pela leitura do referido dispositivo que a aplicação da medida socioeducativa não representa uma obrigatoriedade, podendo a autoridade competente decidir por sua aplicação ou não, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e sempre levando em consideração os princípios elencados pelo art. 100 da Lei nº 8.069/1990, entre eles o princípio da intervenção mínima, segundo o qual a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente.

Além disso, diferentemente do que ocorre na seara criminal, a qual é regida pelo princípio da indisponibilidade, no âmbito da infância e juventude é possível que o Ministério Público, após a oitiva prévia do adolescente, peça o arquivamento da ação ou aplique a remissão.

Nesse contexto, é preciso uma maior sensibilidade e atenção aos detalhes de cada situação fática envolvendo o ato sexual praticado entre adolescentes, de modo a considerar os aspectos sociais e psicológicos, tendo em vista que a adolescência é o período em que ocorre a descoberta da sexualidade, sendo necessário tomar cuidados para não criminalizar o “namoro” entre adolescentes.

Diante disso, percebe-se que nem todo ato sexual praticado entre adolescentes representa um ato infracional, tendo em vista que a presunção de vulnerabilidade nesses casos pode ser relativizada, levando em consideração a liberdade de autodeterminação sexual do indivíduo. Dessa maneira, é indispensável que sejam analisados os demais aspectos do caso concreto, como a anuência, grau de entendimento sobre o ato praticado, ocorrência de algum tipo de violência ou coação e as consequências possíveis para o adolescente, não sendo o fator etário, de forma isolada, suficiente para configurar o ato infracional.

V – Da possibilidade de afastamento da presunção absoluta de vulnerabilidade nos casos de ato sexual praticado entre adolescentes

O estabelecimento de uma idade mínima para a validade do consentimento sexual é relevante para a defesa de criança e adolescentes do abuso e da exploração sexual. No entanto, em relação à definição da idade de 14 anos como um limite objetivo, é preciso que haja maior cautela na análise da situação fática, uma vez que não é pertinente utilizar os mesmos parâmetros para as relações entre adulto e

adolescente e entre adolescentes.

Nesse sentido, alguns estados dos Estados Unidos da América criaram, o que traduzido para o português, seria a “exceção de Romeu e Julieta”¹ segundo a qual não é reconhecida a presunção de violência quando a diferença de idade entre os indivíduos seja igual ou inferior a cinco anos.

Os parâmetros adotados pela legislação e jurisprudência norte-americana, apesar das divergências sobre o tema, já tem sido utilizados como embasamento pelo Judiciário brasileiro quando a relação sexual ocorre entre dois adolescentes. Nesse contexto, segue o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul:

APELACAO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ESTUPRO DE VULNERAVEL – EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA - ABSOLVICAO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Poderíamos traduzir, com vista a utilização de seus conceitos por aqui, como Exceção de Romeu e Julieta, inspirada nos celebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E, conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime. (SARAIVA, João Batista Costa. O Depoimento em dano e a romeo and juliet law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In. Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. - n. 1 (nov. 2003)-. - Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003) ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. (TJ/MS. Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII, Publicado em: 31/01/2014)

Além disso, recentemente, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastou, por

¹CHAVES, Denisson; FURTADO, Mágila. **A lacuna jurídica em relação ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável e a possibilidade de relativização da vulnerabilidade da vítima.** Revista Acadêmica do Ministério Público do Ceará, 2018. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-8.pdf>>. Acesso em: 31/08/2021.

decisão unânime, a presunção de ocorrência de estupro de vulnerável no caso de um adolescente condenado por manter relações sexuais com menor de 14 anos (Agravo em Recurso Especial nº 1770597 – GO 2020/0261980-5).

O relator do caso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca analisou as particularidades do caso concreto e entendeu que a manutenção da condenação do jovem, que hoje já tem 20 anos, poderia causar injustiças irreparáveis. Para o Ministro, as situações devem ser ponderadas de acordo com a sua gravidade concreta e com a sua relevância social, e não apenas pela mera subsunção ao tipo penal.

Diante disso, a manutenção da natureza absoluta da presunção de violência baseada na idade pode encaminhar ao Judiciário, adolescentes que estão descobrindo a sua sexualidade, e que não deveriam ser penalizados criminalmente em decorrência disso. Por essa razão, é imprescindível que as autoridades competentes se atentem às demais circunstâncias que envolvem esses indivíduos, para identificar a pertinência da aplicação de medidas socioeducativas.

Evidente que esse entendimento não pode ser aplicado aos eventuais casos envolvendo relações sexuais entre crianças e adolescentes, pois a descoberta da sexualidade não faz parte da fase de criança, sendo que quando tal ocorra presume-se a violência, devendo ser adotadas as medidas cabíveis.

IV – Conclusão

De todo o exposto, e nos termos do artigo 55 da Lei Complementar Estadual nº 12/93, o Centro de Apoio Operacional de Defesa da Infância e Juventude, emite o seguinte posicionamento, **sem caráter vinculatório**, acerca das situações de envolvimento sexual entre adolescentes, nos termos que segue:

- O Código Penal, bem como a jurisprudência corroboram para o entendimento que prevalece uma presunção de vulnerabilidade absoluta nos casos de ato sexual praticados contra crianças e adolescentes, de modo que são irrelevantes as demais circunstâncias do caso.
- No entanto, é preciso compreender que essa visão leva em consideração a vulnerabilidade de crianças e adolescentes em face de adultos, tendo em vista a diferença no grau de entendimentos dos atos praticados.
- Logo, é possível que, a partir da análise do caso concreto, seja afastada a

vulnerabilidade absoluta nos casos em que o ato sexual for praticado entre adolescentes, uma vez que se encontram em momentos similares em relação a sua autodeterminação sexual.

- Por fim, fica reforçado, mais uma vez, que ao contrário do que ocorre na área criminal, no âmbito da infância e juventude não há incidência do princípio da indisponibilidade da ação, não sendo obrigatória a aplicação das medidas socioeducativas, haja vista a necessidade de levar em consideração o grau de desenvolvimento de crianças e adolescentes e a adequabilidade de cada medida nesse processo. Assim, nem sempre é mais vantajoso para esses indivíduos que sejam aplicadas medidas socioeducativas, de modo que a autoridade competente deve buscar alternativas mais compatíveis com a situação em concreto.
- Por fim, sugere-se que caso haja situações levadas ao Ministério Público desta natureza, após verificação de ausência de violência ou coerção e entendendo o membro pela inaplicabilidade de ação socioeducativa, sejam os adolescentes e sua família encaminhada para atendimento pela rede de proteção.

Teresina-PI, 23 de setembro de 2021.

JOSELISSE NUNES DE CARVALHO COSTA

Promotora de Justiça

Coordenadora do CAODIJ