

*Art. 28 do Código de Processo Penal. Procedimento investigatório criminal.
Estupro de vulnerável. Manutenção do arquivamento.*

Sonia Simões Corrêa Fortes*

2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOÃO DE MERITI

Processo 0074110-41.2016.8.19.0054

MPRJ 2016.00436007

INDICIADO: MAREMBERG DOS SANTOS ALMEIDA FILHO

ARTIGO 217-A CP

PARECER

EMENTA: ART. 28 DO CPP – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – MENOR DE QUATORZE ANOS – NAMORO CONSENTIDO PELA FAMÍLIA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009, QUANDO INEXISTENTE O TIPO DO ART. 217 – A DO CP E EM QUE VIGENTE O PRINCÍPIO DA AÇÃO PENAL DEPENDENTE DE REPRESENTAÇÃO, MANIFESTADA APÓS O PRAZO FATAL DE SEIS MESES, JÁ NA VIGÊNCIA DA NOVA LEI, E DE QUE SE RETRATOU A GENITORA DA OFENDIDA, ENTREGANDO-A À “GUARDA DE FATO” DO PRÓPRIO INDICIADO E SUA FAMÍLIA, EM REUNIÃO FAMILIAR – ARREPENDIMENTO MATERNO QUANTO AO CONSENSO APENAS DEVIDO ÀS REPERCUSSÕES SOBRE SEU PRÓPRIO RELACIONAMENTO – PROVIDÊNCIAS FRUSTRADAS PELA LEI VIGENTE PARA O CASAMENTO DOS JOVENS – TENTATIVA DE SUICÍDIO DA MENOR E SURRA DE CINTO, QUE NÃO A DEMOVERAM DE SUA DECISÃO DE MORAR COM O INDICIADO – CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM O ENTENDIMENTO DE ACATAR-SE, PELO PRINCÍPIO DA ULTRATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA, TER OCORRIDO A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO – PARECER PELA MANUTENÇÃO DO ARQUIVAMENTO.

* Procuradora de Justiça do MPRJ, aposentada. Assistente da Procuradoria-Geral de Justiça. Assessoria Criminal do MPRJ.

Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça,

Instaurou-se, o presente procedimento, pelo RO 954-01239/2010-01, em face de *representação* formulada pela mãe da menor vulnerável, M.R.L.C., aos 10 de maio de 2010, sob alegação de que, *aproximadamente seis meses antes, tomara conhecimento de que sua filha estava **namorando** um rapaz que conhecia por J., ou J. do Gás, por ser entregador de gás para um depósito no Jardim Paraíso, em São João de Meriti. Diz ter, inicialmente, permitido o namoro por acreditar ser, o rapaz, adolescente, mas, passado algum tempo, tomara conhecimento de ser, ele, maior. Passara a tentar convencer a filha a repensar o namoro, tendo até “deixado de permitir” em determinado momento. Contrariada, M.R.L.C. praticara um ato contra si mesma, ingerindo comprimidos de medicação controlada de uso da representante. Admite que passara a ter problemas pessoais em seu próprio relacionamento pelas atitudes da criança, o que determinara a proibição total do namoro. M.R.L.C. até confessara já não ser virgem e que teria mantido relações com J., deixando a casa materna em companhia dele e estando em lugar incerto e não sabido. Por isso, procurara o Conselho Tutelar, sendo orientada a registrar o fato.*

O registro foi aditado em face do comparecimento **espontâneo** do indiciado, bem como da vítima e das testemunhas.

O termo de declarações materno, em maio de 2010, se encarta às fls. 10.

Solicitação do exame de corpo de delito, fls. 12.

