

ESTELIONATO

VENDA DE COISA ALHEIA COMO PRÓPRIA

Recurso

RE 108.267-4

CONSENTIMENTO DA VÍTIMA — SE DESCARACTERIZA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

RESUMO

- É sabido que, em se tratando de estupro ficto, ou por violência presumida, o bem jurídico protegido, como nos demais crimes contra a liberdade sexual, é a livre disponibilidade do próprio corpo em matéria sexual, ou, segundo enfatiza DAMÁSIO E. DE JESUS, "a lei protege a faculdade de livre escolha ou livre consentimento na prática da conjunção carnal" ("Direito Penal", 5ª ed., 1988, v. 3, pág. 89). - Em termos de tipificação do citado delito, a lei não deixa margem a dúvidas: o ofendido ou a ofendida, que não é maior de catorze anos, não pode consentir em matéria sexual, e, se o faz, tal carece de validade. Com isso, impôs a norma penal a presunção de violência. - Entender-se, como o fez o nobre Julgador "a quo", que restou afastada a presunção por ter-se mostrado a vítima, de 13 anos de idade, experiente e com capacidade de escolha válida no plano sexual, é atentar contra o bom senso, quer no plano lógico, quer no jurídico. - Segundo se manifestou o Ministro SIDNEY SANCHES, em magistral voto proferido no RE nº 108.267-4: "Em primeiro lugar, mesmo admitindo a presunção "iuris tantum", no estupro ficto, ao contrário do estupro real, não é necessário que haja o dissenso o que, aliás, se nos afigura por demais óbvio". Neste particular, preleciona JOÃO MESTIERI: "Sustentar-se com razão que, mesmo o ato sexual seja precedido de expresso e inequívoco consentimento da menor, o crime, em regra, subsiste" ("in" Do Delito de Estupro, Ed. RT, pág. 30). - Em segundo lugar, a presunção da violência se fundamentada na presunção de "innocentia consilii", que, segundo o próprio E. MAGALHÃES NORONHA (contradizendo-se, a "posteriori", na análise do tema), se apresenta como a falta de "madureza fisiológica e capacidade psicoética para ter alcance, para estimar com precisão o ato violador dos bons costumes, donde não se poder falar em consentimento pleno e livre e donde, conseqüentemente a presunção de violência" (ob. cit., pág. 219). Ou, no ensinamento de JÚLIO FABRINI MIRABETE: "Embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já têm maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico" (ob. cit., pág. 436) (RT, 646/369/370). - Neste sentido JOÃO MESTIERI concretiza que há no estupro ficto, "ectu oculi", "um dever geral de abstenção de relações sexuais imposta aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade" ("Do Delito de Estupro", Ed. RT, pág. 116). - Falta às vítimas, nestas condições, maturidade em termos de consciência crítica, acerca das conseqüências dos atos sexuais, impossibilitando-as de compreender com a necessária prudência os assuntos do sexo, bem como carecendo-lhes a capacidade de se determinar plenamente. - Neste passo, a vontade da vítima é desprezada pelo legislador, que, pela sua idade, a tem como incapaz de discernimento. - Neste diapasão é torrencial e pacífica a jurisprudência: "Assentimento ou adesão de vítima de menos de 14 anos a práticas sexuais não descaracteriza a presunção de violência, a menos que desenganadamente se trate de menor já de vez dissoluta. Salvo hipótese que tal, qualquer anuência da vítima há de ser considerada nenhuma, por emanada de quem não possui capacidade para consentir" (RT, 536/307). "É da jurisprudência que nenhum valor tem, para descaracterizar o estupro, o consentimento da vítima que seja menor de 14 anos. O fundamento legal da ficção da violência é a "innocentia consilii" do sujeito passivo, isto é, sua completa inocência em relação aos fatos sexuais" (RF, 113/215; RT, 526/355). Ac. de 17-08-1993 Jurisprudência Min

EMENTA

Se a vítima for menor de 14 anos, não pode consentir em matéria sexual, e, se o faz, tal carece de validade para descaracterizar o estupro, tendo em vista que a norma penal impôs a presunção de violência, por

considerar que a vítima, pela sua idade, é incapaz de discernimento.

NOTA DA REDAÇÃO

RT