RECURSO ESPECIAL Nº 1.738.840 - RS (2018/0103430-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	H J F S
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que negou provimento às apelações da defesa e do Ministério Público.

Alega o *Parquet*, em síntese, violação dos arts. 217-A do CP e 386, III, do CPP.

Sustenta, para tanto, que, *para a subsunção na conduta descrita no artigo 217-A do Código Penal, basta que o agente pratique atos libidinosos diversos ou não da conjunção carnal com menor de 14 anos de idade* (fl. 319), sendo irrelevante a comprovação do consentimento da vítima.

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

O recorrido foi absolvido da prática do delito de estupro de vulnerável e condenado por lesão corporal à pena de 4 meses de detenção, em regime aberto.

Interposta apelação ministerial, a Corte estadual negou provimento ao recurso nos seguintes termos (fls. 290-295):

> APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1º FATO.
> ÉDITO ABSOLUTÓRIO. MANUTENÇÃO.
> Ao fim de evitar desnecessária e cansativa tautologia, adoto, como razões de decidir, os bem lançados fundamentos contidos na sentença, de lavra da ilustre Juíza de Direito, Dra. Tatiana Gischkow Golbert, integrando-os ao presente, com a devida vênia:
>
> > "(...)
> > A absolvição do réu quanto ao primeiro fato descrito na exordial, adianto, é medida imperativa.
> > **Isso porque, embora o depoimento prestado em juízo, pela vítima V., deixe estreme de dúvidas a prática de conjunção carnal entre ela e o réu, quando ainda era menor de 14 anos, inexistem, nos autos, prova de tais relações sexuais se deram sem o consentimento da ofendida.**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1AA3545C-A704-4FA3-8F58-9FF358DE64DD

O réu H. J. P. S., não foi interrogado, pois revel (fls. 124).

A vítima V. N. B. em juízo (CD à fl. 126), dá conta da ocorrência dos fatos narrados na exordial acusatória. Disse, então, que quando tinha 12 anos de idade, iniciou um relacionamento amoroso com o réu, afirmando que mantinham relações sexuais consentidas. Referiu que a relação perdurou por cerca de 02 anos, e que parte desse período residiram juntos, na casa de uma amiga. Mencionou que durante a vida comum, era constantemente agredida pelo acusado, por ciúmes. Afirmou que, antes de conhecer o acusado, já tinha mantido relações sexuais com outro namorado. Acentuou que H. tinha 22 anos de idade à época dos fatos. Informou, ainda, ter sido ameaçada pelo réu na data da audiência para que omitisse o ocorrido.

M. O. N., genitora da vítima, em seu depoimento (CD à fl. 126), confirmou que a menor manteve relacionamento amoroso com o acusado desde os 12 anos, com relações sexuais consentidas. Informou que manteve a primeira relação sexual com outro namorado. Acrescentou, ao fim, que a infante foge de casa desde os 11 anos de idade e possui problemas de dependência química.

Nesse contexto probatório, incontroversa a prática de relações sexuais entre V. e H., quando a ofendida contava com 12 anos de idade.

Nesse passo, poder-se-ia considerar que o fato se enquadra a norma penal prevista no art. 217-A, do CP. Entretanto, embora me filie ao entendimento de que a vulnerabilidade tutelada no tipo penal é, em tese, absoluta, forçoso relativizar essa condição em caráter excepcional, para evitar uma hipertrofia criminal. Em respeito as mudanças comportamentais da sociedade brasileira e aos fins almejados pelo legislador, tenho que a análise do caso concreto exige cautela.

Com efeito, os depoimentos prestados pela própria vítima e sua genitora, são convergentes, e dão conta que as relações sexuais mantidas entre V. e o acusado ocorreram, de maneira consensual. E, segundo relatado em juízo, réu e vítima mantiveram um relacionamento amoroso por mais de 01 ano, tendo inclusive residido juntos.

Atente-se que a norma legal que tipifica o delito de estupro, presumindo a violência quando a vítima é menor de 14 anos, tem por função proteger a infância, considerando tal idade como o limítrofe da maturidade sexual da pessoa, ante a necessidade de que um parâmetro objetivo a tanto seja estabelecido. No entanto, em situações como a que aqui se vê, tal limite mostra-se inapropriado, uma vez que o bem jurídico que procura se resguardar com a presunção de vulnerabilidade, que é a dignidade sexual da vítima, não restou, de forma alguma, violado.