Depoimento do indiciado, fls. 14, na mesma data, aduzindo **haver mais de um ano que com a menor mantinha relacionamento de namoro**, tendo-se separado por pouco tempo, cerca de três meses, aproximadamente. Esse namoro **tinha o consentimento da mãe de M.R.L.C., como de seu padrasto, S.P.M.** Após algum tempo, contudo, S.P.M. passou a não mais concordar, mas a genitora, sem o conhecimento dele, permitira que continuassem o namoro às escondidas. Tendo, porém, K., a mãe, confessado ao companheiro que o namoro continuava, S.P.M. exigira que se separassem. No entanto, a adolescente confessara já ter mantido relações com o declarante, desejando que ele assumisse um compromisso. Então, em companhia da mãe de M.R.L.C. e de sua patroa, B.D.S., procuraram um órgão público no *Forum Regional*, onde receberam documentos para a permissão de casamento do declarante com M.R.L.C. K., todavia, desistira de assinar, temendo a reação de S.P.M. e as consequências da permissão. Tais providências teriam ocorrido quinze dias antes. Fora, então, surpreendido pela ligação telefônica do padrasto da menina, afirmando que *“ela não tinha mais jeito” e que era para ela passar a morar em companhia do declarante.* Destarte, em companhia de sua genitora, M.P.S., sua irmã caçula, F.S.A., seu padrasto, I.S. e sua irmã, D.A.S., dirigiu-se à residência de M.R.L.C., **que lhes foi entregue pela mãe, pelo padrasto, um tio e uma tia de M.R.L.C.** Com essa decisão, levava a menor para morar provisoriamente em sua companhia e de sua genitora, em seu atual endereço. *Ao lhe ser entregue a menina, ela informara ter sofrido lesões por castigo corporal aplicado pelo padrasto, com um cinto de calças, que lhe deixaram marcas. Fora, ademais, informado pela genitora da menor de que deveria levá-la ao*

Conselho Tutelar, onde lhe passaria a guarda, mas não tivera tempo para proceder a isso em razão de trabalho e de seu comparecimento à DP.

M.R.L.C., a vítima, fls. 16, **hoje com quase vinte anos**, compareceu *acompanhada pelo namorado, o indiciado, a irmã dele, D., e sua patroa, B.*, esclarecendo estar em sua companhia desde a noite de 7 de maio de 2010, quando **foi realmente entregue por sua genitora, K., e seu padrasto, S.P.M., para M.** e a mãe dele, que o acompanhava, além de suas irmãs e padrasto. M. fora chamado por sua mãe e seu padrasto por telefone para que os acompanhasse. Declara que **sua mãe realmente aceitou, por duas vezes, o namoro da declarante, mantendo isso fora do conhecimento de S.P.M.**, que sempre fora contra. Que sua mãe tomara essa decisão após saber que haviam tido relações sexuais, quando **exigira que ele a levasse e assumisse um compromisso com a declarante.** Mesmo assim, **fora castigada** quando contara do relacionamento sexual, tendo ela aplicado **uma surra, que lhe deixara marcas e lesões pelo corpo. Anteriormente também teria sido agredida pelo padrasto.** Que realmente sua mãe, M., a declarante e a patroa dele procuraram documentos no *Forum* para assinar o consentimento para que se casassem, tendo sua mãe desistido antes de assinar. Após isso, soube que ela procurara a sede policial.

B., fls. 18, comparece espontaneamente. Patroa do indiciado sabia do relacionamento, bem como que o namoro era do conhecimento da mãe de M.R.L.C., que, **por muito tempo**, manteve isso fora da ciência do companheiro para não contrariá-lo. Por algum tempo, a menina fora mantida longe da residência da mãe, na casa da avó, para ficar longe de M., voltando para a casa da mãe, que **novamente permitira o namoro às escondidas.** Tal namoro era de interesse de K., que usava a menina como desculpa para manter relacionamento fora da união com S.P.M. Após saber das relações sexuais, procurara a declarante desabafando, pedindo conselhos, tendo tentado convencê-la a oficializar a relação, acreditando não ser mais possível contrariar a decisão dos jovens. Procuraram o *Forum* Regional para permitir o compromisso, mas K. desistira, afirmando que ajudaria o casal a iniciar uma vida em comum, doando móveis e objetos pessoais. Sabe que S.P.M. afirmara que a menor não mais permaneceria com eles e deveria **viver com M., tendo a menina sido entregue a ele e à família por K. e S.P.M., na noite de 7 de maio. Estranha, portanto, o registro do fato, que sempre fora do conhecimento da mãe da menor.**

