

INTRODUÇÃO

A infância, em segmentos sociais periféricos, pode apresentar-se forjada num contexto de sexualização precoce e com o objetivo de superação das limitações impostas pelo rebaixamento econômico e cultural. Essa superação pode ser alcançada por atitudes de protagonismo, como pela formação de uma nova família, ou simplesmente pela gravidez. Conforme registrado por Alberto Olavo Advincula Reis e Nancy Ramacciotti de Oliveira-Monteiro (2007), em pesquisa feita com jovens de 14 a 19 anos, moradores de favela, participantes de um projeto de iniciação artística na região de Santo André (SP),

A respeito dos motivos referidos sobre o que levaria uma adolescente a engravidar, houve diferenças interessantes nos subgrupos das meninas e dos meninos. Elas indicaram mais motivos como: vontade de ter a própria família, gostar de crianças, sentir-se só, e brigas e tristezas com a família. Já os meninos escolheram mais frequentemente como indicação de motivos para a gravidez de uma adolescente: falta de opções de vida, falta de lazer e falta de oportunidades para estudar e trabalhar.

De seu turno, o direito penal, associado a outros campos de atuação do direito, reproduz uma idealização da classe dominante (burguesia) da infância e da adolescência, Tal idealização se expressa no sancionamento de certos comportamentos, dentro da lógica de que à lei criminal compete resguardar direitos por meio do castigo imposto à conduta que em tese os afronta. Como na observação de Marilena Chauí,

Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes (1994).

Nessa tarefa a que se obriga, o direito penal mostra-se guiado pela idealização de uma infância edulcorada segundo os parâmetros culturais da classe dominante, a burguesia. Esta configura uma minoria que, detendo o poder econômico, graças à propriedade dos meios de produção, impõe valores tendentes a assegurar seu padrão e que são reproduzidos pela classe média. Dessa forma sanciona práticas comumente associadas àquilo que constitui o cotidiano da vida na periferia, marcada pela aglomeração populacional em espaços exíguos, pela educação oferecida pela mídia eletrônica e, sobretudo, pela ausência de perspectiva de ascensão econômica, social e cultural. Como anotam Karen Murakami Yano e Moneda Oliveira Ribeiro, a partir de pesquisa realizada com quarenta e duas crianças de seis a doze anos de idade,

[...] muitas vezes, os adultos são inapropriados em relação à sexualidade infantil, são descuidados em relação a seus comportamentos sexuais. Tornam acessível à criança um ambiente erotizado. Desse modo, impõem um padrão de comportamento na ótica da sexualidade adulta. Ambientes muito erotizados podem gerar incômodos à criança e, num dado contexto, podem configurar uma forma de violência contra ela. Essa imposição dificulta a manifestação da sexualidade infantil e ainda leva a criança a reproduzir o comportamento sexual adulto em suas próprias brincadeiras. Em consequência, as compreensões são construídas em função das interpretações de experiências impróprias à fase do desenvolvimento dela. As mensagens subliminares vão sendo registradas na mente da criança de forma mal elaborada (2012).

Mais ainda, ao fazê-lo, o direito criminal orienta-se de acordo com uma tipificação excessivamente aberta de condutas, permitindo que essa vagueza conceitual e descritiva sirva de abrigo a variadíssimos comportamentos, cuja interpretação fica na dependência de como serão avaliados concretamente pelos agentes do sistema de justiça penal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário). Para Lenio L. Streck e José Conrado Kurtz de Souza (2020),

A excessiva abertura semântica que já existia na anterior fórmula “...ato libidinoso diverso da conjunção carnal” do Atentado violento ao Pudor (no revogado Art. 214 do CP), agora com leve alteração de roupagem: “outro ato libidinoso” (Artigos 213 e 217-A), transportava e segue transportando sensível perigo de contrabandos moralistas e subjetivistas para dentro dos julgamentos dos crimes sexuais.

E acrescentam que “tudo pode ser outro ato típico se compreendido pelo intérprete como libidinoso”. Para enfim concluir que

[...] o legislador brasileiro, enfatize-se, ao aglutinar condutas incriminadoras de tamanha diversidade em mesmo tipo penal, atribuindo a mesma sanção penal inicial, caracterizou, dentro do sistema penal vigente, flagrante incoerência endonormativa (Luciano Feldens), que expressa excesso de ação estatal [...].

Ora, surge como verossímil que, para os segmentos socialmente subalternos - que sofrem mais duramente a exploração de seu trabalho, figurando como trabalhadores precarizados ou como exército reserva de mão de obra, a sexualização da vida se antecipe aos marcos do parâmetro legalmente delineado, de tal maneira que os jovens recém saídos da infância - que a legislação demarca até os doze anos de idade - sintam-se estimulados e plenamente autorizados a interagirem sexualmente, sem se considerarem desviantes do padrão considerado *normal*.

Nessa condição, não estariam se afastando de modos de vida socialmente adequados, eis que, na sua perspectiva, a busca por se mostrar homem, ou mulher, exibir capacidade de se

autodeterminar e eventualmente constituir um novo núcleo familiar, é justamente o que configura aquilo que deles é esperado.

Do ponto de vista do direito penal, essas condutas poderiam, em tese, ajustar-se à figura do chamado erro de proibição, que define uma situação em que o agente de uma conduta supostamente criminosa acredita sinceramente que aquilo que faz se trata de atitude lícita e perfeitamente adequada aos padrões legalmente traçados como devidos.

