RECURSO ESPECIAL Nº 1.811.312 - MS (2019/0127534-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	A S C
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 21 E 217-A, AMBOS DO CP. PLEITO DE CONDENAÇÃO. RECORRIDO ABSOLVIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INOCORRÊNCIA DO DELITO COM SUPORTE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
Recurso especial não conhecido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público de Mato Grosso do Sul**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local proferido na Apelação Criminal n. 0001924-12.2014.8.12.0013 (fls. 135/142):

> APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ERRO DE PROIBIÇÃO ESCUSÁVEL – EXCLUDENTE CARACTERIZADA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA POR FUNDAMENTOS DIVERSOS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> I – O erro de proibição consiste no equívoco que recai sobre o conteúdo proibitivo da norma penal, ou seja, o agente possui falsa percepção do caráter ilícito do fato típico praticado em razão de desconhecer a lei ou não compreender seu âmbito de incidência. No caso dos autos, as peculiaridades que envolvem os fatos demonstram que o réu efetivamente desconhecia, de maneira escusável, a especial ilicitude que decorre da prática de atos sexuais com menor de 14 anos. Diante da caracterização da excludente do erro de proibição, impõe-se a manutenção da absolvição, ainda que por fundamentos diversos daqueles elencados na sentença de 1º grau.
>
> II – Recurso improvido.

No presente recurso (fls. 150/158) é apontada a violação dos arts. 21 e 217-A, ambos do Código Penal, porquanto *o Tribunal a quo, apesar de reconhecer que o réu manteve conjunção carnal com menor de 14 anos de idade, absolveu-o por "erro de*

proibição", pois a genitora autorizava o namoro, o que permitiria concluir que os genitores toleravam a prática dos atos sexuais, bem como o réu, embora detendo 'potencial conhecimento acerca da proibição', efetivamente desconhecia a ilicitude da prática de atos sexuais com menor de 14 anos (fl. 153).

Assevera que *o Tribunal de origem não nega a ocorrência da conjunção carnal praticada entre o réu e a vítima, menor de 14 (quatorze) anos à época dos fatos.* [...] *O cerne da questão cinge-se à relativização da vulnerabilidade sexual da vítima menor de 14 (quatorze) anos, pois esta foi suprida com a apontada autodeterminação sexual e concordância da genitora para namorar o acusado.* [...] *Ocorre que o Tribunal de origem, valendo-se de mera retórica para que não fosse aplicada a devida sanção penal ao recorrido, invocou a incidência do erro de proibição para absolvê-lo da imputação do art. 217-A do Código Penal, afastando a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima.* [...] *Nota-se que os fundamentos elencados pelo julgador não condizem com o âmbito normativo da referida excludente, que se identifica com a ausência de potencial consciência da ilicitude do fato, e não com a ignorância de circunstâncias elementares à figura típica.* [...] *Com isso, para que se reconheça a tipicidade do delito previsto no art. 217-A do CP, não há falar em qualquer indagação acerca de anterior experiência sexual, da existência de relacionamento amoroso ou mesmo de eventual consentimento da vítima* (fl. 154).

Destaca que *o voto condutor do mencionado Recurso Especial Repetitivo, acompanhado por unanimidade, também afastou a aplicação do Princípio da Adequação Social para justificar (e despenalizar) a conduta do réu.* [...] *No caso em apreço, o Tribunal a quo ressalta que o relacionamento mantido entre a vítima e o réu era de conhecimento de todos os familiares, bem como 'são pessoas humildes, intelectualmente menos favorecidas, radicadas em comunidade tipicamente interiorana', a fim de justificar a aceitação do comportamento e excluir a ilicitude do ato com a incidência do erro de proibição* (fl. 156).

Pede o conhecimento e provimento do recurso especial para que seja reformado o combatido acórdão, e, via de consequência, condenado o recorrido pelo crime de estupro

de vulnerável.

Apresentadas contrarrazões (fls. 162/173), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 175/179).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento da insurgência (fls. 194/202).

> RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.
> 1. Conforme a jurisprudência dessa Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a prática de relação sexual, não elide a presunção de violência para a caracterização do crime de estupro de vulnerável.
> 2. Nesse sentido, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.480.881/PI, julgado sob o rito do artigo 543 do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores de 14 (catorze) anos é absoluta, sendo irrelevante para a caracterização do delito o consentimento da vítima ou a sua prévia experiência sexual.
> 3. Parecer pelo provimento do apelo.

É o relatório.

O recurso não ultrapassa as condições de admissibilidade.