D., fls. 20, irmã de M., afirma saber do namoro, bem como ser isso do conhecimento da mãe de M., podendo acrescer que ela também **consentia.** Em mais de uma oportunidade, K. afirmou que **transferiria a guarda de M.R.L.C. para M..** Garante ter acompanhado seu irmão e sua mãe até a residência de M.R.L.C. por solicitação do padrasto, S.P.M., **quando ela lhes foi entregue pelo casal K. e S.P.M.** Tivera conhecimento de que M.R.L.C. ingerira remédios controlados, de uso da mãe, contrariada com a oposição ao namoro. Também soubera dos castigos físicos, aplicado **com cinto pela mãe.** Informa que, desde 7 de maio a menor se encontrava em companhia da declarante e sua mãe, entregue pela família dela, por não terem tido tempo de levá-la ao Conselho Tutelar. Estranhou a decisão de K.

de fazer o registro, já que **sempre fora favorável ao namoro**. Podia afirmar que a menina fora a consulta ginecológica e **recebera medicamentos preventivos para evitar gravidez**, estando, inclusive, de posse de receituário com essa finalidade. A mãe de M.R.L.C. ainda se prontificara a ajudar no sentido de alugarem um imóvel para residência do casal.

O indiciado não tem antecedentes penais, fls. 24.

C., fls. 26, irmã de K., relata a reunião e desentendimentos pessoais para a entrega da menina à família do indiciado. Diz que a menor se recusou a fazer o exame no IMLAP alegando estar menstruada e que B. dissera ter a guarda temporária da menor.

K., fls. 30, mãe da adolescente, aduz que a filha estaria **morando** em companhia do acusado, que reside com os pais, próximo à declarante. Diz ter conversado com a menor que se mostrava decidida a morar com J. Também conversara com a mãe dele, que a acolhera, gostando muito dela, todos com **as melhores intenções e com promessa de casamento**. Esclarece ter comparecido a um Cartório para **regularizar a situação, mas teriam sido informados de que só seria possível quando M.R.L.C. completasse dezesseis anos e com autorização dos pais**. Acrescenta querer o melhor para sua filha, com quem sempre se dera bem. Após refletir sobre tudo, conversara com a menor e se entendera. M.R.L.C. dissera que de nada adiantaria recusar, pois moraria com J. de qualquer maneira. Considerando que a família de J. era humilde, mas trabalhadora, e que M.R.L.C. poderia cometer algum ato impensado, pois até já tentara se matar, decidia **retratar-se da representação**, sendo certo que acompanharia a vida diária da filha.

Laudo do IML, fls. 35, de setembro de 2010, registra que, na primeira visita, a menor se alegara menstruada e querer fazer o exame com mulher, confirmando a perda antiga da virgindade. Às, fls. 37, o primeiro laudo, de maio, descreve informações da menor no sentido de ter mantido relações desde os doze anos, **com o conhecimento de sua mãe, sem nunca ter sido forçada, recusando-se a ser examinada**.

À vista dos autos, manifestou-se o ilustre e judicioso Promotor de Justiça, MARCUS EDOARDO DE SÁ EARP SIQUEIRA, pelo arquivamento, fundado em erro de proibição, falta de comprovação do dolo e, portanto, do elemento subjetivo do tipo, existência de fatos que afastavam a mera presunção da violência, o aprofundamento de uma relação consentida pela menor e pela família, bem como a falta de provas de que o autor conhecesse a idade da vítima. Apoia-se em decisões emanadas do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado.

Divergiu, contudo, o nobre Julgador da 2ª Vara Criminal de São João de Meriti, sustentando-se em que se trata de presunção absoluta, que torna irrelevante o consentimento, o comportamento, a compleição física da vítima.

É o relatório.