Esta pesquisa trabalha com a hipótese de que usualmente casos judicialmente classificados como crimes sexuais expressem o resultado de uma colisão entre um parâmetro ideal de infância e adolescência colocado a partir de uma perspectiva dos segmentos socialmente dominantes, como uma outra face da exploração econômica que exercem sobre as camadas subalternas, que encontra abrigo numa legislação penal perigosamente vaga, a permitir o impacto da repressão, que é justamente dirigida a tais segmentos subalternos; e que estes, devido a um processo de sexualização antecipada, próprio de sua posição periférica, que lhes nega acesso à riqueza social - em quaisquer aspectos -, não vislumbram absolutamente qualquer inadequação de seus comportamentos, donde seu possível - e discutível - enquadramento naquilo que a própria lei criminal designa como erro de proibição.

O trabalho tem como eixo condutor o estudo de casos judiciais tendo por objeto algo classificado em tese como crime de estupro de vulnerável e apresenta-se distribuído em três capítulos: o primeiro abordando a sexualização da população marginalizada em confronto com a idealização burguesa da infância e da juventude; o segundo constituindo uma resenha dos referidos casos submetidos às instâncias do Poder Judiciário; e o terceiro oferecendo os contornos jurídicos do assim denominado erro de proibição, que desafia a potencial consciência da ilicitude da conduta como requisito da punição criminal. Trata-se de pesquisa bibliográfica, que também se vale da experiência profissional dos autores, e adota o método indutivo.

1. A INFÂNCIA E A SEXUALIZAÇÃO PRECOCE

O capital, para se reproduzir numa sociedade de classes, utiliza o trabalho humano, do qual extrai mais valia e assim o ganho. Na transformação da natureza é apenas o trabalho que gera um sobrevalor naquilo que então se converte em mercadoria. O capital não pretende ter fronteiras para sua multiplicação e assim procura sempre ampliar seus horizontes, transformando tudo que pode, de bens materiais a imateriais, incluindo o próprio homem, em mercadoria. Nas sociedades periféricas, conhecidas como terceiro mundo, que se formaram em

territórios invadidos por forças dos países a seu tempo hegemônicos, abre-se um fosso entre os detentores do grande capital e dos meios de produção, parcela ínfima da população, e todos aqueles que a eles vendem sua força de trabalho, que compõem a maioria. Estes, normalmente com dificuldades elementares, só a muito custo logram organizar-se e assim representar uma força capaz de se contrapor ao capital, mesmo que não seja para contestá-lo, mas simplesmente para reivindicar acesso a parcelas da riqueza que produzem com seu trabalho. Vivem, então, numa espécie de segunda periferia, apartados do produto de seu trabalho e, conseqüentemente, daquilo que representa seus desdobramentos, como a produção cultural e intelectual, o acesso às instituições, aos serviços de saúde e de educação formal e a outros benefícios decorrentes da reprodução do capital.

Nesses imensos espaços de exclusão e, muitas vezes, de miséria, as massas exploradas e excluídas submetem-se a *consumir* os valores culturais que são determinados pela burguesia: quem tem o poder econômico possui igualmente o poder de ditar os parâmetros culturais que formam a subjetividade da maioria (Marx, 2005). Nesse processo exerce relevante papel a classe média, que se constitui nas franjas superiores da população trabalhadora e, ainda quando possuidora de pequenas unidades de meios de produção, é, como os que apenas vendem força de trabalho, inteiramente dependente da burguesia, a quem imita, de quem procura aproximar-se e cujos valores busca devotadamente reproduzir, muito contribuindo como formadora do universo simbólico da classe trabalhadora, ou proletária.

Assim é que, naquilo que interessa ao presente trabalho, pode-se dizer que é a classe média a principal correia de transmissão da burguesia e exerce tal papel no sentido de idealizar uma infância e adolescência nas quais, sub-repticiamente, se forjam subjetividades úteis para a reprodução do capital: o futuro homem trabalhador, leal ao patrão etc. e, na sua formação moral, alguém mantido livre do contato com qualquer manifestação de sexualidade – pois esta, uma vez fora de controle, pode significar o questionamento de categorias importantes para a manutenção do modelo econômico, como a monogamia e a heterossexualidade. Ao moldar um perfil ideal de criança e adolescente, o pensamento dominante traça uma figura imaginária, sem existência concreta, somente possível nos estritos espaços da classe dominante e de frações de uma classe média com recursos suficientes para conseguir manter seus filhos longe dos ambientes de socialização em que predomina a presença massiva da classe subalterna.

Mas essa idealização não corresponde, no universo das camadas situadas nas margens mais extremas da exploração, à realidade histórica de suas vidas. Alojadas nas periferias das cidades, ou no campo, nas áreas menos valorizadas pelo mercado imobiliário e onde os recursos

públicos chegam mais precariamente, ou não chegam, elas comumente vivem em espaços diminutos e em grande número. São frequentes habitações que compartilham o mesmo quintal, assim como simples barracos contíguos, em que vários núcleos familiares se adensam e nos quais a convivência entre adultos, adolescentes e crianças é contínua e fisicamente próxima. Nesses espaços é compreensível que questões como privacidade, intimidade, higiene pessoal, preservação da inocência infantil e o mero exercício da mínima liberdade individual sejam atendidas precariamente e, por vezes, coletivamente. Dessa maneira, o contato de crianças e adolescentes com o tema do sexo, dentre outros, ocorre de modo inevitável e precoce. A isto se ajunta a ação das mídias, notadamente a televisiva, cujo compartilhamento é compulsório. Segundo outra anotação de Yano e Ribeiro, que principiam reportando narrativa de uma das crianças entrevistadas,

“A maioria do pessoal em casa quer ver BBB, aí assisto junto [...]. Eu vejo Big Brother lá em casa com todo mundo antes de ir dormir” (M1-P3).