Extraem-se da sentença absolutória e do voto condutor do combatido aresto os seguintes trechos (fls. 78/81 e 138/222 – grifo nosso):

> [...]
> Ao acusado é atribuída a prática do crime de estupro de vulnerável em continuidade delitiva.
> **Respeitadas as opiniões em contrário, trata-se de fato atípico e a denúncia sequer deveria ter sido recebida, por ausência de justa causa**.
> Consoante entendimento do STJ, *"a falta de justa causa para a ação penal só pode ser declarada quando, de pronto, sem necessidade de dilação probatória, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios de autoria capazes de sustentar a acusação ou, ainda, a existência de causa de extinção da punibilidade"* (HC 200500685829, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 09.10.07).
> **Os elementos probatórios produzidos durante a fase extrajudicial e em juízo, sob o crivo do contraditório, permitem verificar a atipicidade da conduta atribuída ao denunciado**.
> O art. 217-A, *caput*, do CP, prevê pena de reclusão de oito a quinze anos à conduta de *"ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor*

de 14 (catorze) anos" e o § 1º ressalta incorrer em idêntica sanção *"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".*

A despeito da persistente polêmica acerca da presunção relativa ou absoluta da violência nos delitos sexuais, o critério etário estabelecido no aludido dispositivo não pode ser considerado de maneira isolada, sem análise das circunstâncias do caso concreto, sob pena de criminalização de condutas desprovidas de um mínimo de lesividade e incapazes de atingir o bem jurídico tutelado. [...]

A adoção do critério etário inflexível como único parâmetro para criminalizar a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de catorze anos é desarrazoada e contribui para o cometimento de arbitrariedades, pois ignora as variações existentes no desenvolvimento psicológico de cada adolescente e demais especificidades do caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que a vítima E S C nasceu em 22.01.01 (fl. 11), contava com doze anos à época dos fatos (início de 2013) e, ao ser ouvida em juízo, ratificou na integralidade os fatos narrados à fl. 14 e disse que as relações sexuais ocorreram de forma consensual e "bem pensada". Assim, no seu entender, não constituíram crimes.

C S S conhece réu e vítima da época que trabalhou no Conselho Tutelar, porém disse não se recordar de nada, inclusive após ter sido lida a denúncia por este magistrado.

J de M C não achava certo o namoro da filha e vítima com o réu; como a mãe nada fez, o depoente, na condição de pai, foi ao Conselho Tutelar e conseguiu a guarda dos filhos; a vítima tinha uns doze anos de idade; não soube se ela tinha relações sexuais com A, tampouco E disse a ele; ratificou na integralidade o depoimento de fl. 16.

Registre, por relevante, que o acusado, por outro lado, nasceu em 08.11.94 e atingiu a maioridade apenas em 08.11.12 (fl. 13), ocasião em que completou dezoito anos e já namorava com a vítima desde março. Diante de tal ressalva, o lapso temporal narrado na denúncia deve ser limitado entre os meses de novembro de 2012 a março de 2013, pois é mister destacar que antes de 08.11.12 o denunciado era adolescente e inimputável.

De todo modo, embora formalmente típica a conduta narrada na denúncia e moralmente reprováveis os fatos, mostra-se manifestamente desproporcional condenar um adolescente de dezoito anos à época dos fatos, à pena superior a oito anos, a regime fechado, haja vista a continuidade delitiva, apenas porque não houve concordância do genitor da adolescente no namoro, conquanto ela estivesse sob os cuidados da mãe, a qual consentiu com o relacionamento, com a ressalva de que os pais já estavam separados à época da comunicação dos fatos à autoridade policial.

Os fatos consistem apenas na prática de relações sexuais consentidas entre namorados e não houve ofensa à dignidade sexual da adolescente, de modo que deve ser reconhecida a atipicidade material dos fatos narrados na denúncia, respeitadas as opiniões em contrário a sustentar a presunção absoluta de violência, fundada apenas na rigidez do critério etário, além de constituir inaceitável interferência do Judiciário de situação já resolvida na esfera privada.

Convém salientar, repita-se, que o entendimento abordado não tem o condão de incentivar o cometimento de delitos, mas restringir a aplicação da norma e os

consectários jurídicos a fatos que realmente possam lesionar significativamente a integridade do direito alheio. Essa posição coaduna com os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, necessidade e intervenção mínima do Direito Penal.

[...]

Como se vê, **o exame do conjunto probatório demonstra que as relações sexuais efetivamente ocorreram no período indicado na denúncia, inexistindo, pois, a mais tênue dúvida de que o apelado A, em diversas ocasiões, manteve conjunção carnal com a vítima E, quando esta possuía apenas 12 e 13 anos de idade**.