Vivemos um momento delicado, com a sociedade acossada pela violência crescente, pela pobreza não erradicada, pelo tráfico de drogas, pela dissolução dos

costumes e, conseqüentemente, da família, como centro de apoio e proteção aos jovens e idosos, relegados a doloroso abandono.

Ao mesmo tempo em que setores organizados lutam pelo endurecimento cada vez maior da repressão penal, mantém-se, em nome de um combativo direito de liberdade da mídia, como um todo, um enorme manancial de exemplos e sugestões de condutas que atentam frontalmente contra a eficácia do aparato legislativo.

Estão à distância de um clique na televisão ou na *internet* e no celular todos os tipos de devassidão, pornografia, pedofilia, e aulas especializadas de violência, expressas em filmes e *games*, *viciantes em roubos e mortes, de livre aquisição e uso*. Em recente caso de um menor envolvido em roubo de carro e morto por policiais, em SP, soube-se que costumava *jogar em uma lan, na favela, um game em que o personagem saía pela cidade a roubar carros*.

Assiste-se, comumente, a crianças de tenra idade, levadas pelos pais, evidentemente com autorização judicial, para participar de programas televisivos, em números de dança e trejeitos de fazer corar a muito adulto, na imitação *inocente*, mas didaticamente perigosa, de artistas de vida pública quase sempre com final infeliz, sob delirantes aplausos dos senhores telespectadores e daqueles que frequentam auditórios.

Pretende-se, nas escolas ainda destinadas ao público infantil, em nome do **necessário** combate à homofobia, estimular a “escolha sexual” da **criança**, havendo mesmo quem proponha o fornecimento **precoce** de hormônios que desenvolvam, na parte física, eventual tendência ou **opção de gênero**.

Fornece, o Governo Federal, a meninas **a partir de nove anos**, conforme o Blog do Ministério da Saúde, datado de **9 de março de 2015**, vacina contra o HPV, doença venérea transmitida pelo contato direto com pele ou mucosas infectadas **por meio de relação sexual**:

“SUS oferta vacina contra HPV para meninas de 9 a 11 anos”.¹

Entre poderes e poderosos, leis contraditórias, interesses confessáveis ou não que influem na gestação legislativa, sobrevive a sociedade real, em grande parte amontoada em casas humildes, de poucos metros quadrados, *sufocada pela violência, pela promiscuidade, pela ignorância, pelos manda-chuvas locais, milícias e traficantes*.

Lá, onde vive a maioria das pessoas sobre quem recai o império da lei, que deveria ser para todos, um dia, dois jovens se apaixonam. Talvez o rapaz parecesse mais jovem que seus dezenove anos reais. A mãe da moça assim pensava.

Começam a **namorar**, com o consentimento de todos, parentes de um e outro, vizinhos próximos na comunidade.

Mas o que vem a ser o *namoro na sociedade real de hoje*? Ficar platonicamente próximos, ele e ela, entre olhares apaixonados, com um jarro ou uma tia no meio?

¹ Importante salientar que, quando recomendada pelas autoridades sanitárias, a vacinação de menores tornou-se obrigatória, na forma do art. 70-A § 1º do ECA, conforme texto introduzido pela Lei nº 13.257, de 2016.

Responder a isso afirmativamente equivale a assinar uma confissão de hipocrisia grave.

No entanto, o que é “namorar”, “ficar” ou outras formas de relação afetiva, tal como compreendidas entre os comuns, mesmo sob a lei antiga, **uma vez presumida a violência em se tratando de menor de quatorze anos, já constituía atentado violento ao pudor**, na forma do revogado art. 214 do CP, que definia: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique **ato libidinoso diverso da conjunção carnal**” (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90) passando a integrar, a partir da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, o novo delito de **estupro**, conforme atual redação dos artigos 213 e 217-A do Diploma Repressivo:

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*.

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

Destarte, desde o primeiro beijo, para não ir adiante, estava consumado, no caso dos autos, o **atentado violento ao pudor**, uma vez que a jurisprudência da época já assentava que **menor de quatorze anos não tem capacidade para nele consentir**.