[...] As crianças entrevistadas viviam em famílias de condições socioeconômicas precárias e moravam em pequenas habitações insalubres, compartilhadas com muitas pessoas e com pouco espaço para o lazer. Elas não podiam brincar na rua por ser perigoso, então a televisão era uma das poucas atividades de lazer que lhes restavam. Assim, elas passavam a aprender sobre sexualidade a partir do que assistiam na televisão. Em momento em que o desenvolvimento sexual ainda está sendo construído, a televisão, sutilmente, exerce papel de ditador de verdades. As crianças, sem a capacidade para compreender e julgar o conteúdo que assistiam, assimilavam as ideias passadas pela mídia como fatos corriqueiros da vida (op. cit.).

Aquela infância e adolescência idealizadas pela burguesia e propagadas pelo aparato ideológico posto a seu serviço (Althusser, 1998), além de estruturadas pelo arcabouço legal, não correspondem absolutamente à realidade concreta da maioria. Mas isto não a impede de estar submetida às normas estatais, que utilizam o parâmetro dessa idealização. Dá-se aí uma compreensível colisão entre a realidade da camada periférica e o universo simbólico da burguesia e da classe média. Mas como a periferia absorve também parte dessa idealização, ela entende desejáveis valores como família, procriação e vida independente, enquanto, no seu cotidiano, todavia não se concretize, por impossibilidades materiais, aquele padrão de infância e adolescência que a narrativa dominante – e as leis – impõem. De acordo com outra anotação de Reis e Oliveira-Monteiro,

As situações psicossociais de jovens das periferias sociais de grandes cidades são próprias de uma inserção na pobreza, e até no desamparo social, que é mesclada com componentes de referências de riqueza, fragmentos e símbolos da sociedade globalizada [...] (op. cit.).

A partir desse ponto é que se coloca a tensão entre um padrão legal de preservação dos direitos da criança e do adolescente e aquilo que constitui o comportamento sexual das pessoas. Estas, por vezes inadvertidamente, porque habituadas a um cotidiano de exposições ao sexo, mas idealizando uma *libertação*, pela via de uma relação estável, ou mesmo de uma gravidez, podem entender-se legitimadas, por suas carências e desejo de protagonismo, a interagir sexualmente com terceiros, independentemente de suas idades. De novo, para Reis e Oliveira-Monteiro,

Dentre os resultados da investigação com aqueles jovens, pode-se salientar que eles mesmos consideravam que as forças das carências seriam os principais motivos para uma adolescente engravidar. Nas óticas femininas, essas carências estariam especialmente circunscritas nos sentimentos de solidão, enquanto que nas masculinas, na falta de opções de vida e na falta de oportunidade para estudar e trabalhar (op. cit.).

É justamente nisso que pode ocorrer um perigoso descompasso entre a conduta que tal indivíduo entende como socialmente adequada e as proibições legais, especialmente aquela resultante da lei penal, em virtude das severas consequências de sua possível aplicação. Mais especificamente, é possível – e frequente – que jovens – comumente adolescentes a partir dos doze anos e antes dos quatorze – se relacionem sexualmente com outras pessoas, de maior idade, chegando às vezes a gerar prole e até constituir família, tudo com a anuência dos seus responsáveis e apoio do núcleo social que compõe o seu entorno. De acordo mais uma vez com Reis e Oliveira-Monteiro, “todos os já iniciados, haviam tido sua primeira relação sexual antes dos 17 anos, com maior ocorrência nas idades de 13 e 14 anos, nas meninas, e de 14 anos, nos meninos” (op. cit.).

Pois bem, segundo a lei penal em vigor, a pessoa que se relaciona sexualmente com menor de quatorze anos comete um dos delitos mais graves da legislação em vigor, punido com pena superior à do crime de homicídio simples. O embate que então se coloca situa-se nas fronteiras daquilo que o direito penal propõe para constituir-se como instrumento de equilíbrio social e desafia sua capacidade de ser compreendido como tal.

2. OS CASOS JUDICIAIS

Este capítulo sucintamente apresenta e analisa três casos submetidos a apreciação e a decisão judicial, que foram escolhidos por suas semelhanças.

Tratam de pessoas acusadas da prática do crime sexual de estupro de vulnerável, definitivamente inocentadas na instância superior pelas turmas com competência penal (5ª e 6ª) do Superior Tribunal de Justiça.

De um lado, os direta e inicialmente envolvidos são jovens da classe trabalhadora com pequena diferença de idade entre si, tidos nos processos como supostos autores ou vítimas dos crimes sexuais, mas que, segundo indicam os elementos que se podem encontrar nos processos, entenderam, assim como suas famílias, que estavam se relacionamentos licitamente.

De outro lado estão os juízes, que, por meio de suas decisões nos processos, provisórias ou definitivas, foram os intérpretes institucionais do Direito e julgaram a partir de suas referências e visão de mundo constituídas socialmente, como bem explica Mascaro,

Os intérpretes não operam isoladamente, a partir de visões originais e neutras, sem um estoque de referências já constituído socialmente. O ato individual do intérprete do direito [...] se instaura a partir de um horizonte de mundo que é em parte individual, mas, acima disso, é necessariamente social.

Ao contrário do que propõem as leituras tradicionais do direito, que entendem tal fenômeno apenas como interpretação da norma jurídica, a hermenêutica não é apenas um momento final ou ocasional do afazer jurídico. Ela é estrutural, pois implica o próprio modo pelo qual irá se compreender e construir o direito. [...] A decisão do jurista, a partir de seus interesses e posições, orienta a escolha das próprias normas e dos métodos hermenêuticos mais apropriados a determinados fins. (2024, p. 277 e 290)

Neste trabalho, a decisão judicial é tida não como o resultado meramente técnico da tarefa do julgador de anunciar a norma aplicável ao caso concreto. É, bem mais que isso, uma atividade hermenêutica de exercício de poder de quem julga em relação àquele que sofre os efeitos do julgamento, atividade que jamais será desinteressada ou desvinculada de fatores externos e subjetivos.

A subsunção dos fatos à norma não é, portanto, imparcial ou objetiva, pois, como novamente explica Mascaro, “aquele que pronuncia o direito na qualidade de intérprete autorizado, na condição de autoridade formalmente constituída pelo Estado, está revestido de um poder que chancela uma determinada visão sobre as coisas. Esse poder fecha hipóteses, torna líquido o que é vago, restringe o que é amplo. (MASCARO, 2024, p. 290)

Passando à exposição dos casos, inicia-se pelo mais recente deles.

Decidido na instância superior pela 5ª Turma do STJ em 12 de março de 2024, passado pouco mais de um mês do julgamento (considerado o período em que escrito este trabalho), ao resultado absolutório declarado no processo ainda se encontram facilmente as críticas dos variados setores, mídia formal e informal, curiosos do Direito, parlamentares e considerável

número de juristas. As manchetes seguem semelhante redação: “STJ afasta estupro em relação de menina de 12 anos com homem de 20”¹, “STJ afasta estupro em caso de menina de 12 anos que engravidou”², “Parlamentares acionam CNJ contra decisão do STJ que não viu estupro após homem de 20 anos engravidar menina de 12 anos”³.

Com decisão final absolutória por 3 votos a 2, os fatos aconteceram em Araguari, cidade do interior do Estado de Minas Gerais, a mais de 500 quilômetros da capital Belo Horizonte, que, com seus pouco mais de 100 mil habitantes, está longe de ser um grande centro urbano.

No polo passivo do processo-crime, um trabalhador rural de 20 anos, processado por estupro de vulnerável por ter se relacionado, emocional e sexualmente, com adolescente de 12 anos, com a que teve um filho. A investigação policial iniciou com a notícia, levada pela mãe da adolescente ao conhecimento das autoridades, de que a filha, desde os 12 anos, vinha se relacionando com o homem de 20, que a havia engravidado.

O que se observa é que o relacionamento do casal, embora não fosse aprovado pela família da adolescente, era dela conhecido e havia começado, pelo que consta dos autos, algum tempo antes de a persecução penal se iniciar por provocação da própria mãe da adolescente.

Na primeira instância, o juízo monocrático de Araguari-MG condenou o acusado por estupro de vulnerável a uma pena de 11 anos e 3 meses de reclusão, dos que, dada a natureza hedionda do crime, ao menos 40% – 4 anos e 6 meses – deveriam ser cumpridos em regime fechado, antes da possível progressão de regime, considerada a sistemática da Lei de Execução Penal.

Já em 2ª instância, sobreveio a absolvição pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dando provimento a pedido feito pelo réu na apelação, de que se reconhecesse ter agido sob erro de proibição invencível. E foi o que se reconheceu: “a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível”⁴. Veja-se a ementa do acórdão:

¹ <https://www.migalhas.com.br/quentes/403318/stj-afasta-estupro-em-relacao-de-menina-de-12-anos-com-homem-de-20>

² <https://agenciabrasil.etc.com.br/justica/noticia/2024-03/stj-afasta-estupro-em-caso-de-menina-de-12-anos-que-engravidou>

³ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/03/19/parlamentares-acionam-cnj-contradecisao-do-stj-que-nao-viu-estupro-apos-homem-de-20-anos-engravidar-menina-de-12-anos.ghtml>

⁴ Decisão proferida pelo TJMG no acórdão

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL. RECONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula no 523 do STF). Cabalmente comprovadas autoria e materialidade do delito de estupro de vulnerável, mas demonstrado que o acusado não tinha consciência sobre a ilicitude da conduta e sendo inevitável o erro, deve ele ser absolvido (art. 386, V218).I, CPP).

No julgamento do processo pelo tribunal superior (STJ) não se revisaram as razões de decidir da 2ª instância, o erro de proibição invencível, mas, entre os votos proferidos, houve algumas discussões sobre o tema, parte das quais, pela sua relevância para a pesquisa, será transcrita.

Em seu voto divergente, uma das ministras da turma julgadora assim rechaça a incidência da excludente de culpabilidade do erro de proibição invencível, embora a ela se refira como excludente de tipicidade:

Não se pode, racionalmente, aceitar que um homem de 20 anos de idade não tivesse a consciência da ilicitude de manter relação sexual com uma menina de 12 (doze) anos. Não se trata, o agressor, do “matuto” exemplificado nas doutrinas de direito penal, ou do ermitão que vive totalmente isolado da sociedade, sem qualquer acesso aos meios de comunicação ou à sociedade.

Ademais, aceitar a incidência de tal excludente de tipicidade sem comprovação inequívoca de seus requisitos, em especial em crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes, pode resultar na definição da responsabilidade penal do ato a partir de uma avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima, o que é inadmissível dentro da doutrina constitucional da proteção integral (artigo 227 da Constituição Federal).⁵

O relator, em resposta, insiste na tese absolutória proveniente da 2ª instância e explica sua excepcionalidade, inclusive com dados estatísticos, apontando que o instituto da *distinguishing* ou distinção incide em menos de 1% dos casos que a ele chegam como crimes sexuais contra vulneráveis:

Em atenção ao voto da eminente Ministra Daniela Teixeira, e, nas suas palavras, **dando às coisas o nome que elas têm**, registro, primeiramente, que o réu nos presentes autos não é coronel nem chefe do pai da vítima, mas sim um **jovem trabalhador rural, humilde e com pouca escolaridade**. Ademais, não se está diante de um grande centro urbano, mas sim de área rural do interior das Minas Gerais.

De igual sorte, relevante registrar, **mais uma vez dando às coisas o exato nome que elas têm**, que a hipótese dos autos não trata de atipicidade da conduta em virtude de eventual consentimento da vítima ou pelo fato de o réu "ser matuto", nem de excludente de ilicitude por paixão. Também não se está diante de erro de tipo, mas sim de excludente de culpabilidade, por **erro de proibição invencível**.⁶

⁵ F. 7-9 do acórdão (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL No 2389611 - MG (2023/0207398-8))

⁶ F. 25 do acórdão (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL No 2389611 - MG (2023/0207398-8))

Ao final, a absolvição no tribunal superior foi mantida – e não só ela, igualmente as demais que serão mencionadas na sequência – tendo como principal fundamento a prioridade absoluta da proteção integral das crianças nascidas das relações a princípio tidas por ilícitas⁷.

Embora relevante, o citado fundamento das decisões não é a base desta pesquisa. No lugar dele aproveita-se a janela aberta – por este julgamento e por seus precedentes – para tratar de tema fundamental: o erro de proibição invencível e o parâmetro que o direito penal, de natureza burguesa, utiliza para definir como criminosas certas condutas e para regular as interações que pretende evitar por meio da ameaça de pena. E nisso se concorda com Juarez Cirino dos Santos, que aponta o sistema penal como mais um instrumento de opressão da classe social periférica:

A política de punição no capitalismo dependente das relações imperialistas globalizadas emprega o sistema penal como guerra - não a guerra inútil contra as drogas, ou contra o crime organizado, por exemplo -, mas a guerra contra a massa de pobres da periferia urbana, na função real de reprodução das relações de produção, com plena imersão do Estado capitalista na luta de classes da contradição capital/trabalho assalariado da sociedade civil. (2021, p. 403)

O segundo processo trata de fatos acontecidos no interior do Estado de São Paulo, e teve também o julgamento final pela 5ª Turma do STJ, em 21 de agosto de 2021, com decisão unânime pela absolvição.

De antemão, destacam-se as certas observações do relator sobre a revogação do antigo conceito legal da presunção de violência, que, em que pese seu desaparecimento há quase 15 anos (revogado em agosto de 2009, pela Lei 12.015) é persistentemente utilizado como fundamento de muitas das condenações por estupro de vulnerável. Ignorar esse dado – a inexistência de violência presumida – é, como ressalta o ministro, curvar-se à responsabilidade penal objetiva dos acusados:

De pronto, esclareço que não há se falar em presunção de violência para tipificação do crime do art. 217-A do Código Penal. Com efeito, referido conceito constava do art. 224 do Código Penal, o qual foi revogado pela Lei n.º 12.015/2009, e, à época da sua vigência, prevalecia se tratar de presunção absoluta. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Contudo, diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

⁷ F. 7-9 do acórdão (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2389611 - MG (2023/0207398-8))

Voltando ao processo: um jovem, com 20 anos à época dos fatos, foi condenado em 2ª instância pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a uma pena de 14 anos de reclusão porque teria cometido estupro de vulnerável em continuidade delitiva contra adolescente de 12 anos.

O caso, semelhante ao primeiro aqui narrado, refere-se ao relacionamento entre um casal de jovens, com 20 e 12 anos, respectivamente, que foi aprovado pelas famílias. Do relacionamento houve gravidez, nascimento de um filho e coabitação, que, ao tempo do julgamento na instância superior, mais de uma década depois, mantinha-se.

O advogado do acusado pediu a absolvição alegando se tratar de "um 'menino' apaixonado por sua esposa e filho, que pode ser preso, acusado de praticar crime hediondo, quando, na verdade, seu erro foi amar uma jovem, com idade próxima à dele".⁸

Trechos das declarações da adolescente tida por vítima e de sua mãe demonstram que os fatos, que no judiciário chegaram como criminosos, por elas não foram vistos como ilícitos: “[...] conheceu o averiguado [...] há aproximadamente um ano e meio: que logo depois de se conhecerem o averiguado pediu permissão para os pais da declarante para namorarem e essa permissão foi dada, apesar da idade da declarante (12 anos)”⁹ e “[...] quando soube do envolvimento da filha com o averiguado [...], de início não concordou, mas depois de conhecê-lo, vendo que era de "família boa", permitiu que namorassem;”¹⁰

Aqui um bom exemplo, na prática, da já mencionada discrepância entre a idealização de infância e juventude, feita por uma classe, e a realidade diária, vivida por outra.

Indo ao encontro do que declaram o advogado do investigado e as pessoas diretamente envolvidas no caso, as razões do relator, apresentadas no acórdão do STJ, merecem destaque:

A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).¹¹

⁸ Retirado da f. 3 da decisão monocrática no Recurso Especial n. 1.919.722 - SP (2020/0307577-5)

⁹ Declarações em juízo da suposta ofendida, transcritas na f. 6 do acórdão no AgRg no RECURSO ESPECIAL No 1.919.722 - SP (2020/0307577-5)

¹⁰ Informações prestadas pela mãe da suposta ofendida, transcritas na f. 7 do acórdão no AgRg no RECURSO ESPECIAL No 1.919.722 - SP (2020/0307577-5)

¹¹ F. 9 do acórdão no AgRg no RECURSO ESPECIAL No 1.919.722 - SP (2020/0307577-5)

O terceiro caso, acontecido no Estado do Mato Grosso do Sul, é peculiar em relação aos demais porque não alcançou a fase processual, a denúncia foi rejeitada pelo juiz de primeiro grau com base em elementos produzidos durante a investigação – declarações e depoimentos na delegacia, e, ao chegar à 6ª Turma do STJ, depois de o Tribunal do Mato Grosso do Sul determinar o prosseguimento do feito, teve encerramento semelhante aos outros dois casos aqui apresentados.

Jovens, de 19 e 12 anos, envolvidos emocional e sexualmente, com a aprovação de suas famílias, que tiveram um filho.

No juízo de origem, a denúncia foi rejeitada por se considerar que, de acordo com o que se apurou no inquérito, a suposta vítima consentiu com a prática sexual, que esteve inserida em um relacionamento afetivo do qual tinha conhecimento sua família. O destaque é que o magistrado de primeiro apontou inconsistências entre o tratamento dado, por um lado, pelo Estatuto da Criança e Adolescente e, por outro, pelo Código Penal, às pessoas com idade entre 12 e 14 anos, assim se manifestando:

[...] entendo ser incompreensível que um adolescente entre 12 e 14 anos possa ter maturidade reconhecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para praticar um ato infracional e sofrer a aplicação de uma medida socioeducativa e, ao mesmo tempo, não possua capacidade ou maturidade para optar ou não em manter relação sexual, mormente no presente caso onde restou demonstrado que a vítima namorou com o acusado, ocasião em que engravidou e teve um filho com o denunciado. O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei específica e que faz uma clara distinção entre criança (até os 12 anos) e adolescente (entre 12 e 18 anos). Assim, não há dúvidas que entre os 12 e os 14 anos de idade, há uma zona limítrofe onde, simultaneamente, uma lei reconhece que a pessoa de 12 e 13 anos pode cometer um ato infracional (por possuir o mínimo de maturidade para receber uma medida socioeducativa e responder pelo ato praticado) e, por outro lado, uma outra lei tolhe a mesma pessoa quanto à sua liberdade sexual, sem sequer permitir a prova em sentido contrário em relação à vulnerabilidade para os atos sexuais.

Ao final de seu voto, prevaleceu para o relator como razão de decidir a proteção ao núcleo familiar, em especial ao filho nascido da relação, mas em seus fundamentos deu destaque para o que é tema desta pesquisa, de que há uma realidade social divergente da idealização e da previsão normativa: “[...] o convívio do denunciado com a vítima, com a ciência e consentimento da família desta, está inserida em uma realidade social em que os jovens têm iniciação amorosa mais precoce.”¹²

3. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E ERRO DE PROIBIÇÃO

¹² F. 6 do acórdão (REsp n. 1.977.165 – MS (2021/0384671-5))

Como se sabe, o direito opera na dimensão do *dever ser*. Ele não cria a realidade, mas a toma por premissa e, ao normatizá-la, atua para a sedimentar, dentro de um mecanismo que assegure a reprodução do modelo de sociedade dado. Pois bem, ao regular as interações individuais, o ramo conhecido como direito penal, define modelos de condutas que pretende evitar, sancionando-as com a pena criminal, assim agindo, em tese, para castigar o infrator e também para prevenir novas infrações. Para o exercício dessa tarefa, constrói categorias que utiliza para apurar o enquadramento de determinada conduta à sua definição legal e o merecimento da pena por parte do suposto infrator. Esse merecimento é determinado pela intenção do sujeito e pelo seu conhecimento quanto a estar atuando ilicitamente. Em outras palavras, por sua má-fé. Essa má-fé está condicionada por aquilo que se tem denominado *potencial consciência da ilicitude*, querendo significar que alguém deve ser punido quando lhe seja possível perceber que o ato praticado é contrário ao direito.

Ora, se a má-fé define o caráter criminoso da conduta de alguém, haverá situações em que, praticando aquilo que a lei descreve como sendo um delito, o agente pode sinceramente ignorar que se trata de comportamento proibido. Aí reside a base para a compreensão do que se denomina *erro de proibição*, que se caracteriza por uma justificada falta de ciência do sujeito quanto a tratar-se de conduta vedada. Justificada exatamente porque, nas circunstâncias, a consciência da ilicitude da conduta não está plenamente disponível para o sujeito. Nisto há uma sutil diferença do desconhecimento da existência de lei: ele julga que a lei lhe permite agir daquela maneira. Na verdade, o erro se dá sobre a proibição da conduta, caso em que, se for um engano justificável nas circunstâncias, fica excluída a má-fé do seu autor. Neste caso ele, naturalmente, não será merecedor da sanção penal que a lei impõe sobre aquele comportamento.

Sobre o assunto se coloca Ney Moura Teles, explicando que

O erro é uma falsa ou inexata representação da realidade. O sujeito, laborando em erro, compreende ou apreende mal os fatos e suas circunstâncias, formando em sua consciência uma inexata representação do que é. O erro de proibição é o que recai sobre o caráter ilícito do fato, sobre a ilicitude, sobre a proibição que incide sobre seu comportamento. Errando, imagina ou supõe que seu comportamento é lícito, permitido, ou não proibido, quando, em verdade, ele o é (2004, p. 297).

O erro de proibição é previsto no artigo 21 do Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação: *O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena*. No dizer de Mariângela Gama M. Gomes (2023), o chamado erro de proibição pode ser sintetizado como sendo uma “hipótese de falta de consciência da ilicitude; não deve ser censurado o autor de um ilícito penal

quando, devido à impossibilidade de conhecer o injusto de sua ação, cometeu o fato sem se dará conta de estar infringindo alguma proibição”.

O erro de proibição insere-se no contexto de análise da culpabilidade, ou o juízo de reprovação que incide sobre o autor de uma conduta supostamente criminosa. Ele compromete a potencial consciência da ilicitude. Assim se manifesta Damásio E. de Jesus:

[...] a potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade. Além de o sujeito ser imputável, é preciso que no momento da prática do fato tenha possibilidade de verificação de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico [...]. Se o sujeito não tem possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada. Surge o erro de proibição: erro que incide sobre a ilicitude do fato. O sujeito, diante do erro, supõe lícito o fato por ele cometido. Ele supõe inexistir a regra de proibição (1998, p. 484).

Veja-se que se trata de uma *causa de isenção de pena*, o que, no âmbito da chamada teoria do crime, significa que o fato praticado continua sendo criminoso - eis que ajustado ao tipo legalmente definido, sendo também ilícito -, mas que o sujeito que o cometeu não merece o castigo penal porque agiu de boa-fé.

Diga-se porém que essa boa-fé, para ser reconhecida como tal, está condicionada a que o autor da conduta não tivesse, naquelas circunstâncias, ou não pudesse naturalmente ter, o conhecimento de que ela era ilícita. Em outras palavras, que ele, sinceramente e sem displicência ou descuido, não tivesse visível em seu horizonte, a ilegalidade do fato cometido. Por tal razão, o erro de proibição somente isentará de pena quando for *excusável*, ou, em outras palavras, *desculpável*.

Isso se coloca porque o direito penal prevê uma situação intermediária, que chama de *erro de proibição inexcusável*, a qual se caracteriza pela prática da conduta de modo negligente por parte do autor quanto a prestar atenção à sua possível ilicitude. Significa que ele, com um pouco mais de atenção e responsabilidade, bem poderia ter tido conhecimento da proibição do comportamento que, descuidadamente, teve. Isto é, com alguma atenção, aquele erro poderia ter sido evitado. O erro de proibição inexcusável não implica em isenção de pena: o Código Penal o denomina erro *evitável* e, para a hipótese de sua ocorrência, prevê a possibilidade de redução da pena de um sexto a um terço, conforme disposto na parte final do *caput* do mencionado artigo 21.

Mas não se há de exigir do agente uma diligência extraordinária, ou uma precisão cirúrgica em sua análise e, menos ainda, um conhecimento técnico do direito, para se considerar que tivesse, em determinadas circunstâncias, condição de conhecer a ilicitude do fato que

praticou. Basta que a ignorância da proibição se apresente como natural à condição média de quantos, naquelas circunstâncias, dotados de padrões culturais e intelectivos semelhantes, provavelmente cometeriam o mesmo erro. Nesse ponto é oportuno observar a opinião certa de Paulo José da Costa Júnior:

Aquele que se conduz convencido de não estar agindo contra o direito, se estiver cometendo algo de injusto, erra sobre a ilicitude do fato. O erro recai sobre aquilo que imagina não estar proibido. Daí chamar-se erro de proibição. A consciência da ilicitude não precisa ser formal ou técnica, isto é, não será mister que o agente saiba que sua conduta se subsume em certo artigo do Código. Basta que seu comportamento contraste com as exigências da ordem comunitária, estando consequentemente proibido (2010, p. 154-155).

E também a de SANTOS

o princípio da culpabilidade, expresso na fórmula *nulla poena sine culpa*, é o segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe punir pessoas sem os requisitos do juízo de reprovação, segundo o estágio atual da teoria da culpabilidade, a saber: [...] b) pessoas imputáveis que, realmente, não sabem o que fazem porque estão em situação de erro de proibição inevitável [...] (2014, p. 24).

Para fins didáticos é usual classificar-se o erro de proibição em duas modalidades: direto e indireto. No caso do erro de proibição direto, o autor do crime “atua convencido de não estar contrariando a norma jurídica. No erro de proibição o indireto, o erro recai sobre a intervenção de uma norma permissiva” (op. cit.), caso em que o sujeito supõe a existência de uma permissão legal para, naquelas circunstâncias, agir daquele modo.

Os teóricos do direito penal costumam trazer exemplos, tirados da jurisprudência, de enredos em que, consideradas as condições do fato e de seu autor, foi acertadamente reconhecido o erro de proibição e houve isenção de pena. Assim é que GOMES (op. cit., p. 89), menciona o seguinte caso de absolvição em crime de apropriação indébita, que tem elementos próximos àqueles que são objeto deste trabalho:

Verificou-se que o réu, que vive dentro de uma reserva indígena e foi acusado de se apropriar indebitamente de bem pertencente à comunidade, agiu assim porque acreditava ser prática comum de cada membro do grupo tomar posse de uma unidade daquele referido bem. Tratava-se, no caso, de uma carroça, sendo que eram concedidas várias deste tipo por programa do governo estadual para a comunidade, para o exercício de atividades rurais. Ademais, o acusado tomou o bem para vender e comprar outro da mesma espécie, o que era autorizado pelos membros do grupo indígena, desde que cientificassem o presidente deste grupo, procedimento que o réu não adotou por não pensar ser necessário. Assim, configurado está o erro de proibição, por ausência da consciência do acusado sobre a ilicitude do fato, excluindo-se a culpabilidade e, consequentemente, o caráter criminoso da conduta (TJRS, Ap. Crim.

Por também de alguma forma relacionar-se com o tema desta pesquisa, transcreve-se mais o seguinte julgado, este trazido por TELES (op. cit., p. 298-299):

Na cidade de Rancharia, os filhos de uma mulher de 18 anos de idade encontravam-se sob a guarda de outra pessoa. A mãe, que costumava passear com as crianças, resolveu, certo dia, levá-los consigo, quando foi obstada no entroncamento da rodovia Raposo Tavares. Interrogada na polícia, alegou não saber que seu comportamento era crime, pois era a mãe das crianças. Foi denunciada pela prática do fato definido no art. 249 do Código Penal: “Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial”. Julgando recurso de apelação formulada pelo Ministério Público o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão relatado pelo juiz Walter Theodósio, assim decidiu: “Tratando-se a mãe do menor de pessoa de pouca idade e simplesmente alfabetizada, a quem pareceu não estar cometendo ilícito penal ao levar o filho consigo, é de se reconhecer o erro sobre a ilicitude do fato em termos inevitáveis, justificando a absolvição com fundamento no art. 386, V, do CPP”.

O que se pode notar, a partir da análise desses dois julgados, é que, como elemento de convicção do juízo, atuaram muito fortemente as circunstâncias que envolviam os autores das condutas, classificadas como criminosas, e o próprio cenário em que cometeram os fatos objeto dos respectivos processos. Em ambos os casos tratava-se de pessoas com reduzida inserção no padrão normatizado – e idealizado - de vida social, visivelmente carentes e em condições de tempo e lugar em tudo favoráveis a que incidissem no erro que cometeram no tocante à proibição das condutas praticadas. Errando justificadamente, os sujeitos demonstraram não possuir uma potencial consciência da ilicitude, diante do que não se mostram merecedores da pena. As absolvições, necessárias e corretas, responderam adequadamente ao descompasso entre suas consciências e práticas de boa-fé e a vedação legal, fruto de uma idealização de sociabilidade expressa no direito, este, como já dito, “o grande instrumento do Estado [... para] o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes” (Chauí, op. cit.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com frequência, têm sido vistas decisões pesadíssimas em casos de crimes sexuais, aparentando crença no remédio penal para um problema cujas raízes estão na situação econômica, na educação e no aprendizado das práticas sexuais - que são muito díspares a depender do extrato social, territorial e étnico dos grupos envolvidos. Notam-se condenações

que superam as penas de homicídios qualificados e que, interpretando literalmente a lei criminal, parecem ditadas por parâmetros simbólicos morais e midiáticos, que aplacam consciências e apaziguam a sanha de setores da opinião pública, por vezes especialmente zelosos em proteger crianças em questões referentes à sexualidade e, ao mesmo tempo, negligentes em fazer o mesmo no que diz respeito ao trabalho infantil, à falta de atendimento à saúde, saneamento básico, previdência e outros, onde as permanentes e conhecidas ausências de atenção misteriosamente não os escandalizam.

O fato que parece subjacente a essa dinâmica é a padronização legal de comportamentos desejáveis por segmentos privilegiados da população, cujas crianças e adolescentes, graças ao acesso a recursos financeiros, podem ser mantidos à distância da brutal realidade das periferias; para estas, habitadas pelos que servem de reserva de mão de obra, resta a observância estrita desses padrões e o direito penal está, como sempre, de prontidão para duramente sancionar o sujeito periférico, colocando-o *em seu lugar*, sem questionar a estrutura objetiva que o faz integrante de uma maioria em todos os sentidos oprimida. É preciso *ensinar bons costumes* a essa massa embrutecida, mostrando-lhe que a lei é implacável em afirmar sua exclusão e em lotar penitenciárias com seus iguais.

Por isso mesmo é que, nas hipóteses em que se apresentam algumas situações limite, exibindo o surrealismo de desmontar uma família, prendendo por anos um de seus membros, porque no passado se relacionou com pessoa menor de quatorze anos, emerge com toda nitidez o moralismo do direito dos dominantes, a clamar pelo justicamento dos que vivem à margem de uma vida idealizada. Aí surgem embates, como os vistos no estudo dos casos aqui abordados, em que um dos lados levanta a bandeira do não merecimento da pena, porque o suposto criminoso não tinha, em vista de suas circunstâncias, a potencial consciência da ilicitude do ato praticado. Estaria, nesse caso, acobertado pelo chamado erro de proibição, que, como uma chave do paraíso, abre-lhe a esperança de que sua vida dura há de servir para justificar que se comporte de modo pouco refinado. Este pode ser o ponto de intersecção entre o direito penal e a compreensão política da vida dos oprimidos, capaz de descortinar um horizonte em que a pena criminal exista apenas na justa medida do reprovável, único caminho para que o direito penal faça algum sentido.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do estado**. Porto Alegre: Graal, 1998.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Círculo do Livro, 1994.

COSTA Júnior. Paulo José da. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Mariângela Gama M. Erro sobre a ilicitude do fato. **Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2023 (p. 87-91).

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

MARX, Karl. **O capital**. Edição compacta. São Paulo: Centauro, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 9ª. ed. Barueri: Atlas, 2024.

_____. **Filosofia do Direito**. 9ª. ed. Barueri: Atlas, 2022.

REIS, Alberto Olavo Advincula; OLIVEIRA-MONTEIRO, Nancy Ramacciotti de. **Sexualidade e procriação na ótica de jovens de periferias sociais e urbanas**. Periódicos Eletrônicos em Psicologia, 2007. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822007000200008>. Acesso 14/abr./2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC, 2014.

_____. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

STRECK, Lenio Luiz; SOUZA, José Conrado Kurtz de. **Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade**. Site Consultor Jurídico, 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade/>>. Acesso 20/mar./2024.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

YANO, Karen Murakami; RIBEIRO, Moneda Oliveira. **O desenvolvimento da sexualidade de crianças em situação de risco**. Revista da Escola de Enfermagem da USP, 2012. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/reeusp/a/QLDfCJXdFQ9rz7X5jZsNXqd/#>>. Acesso 14/abr./2024.