Em que pese o quadro de violência doméstica noticiado nos autos, as circunstâncias fáticos-probatório reveladas em juízo, demonstram que o réu e a vítima mantiveram união estável por meses, o que faz com que a aquiescência de V., nesse caso, descaracterize o delito estupro.

Nesse passo, afastada a tipicidade da conduta praticada pelo acusado, imperiosa a sua absolvição.

Acresço.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1AA3545C-A704-4FA3-8F58-9FF358DE64DD

A prova, como visto, mostrou-se segura quanto a ter havido relacionamento sexual entre o réu e a vítima, iniciada quando esta contava com 12 anos de idade e, ele, com apenas 20.

Ocorre que, como bem destacou a decisora singular, as relações foram consentidas, sendo que a vítima e imputado, inclusive, residiram juntos, como companheiros, por mais de 1 ano.

Ao que consta, antes disso, a menina tinha tido outro relacionamento amoroso, envolvendo também relações sexuais, o que, se não lhe retira a proteção do Estado e, como tal, não serviria, modo isolado, à conclusão de que não houve abuso, figura, ao lado das demais circunstâncias que norteiam o caso, como mais um indicativo de atipicidade penal.

Como dito, o denunciado e a lesada mantiveram relação marital por mais de 1 ano, a própria vítima, bem como as testemunhas, tendo confirmado tal fato, denotando-se da prova angariada ao feito que o relacionamento que encetaram era inclusive aceito entre seus pares.

Tanto que a questão do relacionamento sexual somente veio à tona em função da agressividade que vinha sendo demonstrada pelo imputado, em face do ciúmes que sentia da companheira, culminando no dia em que lhe agrediu fisicamente, somente em razão disso os fatos tendo chegado ao conhecimento da autoridade policial.

Em se tratando de estupro praticado contra menores de 14 anos de idade, mesmo no âmbito da lei anterior, que trazia, em casos tais, a presunção de violência, considerou-se sempre irrelevante o consentimento da vítima.

A propósito do tema, dispunha Júlio Fabbrini Mirabete, in Código Penal Interpretado, 5a ed. Ed. Atlas, 2005, pág. 1846: "A primeira hipótese de violência presumida, indutiva ou ficta, é de ser a vítima menor de 14 anos Embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já tenham maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstância de que o menor de 14 anos não pode validamente consentir, pelo desconhecimento dos atos sexuais e de suas conseqüências, o que torna seu consentimento absolutamente nulo".

Assim, indubitável que a mens legis dos preceitos reguladores sempre visaram, justamente, proteger crianças e adolescentes menores de 14 anos, pessoas incapazes de discernir, fazer opções responsáveis e maduras sobre sua sexualidade e tomar atitudes pelas quais se possa responsabilizar. Daí que, para a caracterização do delito, sempre foi prescindível a comprovação do consentimento da vítima, bastando a prova de sua menoridade, porquanto a legislação anterior presumia a violência do

Esse entendimento acabou consagrado a tal ponto que a Lei 12.015/2009 não cogita mais da presunção de violência, revogando o art. 224 do CP e instituindo a figura típica do estupro de vulnerável, para a qual basta à configuração do crime, o fato de a vítima ter idade inferior a 14 anos

De modo que a presunção de violência, agora, é implícita ao tipo.

Nesse cenário, tenho que inviável, como entendeu a sentenciante no caso concreto, a relativização do próprio conceito de vulnerabilidade, na medida em que às crianças e adolescentes o princípio regente é o da proteção integral.

Não obstante, tenho que o caso em apreço, pela excepcionalidade das

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1AA3545C-A704-4FA3-8F58-9FF358DE64DD

> **circunstâncias que envolve, recomende, em verdade, a relativização da própria questão da violência integrada ao tipo de forma presumida, lembrando que a imputação adveio basicamente por conta da idade da vítima, sem descrição de grave ameaça ou violência real, assim como da vulnerabilidade da vítima.**
> É que, diferentemente do que ocorre em casos semelhantes, nos quais se verifica a elevada diferença de idade entre o réu a e ofendida, utilizando-se o agente de sua experiência, em face da inocência da vítima, ludibria-a e convence-a de manter relações sexuais -, estabeleceu-se entre os jovens uma relação afetiva, a qual veio confirmada nos autos, como já dito.
> Nesse ponto, destaco, lesada e imputado são pessoas bastante jovens, ela contando com 12 anos e, ele, com 20/21 anos, ambos ainda no florescer de suas vidas, amigos de bairro, que cresceram freqüentando os mesmos lugares e que acabaram por se envolver sexualmente, como ela mesma disse, inclusive resolvendo morar juntos, como companheiros.
> A situação posta a exame não espelha, de forma alguma, o quadro de abuso que a lei procura obstar e repreender.
> Não transparece tenha o agente aproveitado da inocência da vítima para satisfazer sua lascívia; a situação posta revela mais o efetivo envolvimento afetivo entre os dois jovens, o réu recém saído da adolescência.
> **Dentro deste contexto, não há como não relativizar a presunção de violência, outrora aplicável e que agora vem implícita no tipo penal em questão, pelas características pessoais dos envolvidos - réu e vítima -, bem como pela natureza do relacionamento que desenvolveram.**
> **Dessa forma, afastada a presunção de violência, e considerando o consentimento, a única solução é, de fato, manter a absolvição lançada em 1º Grau, por atipicidade - art. 386, III do CPP.**

Na espécie, o Tribunal *a quo* absolveu o acusado por atipicidade da conduta, relativizando a presunção de vulnerabilidade quanto à vítima menor de 14 anos.

Contudo, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial 1.480.881/PI, representativo da controvérsia, adotou a orientação no sentido de que, no crime de estupro de vulnerável, a presunção de violência é absoluta. Confira-se a ementa do julgado:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB),

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1AA3545C-A704-4FA3-8F58-9FF358DE64DD

quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados.

No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1AA3545C-A704-4FA3-8F58-9FF358DE64DD

cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: ***Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime*** (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).

Confiram-se, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 593/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 61 DA LCP. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não é possível a desclassificação da conduta praticada pelo réu para aquela prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais.

2. Com efeito, restou devidamente comprovado nos autos que o réu esfregava o órgão genital no corpo da vítima, passava as mãos em suas pernas, ordenava que ela ficasse de calcinha, passava as mãos em seus seios. Além disso, conforme apurado, tais fatos aconteceram pelo período aproximado de cinco anos, iniciando-se quando a vítima tinha oito anos de idade e que só não revelou os abusos para a sua mãe porque era constantemente ameaçada pelo réu e temia que ele machucasse seus familiares.

3. Sobre o tema, este Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula 593/STJ, segundo a qual "o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1436727/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1AA3545C-A704-4FA3-8F58-9FF358DE64DD

> FUNGIBILIDADE RECURSAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DE RELACIONAMENTO AMOROSO. ANÁLISE DESPICIENDA. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Embargos de declaração, quando opostos com o intuito de conferir efeitos infringentes à decisão embargada, inexistindo obscuridade, contradição ou omissão, devem ser recebidos como agravo regimental em nome dos princípios da economia e celeridade processual.
> 2. Estando os fatos delineados no acórdão recorrido, não é necessária incursão ao acervo fático-probatório, o que afasta a incidência da Súmula 7/STJ.
> 3. Para a caracterização do delito de estupro de vulnerável, basta a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo o consentimento da vítima, a experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre agente e vítima irrelevantes para a configuração do delito. Inteligência da Súmula 593/STJ.
> 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental e negado provimento.
> (EDcl no REsp 1756543/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 03/04/2019)

Assim, mostra-se irrelevante, para a configuração do tipo penal, a aquiescência da vítima ou a existência de relacionamento amoroso com o agente.

Dessarte, de rigor a reforma do acórdão para condenar o recorrido como incurso no art. 217-A do Código Penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para condenar o recorrido como incurso no art. 217-A do Código de Processo Penal, determinando ao Tribunal *a quo* que proceda à dosagem da pena.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1AA3545C-A704-4FA3-8F58-9FF358DE64DD