Para driblar eventual aberração legal diante dos casos concretos, passaram, inúmeros Julgados, a excluir do conceito até mesmo o beijo **lascivo**, de tratamento abrandado para mera contravenção penal, quando não considerado um **nada**, pelo princípio da *insignificância*, ou, ainda, constitutivo de uma *criada modalidade tentada*, em nome da proporcionalidade entre o mínimo e o coito consumado.

Afinal, oito anos, na mais reduzida hipótese, por um beijo consentido de uma menor, é algo que abala o julgador, *seu bom senso, sua consciência*, o princípio fundamental da equidade, *da justiça do caso concreto*.

De seu turno, a Wikipédia, a *enciclopédia da rede*, contém um verbete definindo **ato libidinoso**, ainda em face da definição antiga do art. 218 do CP (revogada pela Lei nº 12.015/2009), em que (*ai dos que por ela se orientarem, sem se dar conta de que a palavra final nessa interpretação cabe aos aplicadores da lei*) exclui do conceito uma série de atos e carícias de natureza sexual.

Com efeito, em posição diametralmente oposta, o Colendo STJ decidiu:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

ATOS LIBIDINOSOS DEMONSTRADOS. BEIJO LASCIVO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Não há falar em inépcia formal se a denúncia descreveu a conduta delituosa de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, como a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal. 2. Hipótese em que o órgão acusatório apontou objetivamente o ato criminoso imputado ao paciente, consistente na prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante *violência presumida*. *Foi descrito que o paciente teria atraído a menor para sua residência, após o que “agarrou” e “beijou” a vítima, com 12 anos de idade, sem o seu consentimento. Narrou-se, ainda, que em consequência dos atos do paciente a vítima estaria com o zíper de suas vestes aberto.* 3. *É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o beijo lascivo pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hábil a caracterizar o delito descrito na anterior redação do art. 214 do Código Penal, em sua forma consumada.* 4. *No caso, as instâncias ordinárias, analisando detidamente as provas produzidas nos autos, concluíram que o paciente praticou atos libidinosos contra a vítima, jogando-a na cama, beijando-a de forma lasciva e abrindo o zíper de sua roupa. Tais atos, como visto, são suficientes para caracterizar o delito pelo qual foi condenado.* 5. *Não se mostra possível, na via eleita, alterar a conclusão a que chegaram o Juiz e o Tribunal de origem acerca dos fatos, pois inviável, nesta sede, analisar profundamente as provas produzidas.* 6. *Ordem denegada.*

(STJ – HC: 105673 CE 2008/0095693-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 01/09/2011, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2011)

Por sua vez, a Suprema Corte do País, no *HABEAS CORPUS* 112.170 DISTRITO FEDERAL, Relatora, a Min. Rosa Weber, apreciando hipótese de condenação pelo Egrégio STM, também por **atentado violento ao pudor**, em local sujeito à administração militar, em caso de *beijo lascivo em menor*, denegou a ordem, à unanimidade, por sua Primeira Turma, aos 23 de fevereiro de 2013. O aresto castrense, impugnado pela via heroica, definia a conduta como **“ato lascivo voluptuoso e concupiscente direcionado à satisfação de instinto sexual”**.

Considerada a visão do Legislador e das Cortes Superiores, a menor ofendida, segundo se apura neste inquérito, vinha sendo vítima de **atentado violento ao pudor**, pelo jovem namorado, **com conhecimento e consentimento de seus responsáveis**.

Perturbado pelo “namoro” o relacionamento da mãe com seu companheiro, veio a proibição, seguida de uma **tentativa de suicídio da jovem**. O gesto desesperado motiva nova autorização **materna**, desde que *às escondidas do padrasto*.

Posterior ciência dele resulta em duas surras na menor, a golpes de cinto, causando-lhe lesões corporais, nunca apuradas, mas de ciência geral.

A “correção” violenta não abala o casal em sua **firme decisão de morar juntos, de se casar**. Como modernos Romeu e Julieta, desta feita autorizados por Montecchios e Capuletos, **mas proibidos por lei**.

A jovem foge de casa. Sem ter onde abrigar-se, é acolhida pela família do namorado. Com carinho e compreensão. Com solidariedade humana.

Querem promover o casamento. **Regularizar a situação**. São pessoas humildes e trabalhadoras, segundo a genitora da ofendida.

Mas a Lei não permite. Não podem mais. Foi extinto até o antigo poder judicial de consentir, através do vetusto “suprimento de idade”²², instituto que permanece em outros países e foi objeto de Tratado firmado pelo Brasil³³.

Seria ou não impositivo o Tratado? Discute-se, mas, enquanto se desenrola o acadêmico debate, a lei interna determina: **dezesseis anos**. Ponto final.

Espera-se, talvez, que a norma prevaleça. Que seja didática, que seja eficaz, com o evidente e louvável intuito de proscrever abominável pedofilia que grassa entre todas as classes sociais.

Mas que o faça por sua própria força, sem extirpar da tevê aberta as aulas diurnas de libertinagem explícita, tanto da programação diária, como inserta na publicidade de horários livres. Sem o cancelamento das autorizações *legais* para bailes, baladas e *shows*, com todo tipo de excitação ao sexo, quando não às drogas.

Como se a disposição legal tivesse o condão de evitar o beneplácito dos pais contemporâneos, que perderam há muito a autoridade e cedem *a proteção do próprio leito*, para não verem expostos, os filhos, aos percalços da rua ou dos motéis.

No caso dos autos, acuados os personagens pela vida real, *celebra-se, por Capuletos e Montecchios, uma solene entrega da menor à guarda do indiciado*, com a promessa materna de ajuda na compra de bens essenciais.

Surpreendentemente, porém, para todos os envolvidos, logo depois, K. vai à DP. Faz o registro de estupro de vulnerável, já então em vigor. Aliás, ensaia uma então caduca **representação**.

² 2Art. 1.520 Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. No entanto, poucos anos após, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005 revogava o dispositivo salutar que permitia o casamento como extinção da punibilidade (art. 107, VII, do antigo texto do CP)

³ 3Art. II7 da Convenção sobre Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamento, adotada pela Assembleia Geral da ONU aos 10 de dezembro de 1962, e posta em vigor em nosso País através do Decreto-Lei nº 659/1969.

Soa bastante provável, diante do que afirma a genitora no Registro de Ocorrência, que, ao comparecer ao Conselho, preocupada com a fuga da menor, após a surra de cinto, tenha sido advertida de uma possível imputação penal por sua convivência ao namoro. Teve medo e desistiu de *consentir no casamento impossível*.

Foi a única iniciativa de que se tem notícia no âmbito do Conselho.

Feita a **representação** materna, desencadeia-se verdadeiro desastre familiar. A mãe repensa o ato e volve à Delegacia para **retratar-se (fls. 31)**.

Passam-se meses, cinco anos. A vida como era, continuou. Sem nada crescer-se no procedimento, senão as peças técnicas.

O ilustre Representante do MP na Comarca, MARCUS EDOARDO DE SÁ EARP SIQUEIRA, com muita sensibilidade, requer o arquivamento, tentando colocar uma lâpide sobre os fatos.

O pleito é indeferido e chega a esta Casa, na esteira do art. 28 do CPP.

O caso foi exumado e impende solucioná-lo.

Parece fácil tomar o rumo frio da lei ou de decisões que mal repassam a prova, nas revisões Superiores.

Ao decidir recurso **repetitivo**, o Egrégio STJ, com todas as vênias, toma por parâmetro o caso de **uma criança de oito anos** e, portanto, que não alcançara a adolescência, a puberdade, aquela zona etária efervescente a que o legislador do ECA conferiu inclusive responsabilidade infracional e a que, volta e meia, se pretende estender a imputabilidade penal. Firma, aquela Corte Egrégia, aos 26 de agosto de 2015, o entendimento de ser irrelevante o consentimento da menor de **quatorze anos** (RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881 – PI (2014/0207538-0) para a caracterização do estupro de vulnerável.

Muitas perguntas martelaram os pensamentos e noites da signatária. Qual a lei predominante? Como desatar esse “nó górdio”, sem ser Alexandre, o Grande?

Aplicar a repressão penal, o antigo axioma *dura lex sed lex*, como a Justiça cega de *Sebastian Brant*, em seu poema *Narrenschiff* (A Nau dos Insensatos), ou aquela legislação que, na outra ponta, estipula outros preceitos?

Não estabelece, acaso, o ECA, em seu art. 100, princípios que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários; o interesse superior da criança e do adolescente; a intervenção **precoce** (hoje excessivamente tardia); a intervenção **mínima**; a proporcionalidade e **atualidade**, adequadas **ao momento em que tomadas**; a prevalência da família; **ao direito de ser ouvido sobre seu destino e direitos**? Não dispõe, seu art. 17, sobre o direito ao respeito a sua inviolabilidade física, psíquica e moral?

Não prescreve, seu art. 70-A, inciso IV, o **apoio e incentivo à resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra criança e adolescente?**

Estamos, porém, em sede penal.

Compete ao Ministério Público, a esta Casa, defender sem tréguas e implacavelmente a sociedade que representa e a aplicação estrita da lei.

Adotar-se a tese proposta pelo ínclito Magistrado e com base nesse posicionamento jurisprudencial, impor a simultânea imputação de coautoria, aos responsáveis por M.R.L.C., pela longa e, depois, definitiva, anuência ao relacionamento.

Seria razoável tal proceder? Que conduta seria exigível àquelas pessoas comuns, aturdidas com o drama familiar? Que atitude adotar depois de uma tentativa de suicídio e uma fuga da menor, depois de surrá-la com cinto? Na Idade Média, a menina poderia ser coagida a entrar em um convento. Décadas atrás, era comum, em um colégio interno. Mas esse tempo passou.

Como nos povos primitivos, em assembleias tribais, tumultuada reunião concluiu que a única saída era entregar a menor à **guarda** do indiciado e sua família. E, claro, encerrar o assunto na Delegacia.

Examinado, o fato, tantos anos **depois**, quando a ofendida já deve computar quase vinte anos e o indiciado quase vinte e seis, juntos ou quem sabe separados pela própria vida, sob sequelas irreparáveis, o acolhimento da decisão indeferitória desaguaria, também, em nome da obrigatoriedade da ação penal pública, em uma denúncia contra o acusado por crime que lhe custaria o mínimo de **oito anos de reclusão**.

Optou, a douta Promotoria, pelo arquivamento.

Considerou faltante a prova da ciência da idade, a ensejar um erro de fato.

Não é de todo inviável essa tese. Mas, como assevera o nobre Magistrado, devia existir esse conhecimento, visto que o namoro foi longo e eram vizinhos.

Existiria o erro de proibição, como também aventado?

É uma grande pergunta. Abre um leque de indagações, eis que mesmo em Altas Cortes é preciso garimpar entre muitas pedras para encontrar o que realmente vigora no País.

Lembra esta Assistente, anos atrás, Procuradora perante uma Câmara Cível, ter visto um eminente e culto Desembargador determinar que **a parte provasse a existência da lei, diga-se de passagem, federal**.

Nós, também, que lidamos com a evolução legislativa, a ela não só atentos como ainda alertados das alterações frequentes, tantas vezes precisamos consultá-las, minuciosamente, surpreendidos por sucessivas inovações multiplicadas por novas e diversificadas exegeses, inclusive importadas de outros sistemas.

Vigora, todavia, e não nos pejarmos de respaldá-lo, nos atos que firmamos, o *preceito do art. 21 do CP, que considera inescusável o desconhecimento da lei*.

Imposto o exame objetivo do caso concreto, indaga-se, esta Assistente: afinal, no conhecimento do homem médio, *namorar, nos moldes atuais e modernos, a menor de quatorze anos constitui estupro ou, antes, constituía atentado violento ao pudor?*

Quicá, algum mais precavido e frio, *atenado*, sem as motivações da paixão, recorresse ao Google. Iria à Wikipedia. Acharia que não. Acreditaria que não. É uma enciclopédia, disponível a todos, confiável para muitos. Armazena, exatamente, *o conhecimento comum a todos, compartilhando informações*. Existe, ali, até um “Portal do Direito”.

Independentemente de qualquer consulta, porém, não se pode negar que, para a grande maioria da população, mesmo nas camadas mais letradas, bem informadas, **para haver estupro**, como pensava a mãe da menor, é e **era necessária** a conjunção carnal, o coito, ou ato **equivalente**.

Por isso consentira **no namoro**.

Sem imaginar sequer, no ambiente limitado e precário em que vivia, que, na ótica dos Tribunais Superiores, já existia o crime.

Os jovens namoravam. Sem o jarro no meio. Sem a tia na sala. A mãe sabia e permitia. Todos sabiam.

Quando a genitora menciona *mais ou menos seis meses antes*, está-se referindo, evidentemente, à **ciência das relações sexuais**.

No entanto, o fato principal, o **namoro** que constituía, pela incapacidade da menor de consentir, um **atentado violento ao pudor**, começara sob suas bênçãos muito tempo atrás, tempo que os testemunhos firmam em cerca de um ano antes de eclodir o registro na DP.

Um ano antes da representação significa **maio de 2009**.

O texto penal em vigor, àquela época, art. 225, estabelecia que, nos casos de crimes contra os costumes e a liberdade sexual, a ação penal era **privada**, mas, se a vítima não tivesse como prover as despesas do processo, procedia-se mediante **representação**.

Foi essa a iniciativa materna. E dela **retratou-se no mesmo mês do registro, em maio de 2010**, conforme fls. 31, **quando já vigente a nova lei**.

Ocorre que, independentemente da **retratação**, no caso tão ineficaz quanto a própria **representação**, iniciado o prazo de seis meses para representar contra o acusado, a partir do conhecimento do **fato**, portanto, do **namoro**, conduta complexa e evolutiva por natureza, **definido então como atentado violento ao pudor** e considerada a lei mais benigna, operou-se a **decadência** por decurso de tempo fatal e insuscetível de interrupção, na forma do art. 107, IV, c.c. 103 do Código Penal, sendo vedado pelo art. 5º, XL, da Magna Carta, retroagir a lei nova, senão para beneficiar.

Em Direito Penal, sublinhe-se, o parâmetro são os **fatos**, *independentemente de sua definição típica, tal como deles teve ciência a mãe da menor, um ano antes de comparecer à DP, época em que a legislação era mais benevolente e emprestava maior ênfase à privacidade da vítima e de sua família*.

Na verdade, no caso *sub censura*, sequer se trata de irretroatividade da *novatio legis in pejus*. Cuida-se de típico exemplo de **ultra-atividade de lei mais benigna**.

No julgamento do RE em Repercussão Geral que analisava a minorante do art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/2006, em conjunto com a Lei nº 6368/1976, o Pretório Excelso assentou:

No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retro incidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, **a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo**: o art. 12 da Lei nº 6.368/1976, a incidir por **ultra-atividade**. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal (STF. RE 596152 RG / SP. Rel. p. Ac. Min. Ayres Britto. Pleno. Julg. 13.10.2011). No mesmo diapasão: A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/1976". (STF. HC 95435/RS. Rel. p. Ac. Min. Cezar Peluso. 2ª T. Julg. 21/10/2008).

Tratando-se de matéria de ordem pública que pode e deve ser suscitada em qualquer tempo ou instância, independentemente de provocação, opina-se, sob esse enfoque, por que se insista no pedido de arquivamento.

Rio de Janeiro, 6 de junho de 2016.

SONIA SIMÕES CORRÊA FORTES

Assessora Criminal

APROVO

ANTONIO CARLOS BISCAIA

Assessor Chefe Criminal

Processo **0074110-41.2016.8.19.0054**

MPRJ 2016.00436007