Tal constatação, entretanto, não basta para culminar no almejado decreto condenatório, tendo em vista as peculiaridades que permeiam o caso retratado nestes autos.

De fato, conforme sustentado pela n. Promotora de Justiça que subscreve as razões deste recurso de apelação, o tipo penal do art. 217-A do Código Penal estabelece rígida proteção aos vulneráveis, pois independentemente de eventual consentimento ou ingenuidade da vítima, dá margem à tipificação da conduta a partir da execução de quaisquer dos verbos nucleares (conjunção carnal ou ato libidinoso).

[...]

Contudo, **esse panorama não obriga o julgador a assumir postura quase que leviana, a fim de converter o exame da tipicidade ao mero exercício da contraposição entre a conduta e a descrição objetiva do tipo penal, sem considerar os demais fatores que são determinantes para a responsabilização criminal**.

Digo isso porque, **no caso em apreço, a despeito da prática de conjunção carnal com menor de 14 anos, restou plenamente caracterizado o erro de proibição previsto no art. 21 do Código Penal**:

> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí- la de um sexto a um terço.
>
> Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Tal, como é cediço, consiste no equívoco que recai sobre o conteúdo proibitivo da norma penal, ou seja, o agente possui uma falsa percepção do caráter ilícito do fato típico praticado, pois desconhece a lei ou não compreende o seu âmbito de incidência.

[...]

Aplicando-se essa temática ao episódio sob apuração nestes autos, tem-se que o apelado A – embora detendo potencial conhecimento acerca da proibição em praticar conjunção carnal ou ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça – efetivamente desconhecia, de maneira escusável, a especial ilicitude que decorre da prática de atos sexuais com menor de 14 anos.

Note-se, em princípio, que **o relacionamento amoroso perdurou por aproximadamente 01 ano, período no qual os jovens contavam com total consentimento de seus familiares (exceto, ao que parece, do pai da vítima, que por ocasião dos fatos não detinha a guarda dela e estava aborrecido**

> **com o namoro)**.
>
> **Muito além disso, resta evidente que todos os envolvidos (vítima, apelado e respectivos responsáveis legais) são pessoas humildes, intelectualmente menos favorecidas, radicadas em comunidade tipicamente interiorana e que nitidamente não possuíam conhecimento do caráter proibitivo da norma penal**.
>
> **Basta, a esse fim, observar o comportamento dos pais de E e A, que a despeito de tomarem conhecimento das relações sexuais, permitiam que os namorados pernoitassem juntos em casa, assim como cuidaram de instruí-los sobre métodos anticonceptivos**.
>
> **Esse peculiar aspecto revela, no mínimo, que a mãe da menor e os genitores do apelado toleravam a pratica dos atos sexuais e, como referenciais de moral e bons costumes, transmitiam aos jovens a impressão de que esse comportamento era adequado, prejudicando a assimilação do impedimento legal**.
>
> Realçando o desfavorável contexto sociocultural e familiar, tem-se a postura adotada pela genitora da vítima, que em seu depoimento afirmou que "*não deseja que ele [o apelado] seja processado, pois eles estão juntos com a sua autorização"* (p. 14), bem como as declarações da própria ofendida, que em juízo afirmou *"não entender"* o ocorrido como sendo um crime contra sua dignidade sexual.
>
> Não se pode desconsiderar, ainda, que **o apelado A é pessoa de baixa escolaridade (p. 25), que à época dos fatos havia recém alcançado a maioridade penal e em momento algum atuou com o propósito direto e específico de abusar sexualmente de vulnerável aproveitando-se de sua ingenuidade, tendo em vista que se encontra em similar grau de maturidade que sua então namorada**.
>
> **Diante desse plexo de circunstâncias (prática de conjunção carnal precocemente realizada no curso de relacionamento amoroso; consentimento da menor; inquestionável tolerância dos pais; peculiar contexto social, cultural e familiar; condições pessoais menos favorecidas; ausência de indicativo de abuso sexual), não há como sustentar o almejado juízo condenatório, sendo a absolvição pela existência de erro de proibição inevitável a solução mais acertada ao episódio retratado nestes autos**.
>
> [...]

Verifica-se de plano que para rever os fundamentos que as instâncias ordinárias, notadamente o Juízo singular, utilizaram para fundamentar a absolvição do recorrido, diante da constatação da **atipicidade da conduta** perpetrada, é matéria que inevitavelmente demanda o reexame do acervo fático-probatório, medida esta inadequada, em função do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, **não conheço** do recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator