

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNA DE OLIVEIRA DA SILVA

**A VULNERABILIDADE DOS ADOLESCENTES NO CRIME DE ESTUPRO DE
ACORDO COM OS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

FLORIANÓPOLIS

2017

BRUNA DE OLIVEIRA DA SILVA

**A VULNERABILIDADE DOS ADOLESCENTES NO CRIME DE ESTUPRO DE
ACORDO COM OS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Cláudio Macedo de Souza

FLORIANÓPOLIS

2017



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E ORIENTAÇÃO
IDEOLÓGICA

Aluna: Bruna de Oliveira da Silva

RG: 5.380.414

CPF: 094.314.779-47

Matrícula: 13101416

Título do TCC: “A vulnerabilidade dos adolescentes no crime de estupro de acordo com os tribunais brasileiros”

Orientador: Cláudio Macedo de Souza

Eu, Bruna de Oliveira da Silva, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 22 de novembro de 2017.

Bruna de Oliveira da Silva



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho Conclusão de Curso, intitulado “A vulnerabilidade dos adolescentes no crime de estupro de acordo com os tribunais brasileiros”, elaborado pela acadêmica **Bruna de Oliveira da Silva**, defendido em 29/11/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 001/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de novembro de 2017.

Cláudio Macedo de Souza

Professor Orientador

Volnei Rosalen

Membro da Banca

D'artagnan Camargo Martins

Membro da Banca

Mathias Foletto Silveira
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos não poderiam começar de outra forma a não ser agradecendo aos meus pais, que por muitas vezes abdicaram dos prazeres da vida para proporcionar aos seus filhos uma vida digna de estudos e oportunidades. Vocês são a minha razão de viver e de estar realizando mais essa conquista em minha vida e é por isso que a dedico inteiramente a vocês dois.

Aos meus amáveis irmãos, Gabriel e Leonardo, e minha cunhada, Gabriela, por todo o apoio e incentivo nas minhas decisões e pela compreensão e ajuda nas dificuldades.

Ao meu companheiro, amigo e amor, Mario, por suportar todo o meu estresse e mau humor neste último semestre de faculdade e, ainda assim, estar ao meu lado sempre que precisei.

À minha querida amiga e futura psicóloga (risos) Ludymilla que sempre esteve ao meu lado nessa jornada longa e dolorosa do curso de Direito. Você é o melhor presente que este curso me deu e um dos maiores exemplos de superação e garra. Te desejo todo o sucesso desse mundo amiga, arrasa!!!

Aos melhores amigos que essa vida poderia me dar, a dupla dos LucasS, que me fizeram sorrir todas as vezes em que eu só queria chorar. Vocês foram e sempre serão a minha alegria. Obrigada por tornarem os momentos desta trajetória mais especial.

Ao D`artagnan por ser essa pessoa maravilhosa que tive o imenso prazer de cruzar nesse caminho. Você é o grande responsável por me ensinar a pescar sozinha e eu só tenho o que te agradecer por cada dia que passamos juntos naquele gabinete. Todo dia um novo aprendizado, seja jurídico ou pessoal. Obrigada chefe!!!!

Ao meu orientador, que não envidou esforços para me ajudar colaborando em cada etapa do desenvolvimento da presente pesquisa e, principalmente, por acreditar no meu potencial.

Ao querido Volnei, membro desta banca, por aceitar prontamente e com muito carinho o meu convite para avaliar este trabalho. Meus eternos agradecimentos.

Aos demais amigos, familiares e àqueles que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração desta monografia e realização desse sonho, meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo compreender o conceito de estupro de vulnerável numa perspectiva da capacidade de discernimento dos menores de 14 anos e maiores de 12 anos. O texto centra-se no *caput* do tipo legal do art. 217-A, do Código Penal para afirmar que a vulnerabilidade não é absoluta. Não resta dúvida de que tipo representa uma inovação no ordenamento jurídico-penal; todavia, parte da jurisprudência relativiza a vulnerabilidade com ênfase no consentimento. Respalda e atenta a essa situação, a pesquisa apresentou a seguinte indagação: Como compreender a vulnerabilidade prevista no artigo 217-A, em relação aos adolescentes, de modo que a relativização do conceito não esteja vinculada à ideia de consentimento do sujeito passivo? Para responder à questão formulada, supôs-se que vulnerável é elemento normativo do tipo, porque adolescentes possuem, por vezes, capacidade de discernimento por haver concretamente distinções que transpassam aspectos biológicos. Ademais, vulnerável não deve ser considerado em caráter absoluto, porque é possível aplicar um juízo de valor a partir da ideia do sadio desenvolvimento sexual dos menores e não da liberdade sexual. A justificativa da pesquisa está na constatação de que a faixa etária deve ser valorada nos casos específicos, haja vista o Estatuto da Criança e do Adolescente já conferir uma relativa capacidade de compreensão para os maiores de 12 anos. Da análise do tipo, observa-se que a criminalização da conduta só se justifica perante a relevância do bem jurídico. Neste sentido, afirma-se que o consentimento não pode funcionar como relevância do bem jurídico, porque não é a sua falta que irá caracterizar a vulnerabilidade. Ou seja, os adolescentes são vulneráveis, porque falta a eles capacidade de discernimento. Ademais, decisões judiciais foram discutidas por meio da técnica de análise de conteúdo com o propósito de diagnosticar a relativização da vulnerabilidade. Concluiu-se que há decisões judiciais que relativizam a vulnerabilidade não apenas com base no consentimento, mas, também, com base na capacidade de discernimento. Disto isto, a vulnerabilidade tem sido compreendida partindo-se de duas acepções distintas: por um lado, como falta da capacidade de compreensão; e, por outro, como vício de consentimento.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável; Consentimento; Capacidade de discernimento; Dignidade sexual; Liberdade sexual; Sadio desenvolvimento da sexualidade.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O CONSENTIMENTO E O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	13
2.1	O CONSENTIMENTO DO SUJEITO PASSIVO	18
2.1.1	O consentimento justificante	22
2.1.2	O consentimento como excludente da tipicidade	23
3	FATORES SOCIAIS, CULTURAIS E JURÍDICOS QUE INFLUEM NO CONCEITO DE VULNERABILIDADE	27
3.1	A DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE DA VÍTIMA ..	29
3.2	A VULNERABILIDADE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL EM COMPARAÇÃO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	31
3.3	OS TIPOS PENAS QUE LEVAM EM CONSIDERAÇÃO A VULNERABILIDADE	34
3.3.1	O estupro de vulnerável	34
3.3.2	O induzimento do menor para satisfazer a lascívia de outrem	35
3.3.3	A satisfação da lascívia própria ou de outrem na presença de criança ou adolescente	35
3.3.4	O favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável	37
3.5	O DESENVOLVIMENTO DA MATURIDADE SEXUAL	39
3.6	TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A SUA APLICABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	41
4	A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE DE ACORDO COM OS TRIBUNAIS BRASILEIROS	48
4.1	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	50
4.2	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	56
4.3	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	57
4.4	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO	58
4.5	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO	59
4.6	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS	60
4.7	TRIBUNAL ESTADUAL DO PARANÁ	62
4.8	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS	62
4.9	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ	64
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
	REFERÊNCIAS	71
	ANEXO I	74
	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	74
	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	82

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	88
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO	94
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO	99
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS	101
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ	103
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS	104
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ	106

1 INTRODUÇÃO

O texto objetiva compreender o crime de estupro do artigo 217-A do Código Penal, no que se refere à possibilidade de relativização do conceito de vulnerabilidade, construída em decisões prolatadas por Tribunais brasileiros. Cumpre ressaltar que a relativização do conceito é possível; mas, desde que não exista violência, grave ameaça, fraude ou exploração sexual contra menores. Para fins desta pesquisa, entende-se por vulnerável os menores de 14 anos e os maiores de 12 anos de idade; ou seja, pessoas que não possuem capacidade de discernimento.

Este trabalho tem como ponto de partida a Lei n. 12.015 sancionada em 2009, a qual foi responsável pela introdução do crime de estupro de vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre ressaltar que, antes da Lei, existia uma combinação de duas previsões legais: o crime de estupro, artigo 213, ou de atentado violento ao pudor, artigo 214, combinado(s) com o artigo 224 que presumia a violência em algumas situações (pessoa menor de 14 anos, alienada ou débil mental e aquela que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência).

O Código Penal, em sua redação original previa os “costumes” como objeto central de tutela nos crimes sexuais. A anterior denominação era reveladora da importância que o legislador de 1940 atribuía à tutela da moralidade sexual e do pudor público. A Lei 12.015/09 promoveu uma reforma profunda do Título VI da Parte Especial do Código Penal. Na verdade, visou adaptar as normas penais às transformações nos modos de pensar e de agir da sociedade em matéria sexual e em face das inovações trazidas pela Constituição Federal.

Na nova disciplina dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do *desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual* como bens jurídicos mercedores da proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, buscou-se em capítulo específico, a proteção dos menores de 18 anos, em especial os menores de 14 anos contra os efeitos deletérios que os crimes sexuais provocam em sua personalidade em formação. Essa alteração normativa visava pôr fim à discussão em torno da presunção absoluta ou relativa de violência no crime de estupro ou atentado violento ao pudor contra vítimas menores de 14 anos (antiga redação - artigos 213 e 214 c/c 224, todos do Código Penal).

A nova denominação dada ao Título VI - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual - teve o mérito de evidenciar o deslocamento do objeto central de tutela da esfera da moralidade pública para a tutela do indivíduo. Por essa razão, o legislador criou um tipo penal mais objetivo a ponto de delimitar que qualquer ato libidinoso ou conjunção carnal praticados contra menor de 14 anos poderia configurar o crime de estupro de vulnerável.

O vocábulo dignidade possui diferentes acepções. Todavia, ao tutelar a dignidade sexual, protege-se um dos vários aspectos da dignidade da pessoa humana, *aquele que se relaciona com o direito fundamental ao sadio desenvolvimento da sexualidade e aquele que se relaciona com a liberdade de cada um vivenciar a sua sexualidade*. Em algumas situações do nosso cotidiano, como por exemplo, no caso de um rapaz de 18 anos que namora uma garota de 13 anos, o conceito de vulnerabilidade não pode ser fundamentado na liberdade sexual, tendo em vista que o (a) menor de 14 anos não tem ainda o direito de exercê-la.

A Constituição empresta à dignidade humana um conceito unificador de todos os direitos fundamentais. Neste sentido, por exigência constitucional, a interpretação deve ser razoável. No contexto dos direitos fundamentais, compreendidos como um sistema; para ser razoável, a interpretação de vulnerável não pode deixar de considerar o grau e a extensão da dignidade humana que a lei penal se empenha em proteger. Portanto, vulnerável é elemento normativo do tipo legal, porque é possível aplicar ao termo um juízo de valor a partir da ideia do sadio desenvolvimento sexual dos menores e, não da liberdade sexual.

Neste trabalho, a Imputação Objetiva é utilizada como marco teórico, porque parte do pressuposto de que os elementos constitutivos do tipo legal são normativos. Neste caso, os elementos do tipo merecem uma valoração, tendo em vista que o significado de *vulnerável* pode variar de acordo com o contexto que envolve o caso concreto. Diante desta possibilidade, a presente pesquisa tem o propósito de encontrar um fundamento jurídico para a vulnerabilidade de vítimas entre 12 e 14 anos que não esteja vinculado à ideia de consentimento do sujeito passivo.

Não resta dúvida de que o tipo legal representa uma inovação ao ordenamento jurídico-penal; todavia, parte da jurisprudência relativiza a vulnerabilidade com ênfase no consentimento. Respalhada e atenta a essa situação, a pesquisa apresentou a seguinte indagação: “Como compreender a vulnerabilidade prevista no artigo 217-A, em relação aos menores de 14 anos e maiores de 12 anos, de modo que a relativização do conceito não esteja vinculada à ideia de consentimento do sujeito passivo?” Para responder à questão formulada,

supôs-se que vulnerável é elemento normativo do tipo, não devendo ser considerado em caráter absoluto, porque adolescentes possuem, por vezes, capacidade de discernimento por haver concretamente distinções que transpassam aspectos biológicos. A justificativa da pesquisa está na constatação de que a faixa etária deve ser valorada nos casos específicos, haja vista o Estatuto da Criança e do Adolescente já conferir uma relativa capacidade de compreensão para os maiores de 12 anos.

Da análise do tipo legal, observa-se que a criminalização da conduta só se fundamenta na relevância do bem jurídico. Neste sentido, afirma-se que o consentimento não pode funcionar como relevância do bem jurídico, porque não é a sua falta que irá caracterizar a vulnerabilidade. Ou seja, os adolescentes são vulneráveis porque falta a eles capacidade de discernimento. Entretanto, esta capacidade pode ser relativizada devido às distinções biológicas, sociais, culturais e históricas entre adolescentes.

Ademais, como aspecto da dignidade sexual, o bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável é o sadio desenvolvimento sexual e não a liberdade sexual. Diante disso, torna-se inviável fundamentar, como muitos Tribunais o fazem, a atipicidade da conduta com base no consentimento do ofendido. Importante frisar que a vulnerabilidade não possui relação com o consentimento; mas sim, com a capacidade de discernimento de cada ser humano de acordo com suas experiências pessoais.

Durante o trabalho, buscou-se investigar quais condições foram utilizadas para relativizar o conceito de vulnerabilidade do menor de 14 e maior de 12 anos de idade. E, para alcançar o objetivo geral, discutiu-se a ideia de bem jurídico penalmente relevante previsto na norma que criminaliza o estupro de vulnerável. Ademais, investigou-se o conceito de vulnerabilidade do adolescente no direito penal brasileiro e; por fim, examinou-se o conteúdo das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais brasileiros que envolvem o estupro e sua relação com a vulnerabilidade.

A técnica utilizada para elaborar esta monografia é majoritariamente a análise de conteúdo de Acórdãos dos Tribunais de Justiça; mas, também houve pesquisa bibliográfica e consulta às legislações penais. Tendo em vista que a legislação penal é omissa em relação ao conceito, o método de abordagem utilizado é o indutivo, pois parte-se de um estudo particularizado de decisões judiciais com o propósito de apresentar um conceito para a vulnerabilidade prevista no Capítulo II, do Título VI dos crimes contra a Dignidade sexual.

Este trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tem como objetivo investigar o consentimento do sujeito passivo e sua relação com a tipicidade e a ilicitude, tendo em vista que se trata de instituto que desempenha mais de uma função na dogmática penal. Ademais, modificações importantes da Lei 12.015/2009 são apontadas, tendo em vista que reformou o Título VI da Parte Especial do Código Penal. Para identificar *o sadio desenvolvimento da sexualidade* como bem jurídico tutelado pela norma penal do art. 217-A, o objeto material do crime e o sujeito passivo foram considerados na discussão.

No Segundo capítulo, a antiga ideia de presunção de violência é debatida como forma de subsidiar o conceito de vulnerabilidade do Código Penal. Ademais, a vulnerabilidade é discutida a partir da regra do Estatuto da Criança e do Adolescente que envolve maiores de 12 anos de idade, a fim de relacioná-la com a capacidade de discernimento. E com o objetivo de delimitar diferenças entre bens jurídicos tutelados, os tipos legais previstos no Capítulo II do Título VI da Parte Especial, que disciplina os crimes sexuais contra vulnerável, são avaliados na perspectiva da teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin.

E, por fim, no Terceiro capítulo, o conteúdo de decisões judiciais prolatadas por Tribunais de Justiça Estaduais é investigado, a fim de compreender os diversos juízos de valor que formam o conceito de vulnerabilidade. Conclui-se que há decisões judiciais que relativizam a vulnerabilidade não apenas com base no consentimento, mas, também, com base na capacidade de discernimento. Disto isto, a vulnerabilidade tem sido compreendida partindo-se de duas acepções distintas: por um lado, como falta da capacidade de compreensão; e, por outro, como vício de consentimento.

No estupro de vulnerável não se exige que o agente empregue fraude, violência ou grave ameaça para a caracterização do crime. Mas, se o agente utilizar, por exemplo, da grave ameaça contra o menor de 14 anos e maior de 12 anos e praticar a conjunção carnal ou o ato libidinoso, o crime estará consumado porque não se pode discutir a capacidade de discernimento neste caso. Já, o consentimento do ofendido não poderá ser discutido em hipótese alguma, independentemente dos meios utilizados para a prática do crime, porque o bem jurídico tutelado no artigo 217-A não é a liberdade sexual dos adolescentes.

Enfim, não se ignora o imenso debate doutrinário sobre a dignidade sexual; todavia, cumpre a nós registrar que no caso de exploração sexual, o que é possível fazer é aplicar um juízo de valor a fim de verificar o grau de violência, de fraude ou de grave ameaça utilizada contra o menor; mas, nunca aplicar o instituto do consentimento ou da capacidade de

discernimento para relativizar a conduta praticada pelo sujeito ativo pois, trata-se de exploração de pessoas. No crime de exploração sexual, a dignidade humana é ofendida na sua integralidade, porque compromete a liberdade sexual e, também, o sadio desenvolvimento sexual dos menores de 18 anos. Portanto, o consentimento e nem a capacidade de discernimento poderão servir para excluir a violência, a grave ameaça ou a fraude no contexto da exploração sexual.

2 O CONSENTIMENTO E O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Este capítulo tem como objetivo investigar o consentimento do sujeito passivo e sua relação com a tipicidade e a ilicitude, tendo em vista que se trata de instituto que desempenha mais de uma função na área penal.

Entretanto, antes de abordar os requisitos que constituem o consentimento cumpre debater sucintamente alguns aspectos relacionados ao crime de estupro de vulnerável na perspectiva do exercício do direito à liberdade sexual e da alteração promovida pela Lei n. 12.015/2009.

Todos nascemos com o direito sexual. Todavia, o exercício do direito à liberdade sexual está limitado pelo consentimento. Nessa direção, Bitencourt afirma:

O sexo é um dos mais importantes atributos da natureza humana, capaz de nos levar às alturas. [...] No entanto, o exercício da sexualidade somente atinge esse nível de sublimação e nos causa essa extraordinária sensação de felicidade quando é consentido, desejado e reciprocamente querido [...]. Mas o exercício da sexualidade, enfatizando, tem essa capacidade transformadora somente quando é movido pela liberdade consciente de escolha, de manifestação do instinto sexual de cada um e de todos, respeitando, acima de tudo, a liberdade, a personalidade e a dignidade humanas.¹

Por essa razão, não há situação pior do que a ofensa a esse direito individual, especial e íntimo. Portanto, nada mais justo do que a repressão estatal ser firme e dura, criminalizando e punindo severamente sua transgressão.

O estupro é um dos crimes mais conhecidos e antigos e assombra, principalmente mulheres, crianças e jovens, conforme verifica-se numa pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

Trata-se da primeira pesquisa que traça um perfil nos casos de estupro no Brasil, e tem por base as informações trazidas pelo Sistema de Informações de Agravo de Notificação do Ministério da Saúde (Sinan), em 2011.

É estimado que, no mínimo, 527 mil pessoas são estupradas por ano no Brasil e, destes casos, por mais assustador que pareça, são apenas 10% os que chegam ao conhecimento da polícia. Esse estudo demonstra, ainda, que: 89% das vítimas são do sexo feminino e, em geral, de baixa escolaridade; 70%, do total, são crianças e adolescentes; 24,1% dos agressores das

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal; Parte Especial. Volume 4. São Paulo: SARAIVA, 2016. p. 46

crianças são os próprios pais ou padrastos, e 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima; 60,5% dos estupros com vítimas adultas são por desconhecidos.²

O estupro de vulnerável está previsto no Código Penal no art. 217-A no título que trata dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. No entanto, nota-se que os crimes contra os vulneráveis nem sempre existiram no âmbito jurídico, uma vez que somente surgiram com o advento do Código Penal de 1940, onde eram tratados como presunção de violência.³

O texto legal utilizado pelo Código Penal dos anos 40 trazia como título dos crimes sexuais o termo “contra os costumes”, responsável pela moralidade sexual e pelo pudor público; e, às vezes, acima da proteção de outros bens jurídicos relevantes como a integridade física, psíquica e a liberdade sexual. Era como se verificava, por exemplo, como causa extintiva da punibilidade o casamento da ofendida com o autor do crime sexual.

Com o passar dos anos, esses crimes já não refletiam mais a realidade em que a sociedade contemporânea vivia. Diante disso, o legislador modificou a normatividade com a criação da Lei 12.015, em 7 de agosto de 2009.

Esta Lei modificou, especialmente, o Capítulo II do Título VI do Código Penal brasileiro que, agora, expõe os crimes sexuais contra o vulnerável. Surge o tipo penal de “estupro de vulnerável” (217-A), foco desta pesquisa, que antes não era reconhecido como um tipo independente.

Como consequência das alterações produzidas pela lei, o crime de atentado violento ao pudor, que antes era previsto no art. 214, foi incorporado pelo art. 213 do Código Penal, e com isso, não há mais diferenciação entre estupro e atentado violento ao pudor, conforme demonstrado no quadro comparativo a seguir:

2 IPEA, Crianças e adolescentes são 70% das vítimas de estupro. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21848&catid=8&Itemid=6>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

3 SANTOS, H. F. dos; NOVAIS, M. L. F. A historicidade do crime de estupro de vulnerável e a sua contextualização com a Lei 12.015/2009. *Juris Plenum, Caxias do Sul/RS*, v. 11, n. 62, março/2015. p.71

Antes da Lei 12.015/09	Depois da Lei 12.015/09
<p>Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos.</p> <p>Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos. Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: Pena - reclusão de três a nove anos.</p> <p>Art. 224 – Presume-se a violência, se a vítima:</p> <ol style="list-style-type: none"> Não é maior de (quatorze) anos; é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.⁴ 	<p>Art. 217-A - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.</p> <p>§ 1º - Incorre na mesma pena 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.⁵</p>

As principais alterações desta Lei são (além do agrupamento da conjunção carnal com ato libidinoso, configurando ambos como estupro): o sexo da vítima, antes somente mulheres poderiam ser estupradas e agora ambos os sexos; a modificação de presunção de violência para a vulnerabilidade do sujeito passivo; e, por fim, o rigor da pena prevista para o crime.

Fica claro que a principal intenção do legislador com a criação do novo tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal foi punir mais severamente as condutas tidas como perversão sexual, seja por conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso praticado contra os vulneráveis, que são os menores de quatorze anos, pessoas que padecem de enfermidade ou de deficiência mental que a priva de discernimento, e ainda a vítima que tiver reduzida a sua capacidade de resistência.

Acerca da alteração do título dos crimes contra os costumes, Gonçalves afirma que a intenção “[...] foi de evitar que a interpretação da lei, fundada no nome deste título, continuasse a se dar com base em hábitos machistas ou de moralismos antiquados.”⁶

⁴ BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 de jun. 2017.

⁵ BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 de jun. 2017.

⁶ GONÇALVES, apud SANTOS, H. F. dos; NOVAIS, M. L. F. A historicidade do crime de estupro de vulnerável e a sua contextualização com a Lei 12.015/2009. *Juris Plenum, Caxias do Sul/RS*, v. 11, n. 62, março/2015. p.72

Têm-se que o direito, como um todo, não somente na área penal, deve, sempre, buscar estratégias para rechaçar todas as práticas de exploração sexual de crianças e adolescentes. Uma vez que é de direito destes o desenvolvimento pleno e saudável juntamente com a garantia de sua integridade.

O objeto material do crime e o sujeito passivo de estupro previsto no tipo legal do art. 217-A é a pessoa vulnerável e o bem jurídico é a sua dignidade.⁷ Percebe-se, pois, que o objeto material se confunde com o sujeito passivo do crime, aquele que é o titular do bem jurídico que será atingido por alguma conduta criminosa.

Por essa razão, entende-se que o sujeito passivo no crime de estupro de vulnerável é aquela pessoa que apresenta qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida no tipo penal.⁸ Destaca-se, ainda, que o crime de estupro de vulnerável tem como bem jurídico protegido a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental que tenha dificuldade em discernir a prática do ato sexual ou quem por alguma razão não puder oferecer resistência.⁹

É entendimento da maior parte dos doutrinadores, bem como é o do legislador, de que:

[...] não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade.¹⁰

Portanto, nota-se que a normatividade que pune os crimes sexuais de uma maneira geral procura proteger não só a dignidade no aspecto da liberdade sexual, mas o desenvolvimento sadio da sexualidade das pessoas vulneráveis, conforme transcrição abaixo:

[...] a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo decidir livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual.¹¹

7 NUCCI, G. de S.; Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.106

8 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. p 98

9 Ibid., p. 97

10 Ibid., p.97

11 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. p. 97

Salienta-se, também, que o legislador, na exposição de motivos para a criação desta lei esclarece que:

[...] em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais.¹²

Entretanto, por mais que se queira proteger os vulneráveis, entende-se que elucidar os parâmetros de escolha dos bens e valores fundamentais da sociedade exige muito estudo. A compreensão dos valores humanos e a sua materialização na sociedade atual é indispensável.

Portanto, a escolha de bem jurídico de tutela pelo Direito Penal deve ser realizada por um juízo positivo acerca de um certo objeto ou situação e a sua relevância para o desenvolvimento humano, evitando, com isso, tamanha subjetividade.¹³

Outrossim, sob as palavras de Régis Prado compreende-se que:

[...] o conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre o qual incidem juízos de valor, primeiro da constituinte, depois do legislador ordinário.¹⁴

Logo, tem-se o bem jurídico só é válido para determinado conjunto social e momento histórico-cultural, cabendo ao Direito Penal a função de realizar projetos de prestação pública essenciais para sua proteção.

Afirma-se que os bens jurídicos servem como um limite entre a necessidade de prevenção dos danos sociais por parte do Estado e a intervenção do direito penal nessa prevenção.¹⁵

Por essa razão, deverão ser observados os princípios da intervenção mínima e da exclusiva proteção dos bens jurídicos, com o objetivo de confirmar ou refutar a existência de um bem, ou, ainda, a sua qualidade jurídico-penal.¹⁶

12 Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaoemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 13 de jun. 2017.

13 SILVA, I. L. da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 197, jan./mar. 2013. p. 71

14 Ibid., p. 71

15 SILVA, I. L. da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 197, jan./mar. 2013. p. 71

16 Ibid., p. 72

A fim de analisar a legitimidade de um bem jurídico, não de forma absoluta, se faz necessária a utilização de parâmetros de verificação, quais sejam: “a) o da irrelevância do bem tutelado; b) o da ausência de lesão efetiva do comportamento; c) o da necessidade da tutela penal; e, por último, d) o da análise da efetividade do sistema.”¹⁷

Denota-se que, para haver legitimidade, não se pode criminalizar condutas éticas e morais que representam um conjunto de valores próprios de um sujeito ou de uma subcultura, cabendo ao Estado, acima de tudo, respeitá-las.

Vale, aqui, destacar, conforme será visto posteriormente, que o Código Penal não seguiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que concerne ao elemento objetivo da idade da vítima. Sendo esta divergência legislativa de imensa importância para a discussão em relação à sua vulnerabilidade. E para que haja harmonia no ordenamento jurídico-penal, afirma-se que a incapacidade absoluta de discernimento não pode ser tolerada, porque vai impossibilitar qualquer forma de valoração do conceito de vulnerabilidade, bem como a compreensão necessária para a expressão de uma vontade juridicamente válida.¹⁸

E para efeitos desta pesquisa, afirma-se mais uma vez que a falta do consentimento de menores de 14 e maiores de 12 anos não é o critério que deverá ser utilizado para identificar a ofensa ao bem jurídico protegido pelo tipo legal do artigo 217-A. Significa dizer que, a ideia do consentimento não pode servir como juízo de valor a ser aplicado para a relativização da vulnerabilidade do art. 217-A.

2.1 O CONSENTIMENTO DO SUJEITO PASSIVO

O termo consentir possui origem latina “consentire” e significa a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião.¹⁹

Traz, ainda, o dicionário que esta palavra expressa:

1. Acto ou efeito de consentir. 2. Manifestação que autoriza algo. = AUTORIZAÇÃO, LICENÇA, PERMISSÃO. 3. Manifestação a favor de algo ou alguém. = ADESÃO, ANUÊNCIA, APROVAÇÃO. 4. Tolerância. 5.

17 SILVA, I. L. da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 197, jan./mar. 2013. p. 72-73

18 RASSI, J. D.. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo/SP, v. 19, n. 92, setembro/outubro 2011. p. 65

19 LEQUES, R. B.; O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2016. p. 28

Acordo ou conformidade de opiniões (ex.: mútuo consentimento). = CONSENSO. 6. Ordem.²⁰

Significa, também, pelo vocabulário jurídico a anuência, aquiescência, concordância e permissão.²¹ Por essa razão, o titular do bem jurídico tutelado pela lei que, de acordo com sua atitude demonstrar de alguma forma o seu consentimento à conduta lesiva, poderá suportar sozinha a referida lesão, permanecendo o terceiro (ou aquele que, em tese, seria o sujeito ativo) exonerado de responsabilidade penal.²²

Com isso, verifica-se que “[...] o consentimento da vítima consiste na maneira de expressar sua vontade ao autorizar o agente à prática da conduta formalmente descrita no tipo penal incriminador.”²³

Para que um consentimento seja válido é necessário que haja “[...] a sua manifestação, ação e resultado como seu objeto, o seu momento e a sua revogação, bem como a capacidade de compreensão por parte do consenciente.”²⁴

Portanto, a capacidade de compreensão está intimamente ligada ao discernimento da vítima para delegar o consentimento, sendo vinculado ao mínimo necessário para que o ofendido entenda o caráter criminoso do agente. Somente nessa situação, de entender o caráter criminoso, e quando entender, também, as consequências de sua expressão, é que será possível o titular dispor do bem jurídico - que entre os 12 e 14 anos seria a liberdade sexual.²⁵

Nota-se, contudo, que a questão que envolve a vulnerabilidade não está ligada à liberdade sexual, pois os menores de 14 não podem exercer este direito. É certo afirmar que o para o consentimento ser válido, é preciso que o sujeito passivo tenha capacidade de discernimento. Portanto, o consentimento depende da capacidade de discernimento, uma vez que o grau de amadurecimento de cada indivíduo é variável. Entretanto, a recíproca não é verdadeira.

Na verdade, o maior de 18 anos para consentir numa relação sexual precisa estar em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão. Mas, aquele que possui capacidade de compreender não significa que esteja consentindo, por exemplo, em uma relação sexual mediante violência contra maior de 18 anos.

20 Dicionário Priberam da Língua Portuguesa Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/consentimento>>. Acesso em: 05 de jun. 2017

21 LEQUES, R. B.; O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2016. p. 28

22 Ibid., p. 29

23 Ibid., p. 29

24 Ibid. p. 39

25 Ibid. p. 40

Cabe reafirmar que, de acordo com o ordenamento jurídico, mais especificamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor de 12 anos em nenhuma hipótese poderá figurar como consenciente.

Já no que se refere aos adolescentes, que correspondem aos indivíduos entre doze e dezoito anos de idade, pessoas em desenvolvimento, é fundamental afirmar que o bem jurídico tutelado é o sadio desenvolvimento da sexualidade; e, por isso, a capacidade discernimento é indispensável para a relativização do conceito de vulnerável. Portanto, é preciso, com exceção das crianças, avaliar em cada caso concreto a verdadeira capacidade de compreensão do indivíduo.

Em relação ao consentimento, entende-se que para que seja apto a excluir a tipicidade ou a antijuridicidade, faz-se necessária a ausência de qualquer dos vícios de vontade, que são: o erro, a fraude e a coação.²⁶

O erro se dá quando o consenciente faz um falso juízo sobre os elementos ou as circunstâncias do fato, capaz de modificar a sua noção sobre o objeto da ação, conhecendo-o de forma que não corresponde à realidade, sendo que a sua declaração seria diferente caso tivesse o real conhecimento. E por essa razão, a vítima não expressa a sua autonomia em relação ao bem jurídico.²⁷

A fraude é quando o consentido ou algum terceiro utiliza, dolosamente, artifício com o intuito de confundir a compreensão do consenciente acerca dos elementos ou das circunstâncias do fato, fazendo com que a vítima conceda o seu consentimento, o qual não faria se tivesse conhecimento sobre a realidade.²⁸

A coação se dá quando o consentimento é conferido por meio de emprego de violência física ou moral, podendo ser feita pelo consentido ou por um terceiro.²⁹

Acrescenta-se, por fim, que não há na lei nenhum indicativo expresso sobre o instituto do consentimento ser fundamento para a exclusão de um crime. No entanto, doutrinariamente, é entendido que o consentimento do ofendido é uma causa de exclusão da tipicidade quando o dissenso for elemento do tipo.³⁰

26 LEQUES, R. B.; O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2016. p. 41-42

27 Ibid. p. 42-43

28 Ibid. p. 45

29 Ibid. p. 46

30 Ibid. p. 55

Outrossim, nos outros casos, quando o dissenso não for elemento do tipo, prepondera que o consentimento será uma causa de exclusão da antijuridicidade (ou de ilicitude, ou, ainda, causa de justificação).³¹

As aplicações dos institutos dependerão da noção de bem jurídico e à sua possibilidade de disposição pelo titular, ou seja, dependerão da disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos.³²

Por isso, entende-se que bens jurídicos disponíveis são aqueles que permitem o abandono por parte do titular e os indisponíveis não, pois tratam-se de direitos que o Estado visa proteger, tendo em vista a utilidade social do bem.³³ Portanto, tem-se que o disponível é aquele que o titular, no pleno exercício de sua autonomia, pode abrir mão da sua proteção por parte do Estado.

De outro modo, o indisponível é aquele que deve ser protegido em qualquer situação, mesmo contra a vontade do seu titular. Isso se dá porque a Constituição Federal, conjuntamente com o Direito Penal, no que se refere à dignidade da pessoa humana como objetivo, visa determinar alguns bens jurídicos, no caso os indisponíveis, que a pessoa sem eles não poderia ter uma vida digna.³⁴

Há parte da doutrina que entende que o consentimento do portador do bem jurídico em questão, hipoteticamente, não poderá excluir o injusto penal:

Pode-se apontar três hipóteses: (i) crimes nos quais o legislador, através de uma presunção, impede a livre e responsável decisão da vítima, declarando no próprio tipo a ineficácia do consentimento; (ii) quando o bem jurídico seja a vida humana, tendo em vista que poder haver decisão precipitada ou influenciada por alterações psíquicas, devendo a vítima ser protegida de si mesma; (iii) quando houver lesão, exceto nos casos em que o consentimento não contrarie os bons costumes.³⁵

No tocante ao primeiro item, que é objeto de estudo deste projeto, deve-se salientar que existe a dúvida de que seria possível a relativização da presunção, admitindo-se prova em

31 LEQUES, R. B.; O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2016. p. 56

32 Ibid. p. 32

33 LEQUES, R. B.; O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2016. p. 32

34 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade sexual: o objeto de tutela nos crimes sexuais e a exploração sexual. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.15, n.85, abr./maio 2014. p. 102

35 LEQUES, op. cit., p. 33

sentido contrário, a fim de demonstrar a possível existência de capacidade de consentir da vítima no caso concreto.³⁶

Conseqüentemente, entende-se que o Estado deve garantir o mínimo de dignidade humana a fim de que cada um tenha a liberdade e consciência para fazer suas próprias escolhas, ou seja, a ideia de que a função da proteção dos bens jurídicos seja uma garantia de mínimo existencial fornecido pelo Estado: “O mínimo existencial é o direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”³⁷

2.1.1 O consentimento justificante

O estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito são causas legais de justificação previstas no artigo 23 do Código Penal.³⁸ Portanto, o ordenamento jurídico não faz menção ao consentimento do ofendido, o qual é considerado como causa supralegal de justificação.

No entanto, pensa Bitencourt que:

[...] o caráter dinâmico da realidade social permite a incorporação de novas pautas sociais que passam a integrar o cotidiano dos cidadãos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas. Por isso, condutas outrora proibidas adquirem aceitação social, legitimando-se culturalmente.³⁹

Por se tratar de causa supralegal, a doutrina conferiu os requisitos necessários ao consentimento justificante: a) manifestação livre sem vício de vontade; b) a capacidade do ofendido de consentir; c) bem jurídico seja disponível; d) que o fato típico se limite e se identifique com o consentimento do ofendido.⁴⁰

Muito embora não seja uma matéria com total aceitação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, observa-se que a maioria tem adotado o entendimento de que se trata de excludente de ilicitude aceitável, ainda que não prevista expressamente em lei.⁴¹

36 LEQUES, R. B.; O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2016. p. 33-34

37 TORRES, apud. MARTINELLI, op. cit. p. 102

38 BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 de jun. 2017.

39 BITENCOURT, C. R.; Tratado de direito penal: parte geral I. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 405

40 Ibid. p. 407

41 NUCCI, G. de S.; Código penal comentado. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 243

Há muitos doutrinadores que afirmam que, embora aceitem o consentimento do ofendido como uma causa de exclusão da ilicitude, somente poderá ocorrer quando o bem jurídico for considerado disponível.

Tendo em vista que o bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável é a dignidade sexual e que não se trata de um bem jurídico disponível, fica evidente o não enquadramento do consentimento como causa de justificação no crime sexual contra o vulnerável.

2.1.2 O consentimento como excludente da tipicidade

Com o intuito de entender o consentimento como excludente da tipicidade, é preciso avaliar o tipo legal. O tipo é um conjunto de elementos do fato punível que está descrito na lei penal. O tipo, por essa razão, exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas. Cada tipo executa uma função particular e não havendo correspondência entre uma conduta e um tipo, esta não poderá se dar por analogia ou interpretação extensiva.⁴²

Já a tipicidade, por sua vez, é a conformidade do fato, em análise, com a descrição abstrata do tipo na lei penal.⁴³ Portanto, quando diante de um juízo de tipicidade negativo, ou seja, quando o fato não se enquadrar na descrição abstrata da lei, surgirá a atipicidade de uma conduta, o que significará que esta não é relevante para o Direito Penal.

Com isso, têm-se que nos crimes sexuais, em geral, a discordância da vítima é a base de todo injusto típico. E, por essa razão, o seu consentimento, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício de vontade, produz a exclusão da tipicidade.

Entende-se, também, por tipicidade material a consequência da construção doutrinária objetiva que segue o pensamento de política criminal e que procura, antes de pensar o direito penal, outras formas de resolver os conflitos sociais de baixa ofensividade.⁴⁴

Antes de surgir essa moderna forma de pensar o direito penal, a teoria do delito, no que concerne ao juízo de tipicidade, previa somente a modalidade formal. Ou seja, bastava que o fato praticado pelo agente se encaixasse na descrição do tipo penal para a existência da tipicidade. Não obstante, com o tempo e as necessidades reais da sociedade, houve um

42 BITENCOURT, C. R.; Tratado de direito penal: parte geral I. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 344

43 Ibid. p. 346

44 MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S.; Lições fundamentais de direito penal: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 436

engrandecimento da proteção dos bens jurídicos pelo direito penal e, por essa razão, o juízo de tipicidade passou a exigir, além disso, um grau mínimo de perigo ou lesividade ao objeto jurídico tutelado. Portanto, não basta a existência das elementares descritas no tipo para confirmar a tipicidade da conduta, é necessário, ainda, verificar o seu grau de ofensividade.⁴⁵

Com isso, verifica-se que a tipicidade, então, é o resultado da soma entre a tipicidade formal e tipicidade material.⁴⁶

Portanto, a análise da tipicidade formal é fundada nos seguintes requisitos: a conduta; o resultado naturalístico (que é exigido nos crimes materiais); nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; e, por fim, a devida adequação desse fato à letra da lei.⁴⁷

Já a tipicidade material compreende a soma dos seguintes pressupostos: a imputação objetiva da conduta, que é a criação de um risco proibido juridicamente relevante; a produção de um resultado jurídico relevante, que significa a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido; a imputação objetiva do resultado, podendo se dar tanto com a conexão direta com o risco criado, quanto se estiver o resultado no âmbito de proteção da norma; e, por fim, a imputação subjetiva quando se tratar de crimes dolosos.⁴⁸

Abarca, ainda, a tipicidade material a ideia dos princípios da adequação social e da insignificância, que atuam como excludentes da tipicidade.

Em relação ao princípio da adequação social, que foi desenvolvido por Welzel⁴⁹, entende-se que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade típica de uma região, de modo que não constitua uma causa de justificação, pode ser interpretada como não lesiva ao bem jurídico tutelado.⁵⁰

Para ele, “socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história”.⁵¹

Os exemplos dados pela doutrina são: a colocação do brinco, a tatuagem e a falta no jogo de futebol. São situações aceitas pela sociedade, como forma de embelezamento (nos dois primeiros exemplos) e de ‘jogo de corpo’ (no último exemplo); embora, todas as

45 MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S.; Lições fundamentais de direito penal: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 436

46 GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 94

47 Ibid. p. 94-95

48 GOMES, op.cit. p. 95

49 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 259

50 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 345

51 WELZEL, apud. PACELLI op. cit. p. 259

condutas possam lesionar a integridade física de outrem. Por essa tal razão, são considerados atípicos materialmente.

Portanto, a adequação social é, sim, fundamento para a exclusão da tipicidade material, por conta da conduta ser aceita socialmente e, por isso, não se ajustar ao modelo legal incriminador imaginado pelo legislador, uma vez que possui por finalidade proibir condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos tutelados.⁵² Tem-se que evolução do pensamento e dos costumes da sociedade é fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade.

Nessa conjuntura, explica ROXIN que:

A vida diária nos apresenta uma quantidade de privações de liberdade adequadas ao tipo nas quais o observador natural não pensaria nem mesmo em perguntar a respeito de justificação para o fato, pois ‘essa ação se desenvolve completamente dentro dos limites de ordem histórico--ético-social da vida em comunidade e é permitida por esta ordem’. É o que acontece, por exemplo, nos casos em que os modernos meios de transporte privam a liberdade pessoal do particular, permitindo que desça apenas nos lugares onde está previsto e não simplesmente onde queira.⁵³

Salienta-se que para analisar tal conduta se socialmente adequada ou não, deve-se considerar alguns critérios: a) a princípio, é preciso considerar a sociedade como um todo; uma vez que o Código Penal possui validade nacional, para todo o Brasil; b) numa ótica excepcional (forma que se enquadra no crime em foco desse estudo), uma conduta socialmente aceita em determinada região do País – e não em outras – pode acabar por afastar a tipicidade; c) quando analisado esse princípio no caso concreto, a observação tem que ser de maneira ampla, pela maioria, quase que uma unanimidade (ainda que esta seja impossível de atingir), sendo necessário considerar tal conduta realmente ignorada pela sociedade em geral. Não devendo ser incluído nesse cenário a conduta socialmente adequada só para alguns. Deve-se analisar, em todo o universo brasileiro, como se comportam as pessoas em sociedade diante dessa tal conduta; d) por fim, cabe ao julgador verificar no caso concreto cada conduta, de acordo com a sua experiência e dentro da sua imparcialidade.⁵⁴

Conclui-se, portanto, que apesar de ser possível aplicar a ideia de tipicidade material para resolver a questão desse estudo, fica evidente que ela se esbarra, principalmente, no item c acima explanado. Pois a sociedade como um todo não aceita relacionamentos sexuais de

52 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 345

53 ROXIN, apud. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 337

54 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 347

adolescentes com 13 e 14 anos. De outro modo, a questão tratada neste trabalho não pode simplesmente ser resolvida com o instituto do consentimento, posto que o bem jurídico da dignidade sexual, no aspecto do sadio desenvolvimento sexual do menor não permite que tal regra coexista.

Outrossim, no dia 25 de outubro de 2017 o Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula 593 que diz o seguinte:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.⁵⁵

Enfim, embora o consentimento do ofendido desempenhe as funções de exclusão de tipicidade e de causa supralegal justificante, este trabalho afasta sua relação com a vulnerabilidade prevista no art. 217-A do Código Penal. Neste caso, afirma-se que o consentimento está relacionado com a liberdade sexual e não com a vulnerabilidade, conforme será debatida no próximo capítulo.

⁵⁵ Disponível em <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/25/sumula-593-stj-estupro-de-vulneravel-consentimento-experiencia-sexual-e-relacionamento-amoroso/>>. Acesso em 26 de out 2017.

3 FATORES SOCIAIS, CULTURAIS E JURÍDICOS QUE INFLUEM NO CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Este capítulo objetiva compreender o conceito de vulnerabilidade com base na capacidade de discernimento. Em um primeiro momento, a discussão compreenderá a relação entre a presunção relativa e a presunção absoluta; em um segundo momento, a relativização de vulnerável será buscada na comparação com as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de fundamentá-la na capacidade de discernimento.

A Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde, entende a vulnerabilidade como o “[...] estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.⁵⁶

Ou seja, vulnerável nada mais é do que o mesmo grupo de pessoas em que a legislação, antes da Lei 12.015/09, presumia a violência: o menor de quatorze anos, ou 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.

Com isso, por força da Lei 12.015/09, o vulnerável - aquele que é passível de lesão ou despido de proteção - passou a ser a denominação daquele que é incapaz, de forma válida, de consentir para o ato sexual.⁵⁷

Com a edição da Lei 12.015/09, pensou o legislador que era possível que as pessoas incapazes pudessem se relacionar sexualmente sem que houvesse uma coação física, no entanto estariam sofrendo uma coação psicológica, uma vez que pelo seu estado natural seria impossível a compreensão da seriedade do ato sexual.⁵⁸

Com esta proteção rígida, na medida de sua objetividade, quis o legislador considerar o ato sexual como ato danoso ao incapaz, principalmente quando não houvesse o consentimento (ainda que inválido).

56 Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 26 set 2017.

57 NUCCI, G. de S.; Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 34-35

58 NUCCI, G. de S.; Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 99

Sendo, por isso, que a vulnerabilidade, tanto em razão da idade ou do estado/condição da pessoa, está ligada à capacidade de reação do vulnerável diante de intervenções de terceiros no âmbito da sexualidade.⁵⁹

Vale destacar que, de um tempo para cá, as relações sexuais tidas antes do casamento passaram a ser mais aceitas e, em geral, essas relações são consideradas social e moralmente aceitáveis, por conta do” amadurecimento sexual mais precoce dos jovens, o do controle parental, escolar e do grupo de pares sobre a sexualidade na adolescência.”⁶⁰

Outrossim, deve-se salientar a ocorrência de uma revolução sexual, por meados do século XX, que resultou em modificações em nossa cultura e sociedade, motivando o amadurecimento precoce dos adolescentes.⁶¹

Sem contar que a transformação dos meios de comunicação, seja a *internet* ou a televisão, com a importante função na formação dos valores da sociedade, tornou o acesso dessas crianças e adolescentes mais imediato e claro, tornando-se constantes temas como a violência, a prostituição, o adultério e o sexo.

Por essa tal razão, “[...] negar a autodeterminação sexual de forma irrestrita pode ser, em muitos casos, inconveniente, dado o momento histórico-cultural vivenciado.”⁶²

Acrescenta-se que, na realidade que esta sociedade vivencia hoje, existem garotas e garotos na faixa dos seus 13 anos, que já possuem desenvolvimento físico e psicológico mais avançado, como bem disse o Ministro Marco Aurélio:

Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir.⁶³

Contudo, essas mudanças nos padrões de comportamento dessa nova juventude não se deram, por óbvio, de forma generalizada, visto que a sexualidade depende muito, ainda, das classes sociais e das tradições de cada região do Brasil.

Destarte, torna-se complicado utilizar de conceitos tão objetivos (como, por exemplo, a idade) para a definição da vulnerabilidade absoluta e da aceitação válida para a prática

59 OLIVEIRA, G. G. de. Estupro de vulneráveis: uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte/MG, v. 29, n. 181, janeiro/fevereiro 2015. p. 413

60 *Ibid.* p. 411

61 *Ibid.* p. 415

62 *Ibid.* p. 415

63 Apud. NUCCI, G. de S. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2016. p. 879

sexual, e, por isso, deve a lei procurar se amoldar à realidade e às necessidades sociais, e não a realidade a ela.

E, portanto, evidente é que tal instituto deve ser sempre avaliado, não de acordo somente com a idade (a qual seria apenas um indicativo de vulnerabilidade), mas em relação às características pessoais da vítima no caso concreto.

Dessa forma, nota-se, a seguir, que o legislador entende o conceito de vulnerabilidade, no que se refere ao conceito objetivo da idade, de forma relativa.

3.1 A DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

A discussão acerca da presunção absoluta e relativa da vulnerabilidade merece destaque neste trabalho para a compreensão do conceito de vulnerável do art. 217-A.

Esses dois institutos tratam unicamente acerca da natureza da presunção legal do crime de estupro de vulnerável, presunção absoluta ou relativa, independentemente da gravidade ou da natureza da vulnerabilidade.⁶⁴

A presunção absoluta de vulnerabilidade é uma presunção *juris et jure*, ou seja, que não admite prova em sentido contrário, sendo a vítima, indiscutivelmente, vulnerável.⁶⁵

Já na relativa tem-se uma presunção *juris tantum*, que significa que a vulnerabilidade deverá ser comprovada, podendo ser a vítima vulnerável, ou não ser, cabendo a análise caso a caso, a fim de verificar se naquela situação consta tal circunstância pessoal.⁶⁶

Outra discussão que se trava é sobre a vulnerabilidade absoluta e relativa, onde distintamente, neste ponto, parte-se do princípio que a vulnerabilidade existe, sem estar dimensionado o seu grau, intensidade ou extensão.⁶⁷

Uma vez que a vulnerabilidade pode apresentar-se em graus distintos numa mesma faixa etária, por exemplo, faz-se necessária a sua valoração no caso concreto.

Portanto, essencial um duplo juízo valorativo, “um sobre a natureza da presunção e outro sobre o grau ou intensidade da própria vulnerabilidade.”⁶⁸

64 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 101

65 Ibid. p. 101

66 Ibid. p. 101

67 Ibid. p. 102

Bem provável que a Lei 12.015/09 levou em conta que o sujeito passivo seria alguém absolutamente vulnerável, ou seja, pessoa de vulnerabilidade máxima/extrema.⁶⁹

À vista disso, tem-se que a vulnerabilidade pode ser relativa de acordo com o grau do estado de capacidade de resistência: “A completa incapacidade torna absoluta a vulnerabilidade; a pouca, mas existente, capacidade de resistir faz nascer a relativa vulnerabilidade”⁷⁰

Sendo possível, por isto, que no caso concreto possa existir uma vulnerabilidade relativa, ainda que sejam em pessoas com idade ou deficiência, por circunstâncias e/ou peculiaridades pessoais ou particulares e, assim, não poderem ser consideradas absolutamente vulneráveis.⁷¹ Quis o legislador, com essa mudança, acabar com a discussão antiga sobre a presunção de violência (absoluta x relativa) e criar uma espécie de presunção de violência absoluta e implícita para o vulnerável.

A princípio o legislador de 1940 havia optado em presumir a violência nos casos de estupro de menores de 14 anos. Já o legislador em 2009 escolheu colocar essa violência implícita (ou presunção implícita) em forma de vulnerabilidade.⁷²

O legislador de 1940, ainda em tempo de ditadura foi mais democraticamente transparente que o atual (2009), no que se refere às causas que levam à presunção de violência. Todavia, na época em que o ordenamento jurídico deveria redemocratizar-se à luz de um modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo utiliza da mesma presunção de violência, no entanto, disfarçada, na intenção de enganar o intérprete e o aplicador da lei.⁷³

Trata-se de uma mudança disfarçada de eficiência a fim de sepultar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal, à época, sobre a relatividade da presunção de violência.⁷⁴

Da mesma forma, acrescenta Bitencourt: “Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança do rótulo não altera a substância.”⁷⁵

68 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 102

69 Ibid. p. 103

70 NUCCI, G. de S.; Código Penal Comentado. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 928

71 BITENCOURT, op. cit., p. 103

72 Ibid. p. 99

73 Ibid. p. 99-100

74 Ibid. p. 100

Não obstante a essa tentativa legislativa de enganação, manifesto é seguir o entendimento que vinha sendo expressado pelo STF de examinar caso a caso, a fim de se verificar no caso concreto se “[...] as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea.”⁷⁶

A fim de demonstrar o que vinha sendo decidido pelo STF, segue parte da decisão do Min. Marco Aurélio:

A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente virtiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.⁷⁷

Infere-se, portanto, que há, ainda, a necessidade de avaliação da vulnerabilidade, se relativa ou absoluta, no caso concreto.⁷⁸

3.2 A VULNERABILIDADE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL EM COMPARAÇÃO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Este trabalho afirma que a vulnerabilidade deve ceder à realidade, sobretudo, porque não há como deixar de reconhecer a capacidade de discernimento prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para maiores de 12 anos. Neste ponto, há uma vulnerabilidade relativa baseada na capacidade de compreensão do menor.

Inicialmente cabe analisar o que a Constituição Federal no § 4º do art. 227 define:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de

75 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 100

76 Ibid. p. 100

77 Ibid. p. 100-101

78 Ibid. p. 101

toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.⁷⁹

Com isso, conclui-se que a Constituição foi bem clara ao determinar ao legislador ordinário que faça uma lei que deverá punir severamente os crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Contudo, em 1990, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei específica para o desenvolvimento legislativo de proteção aos bens jurídicos que envolvam essas pessoas, não ficando exclusivo a ele a criminalização de condutas, uma vez que o próprio Código Penal (1940) já trazia tipos penais desse estilo.

Destaca-se que o estupro de vulnerável (Lei 12.015/2009) veio após a criação do Código Penal, e por essa razão entende-se a inovação do tipo, bem como após a criação do Estatuto, não demonstrando ter o cuidado de seguir o raciocínio utilizado por essa lei mais específica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) diz o seguinte: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”⁸⁰

Ao passo que o ECA, Lei mais especializada e mais antiga, traz que o adolescente é pessoa maior de 12 anos, verifica-se que a proteção penal ao menor de 14 anos ainda continua rígida.⁸¹

Pensa Nucci que “O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos crimes sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos da sociedade.”⁸²

E, ainda, que:

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deve ser eliminada desse cenário.⁸³

79 BRASIL, Constituição Federal, de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 de jun. 2017.

80 BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 de jun. 2017.

81 NUCCI, G. de S.; Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 37-38

82 Ibid. p. 37

83 NUCCI, G. de S.; Código Penal Comentado. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 928

Logo, entende-se, com o intuito de chegar a uma lógica legislativa, que o direito penal deveria tutelar como absoluta a vulnerabilidade nos casos em que se tratar de criança (menor de 12 anos), e relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos).⁸⁴

Por essa razão, este trabalho afirma que continua necessário o debate acerca da capacidade de discernimento dos adolescentes que possuem 12 ou 13 anos.

Explana Bitencourt que:

Esse fundamento é mais que suficiente para justificar a tutela penal, exatamente pela vulnerabilidade que referidos sujeitos passivos apresentam; a gravidade da sanção cominada, que não deixa de ser proporcional à gravidade de desvalor da ação praticada, no entanto, recomenda que se avalie criteriosamente a real existência (relatividade) de suas condições de vulneráveis.⁸⁵

Diante disso, conclui-se que o legislador, ao menos na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade, e nem mesmo nas suas próprias leis, no que se trata da definição de criança ou adolescente.⁸⁶

Isto posto, fica evidente que a simplória modificação na redação do tipo não é suficiente para alterar a realidade dos novos jovens da sociedade e também no que se refere aos debates que se deram por anos nas cortes brasileiras, em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos.

84 NUCCI, G. de S.; Código Penal Comentado. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 928

85 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 108

86 NUCCI, op. cit. p. 928

3.3 OS TIPOS PENAIS QUE LEVAM EM CONSIDERAÇÃO A VULNERABILIDADE

O texto a seguir objetiva reafirmar que o bem jurídico tutelado é a dignidade humana no aspecto do sadio desenvolvimento da sexualidade dos menores de 14 anos e maiores de 12 anos relacionado à capacidade de discernimento; e, não no aspecto da sua liberdade sexual. Para isso, trará ao debate os crimes sexuais contra vulnerável previstos no Capítulo II, pois uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a Lei 12.015/2009 consistiu em conferir aos menores de 18 anos especial proteção contra abusos sexuais e contra outras diversas formas de exploração sexual.

Em alguns dispositivos, a lei estabeleceu tratamento diferenciado em relação ao menor de 14 anos e, ao maior de 14 anos e menor de 18 anos. Quanto ao maior de 14 anos e menor de 18 anos, a lei reconheceu alguma liberdade sexual. Embora se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, a lei não concede ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir, no caso concreto, o grau de maturidade sexual para aplicação dos dispositivos legais. Os crimes sexuais contra vulnerável abrangem o estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (ar. 218), satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e Exploração sexual (art. 218-B).

3.3.1 O estupro de vulnerável

No crime de estupro de vulnerável o bem jurídico protegido é a dignidade sexual cujo fundamento está na evolução e no desenvolvimento sadio da personalidade do menor para que ele possa na fase adulta decidir, sem que traumas psicológicos possam afetar o seu comportamento sexual.⁸⁷

Para o propósito deste trabalho, são sujeitos desse crime quaisquer pessoas, sendo homens ou mulheres indistintamente. No entanto, para figurar especialmente como passivo deve haver a condição de vulnerabilidade já destacada aqui. Ainda consta um aumento de metade da pena para quando o sujeito ativo for, ascendente, padrasto/madrasta, irmão,

⁸⁷ BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.95

enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador, ou, ainda, se assumiu por lei ou outra forma obrigação de proteção ou vigilância.⁸⁸

O tipo objetivo abarcado por este crime é praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável. Sendo que o tipo subjetivo exige que haja dolo consciente do agente ativo e que este possua conhecimento da vulnerabilidade da vítima.⁸⁹

A consumação do delito se dá das seguintes formas:

[...] na modalidade constringer à conjunção carnal, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himinal, quando existente, consuma-se, enfim, com a cópula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação. Na modalidade – praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso – consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso.⁹⁰

Denota-se que há a possibilidade de tentativa, no entanto ressalta-se a grande dificuldade de se constatar tal modalidade no caso concreto, embora o crime seja plurissubsistente.

Tem-se, ainda, que a pena cominada para o crime previsto no *caput* é de reclusão de 8 a 15 anos, recebendo variações de acordo com os demais resultados do crime, sendo para lesão corporal de natureza grave a pena passa a ser de 10 a 20 anos e para morte da vítima de 12 a 30 anos.

3.3.2 O induzimento do menor para satisfazer a lascívia de outrem

Este crime está previsto no art. 218 do Código Penal⁹¹ e para melhor entendê-lo se faz necessário lembrar um conceito muito importante, para este e para os próximos crimes, que é o lenocínio.

O lenocínio nada mais é do que, diferentemente de outros crimes, a satisfação da lascívia de um terceiro e não de si mesmo.⁹²

⁸⁸ BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 96

⁸⁹ Ibid. p. 98 e 100

⁹⁰ Ibid. p. 103

⁹¹ Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Aqui, da mesma forma que no crime de estupro de vulnerável, não há o que se falar em liberdade sexual, sendo o bem jurídico protegido a dignidade sexual no aspecto do sadio desenvolvimento da sexualidade do menor de 14 (catorze) anos.

Os sujeitos neste crime são muito parecidos com o do estupro de vulnerável, mas com algumas diferenças. Surge a presença do *outrem*, que nada mais é do que um coautor no crime, podendo dependendo do caso responder pelo crime de estupro de vulnerável, se o ficar configurado. Ressalta-se que embora haja essa possibilidade ele não é punido por este crime.

O lado passivo restringe-se somente ao menor de 14 (catorze) anos – pois sendo este maior, irá configurar o crime previsto no art. 227, § 1º, do Código Penal⁹³. Destaca-se, por essa razão, que há uma lacuna na lei no que se refere ao adolescente que acabara de completar seus 14 (catorze) anos, que segundo Estefam a melhor saída seria aplicar o § 1º do art. 227 e não o *caput*, uma vez que o objetivo principal da norma ao criar é punir no *caput* os adultos – maiores de 18 (dezoito) anos.⁹⁴

A consumação ocorrerá quando o vulnerável praticar algum ato que possa satisfazer a lascívia de terceiro, ainda que este não se satisfaça efetivamente. A tentativa cabe quando o vulnerável, ainda que induzido pelo sujeito ativo, não ceder à influência ou quando a ele não se dispõe o terceiro.⁹⁵

3.3.3 A satisfação da lascívia própria ou de outrem na presença de criança ou adolescente

Este crime, acrescentado pela Lei 12.015/09, está previsto no artigo 218-A⁹⁶ e também traz o vulnerável como pessoa menor de 14 (catorze) anos. A grande questão desse crime é proteger esse vulnerável contra influência ou ato de terceiro que possa prejudicar a sua formação ou desenvolvimento sexual.

92 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 105

93 § 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

94 ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

95 MIRABETE, J. F.; RENATO, N. F.; Manual de Direito Penal, Volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 29 Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 421

96 Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

No entanto há uma grande crítica à referência feita pelo tipo penal em seu título onde diz “às crianças e aos adolescentes”, quando na verdade a proteção restringe-se aos menores de catorze anos. A crítica se faz ao considerar que a lei é falha ao deixar de tutelar a formação dos indivíduos entre catorze e dezoito anos de idade, que podem muito bem – dependendo da sua inserção social – serem ainda vulneráveis.⁹⁷

Neste crime existem duas modalidades previstas no tipo: 1) praticar, na presença da vítima, conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso; 2) induzir a vítima a presenciar conjunção carnal ou outro ato de libidinagem.

Na primeira hipótese, o agente se aproveita da presença do vulnerável para satisfazer a sua própria lascívia ou de terceiros e na segunda hipótese o agente corrompe a vítima, persuadindo-a a presenciar, viciando a sua vontade.⁹⁸

No entanto, independente das duas hipóteses se faz necessária a presença física da vítima no local onde se realiza a cena de libidinagem, embora Nucci pense de maneira diferente: afirma que hoje, com a tecnologia, é possível estar presente sem estar fisicamente, por meio de câmeras e aparelhos de TV ou monitores.⁹⁹ P

A consumação se dá com a prática do ato libidinoso ou conjunção carnal na presença da vítima e a tentativa quando o ato sexual não chega a ser praticado.¹⁰⁰

3.3.4 O favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

É neste tipo penal que se verifica uma outra noção utilizada pelo legislador para conceituar o vulnerável. Vejamos. Ele está previsto no artigo 218-B do Código Penal¹⁰¹ e também teve sua inclusão em 2009.

97 NUCCI, Guilherme de Souza. et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B, introduzidos pela Lei 12.015/2009). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 9-35, set./out. 2010

98 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.116

99 Ibid. p. 117

100 MIRABETE, J. F. ; RENATO, N. F.; Manual de Direito Penal, Volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 29 Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 422

101 Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1o Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Há dois núcleos dentro desse crime: o primeiro que é composto pelos quatro primeiros verbos do tipo penal – submeter, induzir, atrair e facilitar – que são condutas que visam aliciar a vontade da vítima; e o segundo que compreende os dois últimos verbos – impedir e dificultar – que na verdade, embora opostos aos primeiros verbos, para o legislador possuem a mesma gravidade, uma vez que evitam que a vítima saia do mundo da prostituição.¹⁰²

Para a consumação desse crime se realizar é desnecessário que a vítima esteja efetivamente entregue à prostituição e que tenha, por isso, mantido diversas relações carnavais, uma vez que o objetivo dessa tipificação é proteger a vítima que se dedica à prostituição (frequentar estabelecimento adequado para tal, modo de vida). Por óbvio os dois núcleos do tipo consumam-se em momentos distintos. Mais uma vez se está diante de um tipo muito difícil de verificar a tentativa.¹⁰³

Nota-se que, para este crime, os sujeitos passivos são o menor de 18 (dezoito) anos e a pessoa portadora de enfermidade ou doença mental que não tem discernimento com relação às práticas sexuais. Evidencia-se: menor de 18 (dezoito) anos.¹⁰⁴

Destarte, repara-se que o legislador, sem nenhuma explicação, optou, político-criminalmente, por ampliar a concepção de vulnerável que vinha adotando nos 3 primeiros crimes analisados.

Como bem escreveu Bitencourt “o atual texto legal é retrógrado, reacionário, e ignora a evolução da sociedade, confunde moral com direito, tornando-se merecedor de críticas”.¹⁰⁵ Isso se dá, pois, o legislador ignorou cegamente a evolução moral sexual da sociedade e a independência e maturidade conquistada pelos jovens nesses novos tempos, criminalizando severamente comportamentos morais.

Diante desse fato, fica claro que:

§ 2o Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3o Na hipótese do inciso II do § 2o, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

102 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 123

103 Ibid. p. 135

104 MIRABETE, J. F.; RENATO, N. F.; Manual de Direito Penal, Volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 29 Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 423

105 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 126

[...] na realidade, o legislador utiliza o conceito vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade.¹⁰⁶

Embora existam concepções distintas de vulnerabilidade, é preciso ressaltar que a relativização do conceito não pode servir para a exploração sexual.

3.5 O DESENVOLVIMENTO DA MATURIDADE SEXUAL

Conforme vimos ao longo deste capítulo, a vulnerabilidade sexual está intimamente ligada ao desenvolvimento sexual individual de cada ser humano e que, por isso, a tentativa da lei em criar um padrão objetivo – idade – é absurdo, passa-se a verificação do que a psicologia nos ensina sobre este assunto.

É preciso entender que a adolescência, é “o período de transição entre a infância e idade adulta que envolve mudanças biológicas, cognitivas e socioemocionais”¹⁰⁷. Além disto, ressalta-se que esta definição não leva só em consideração a idade, mas também as influências socioculturais.

No entanto, apesar da provável variação das circunstâncias culturais e históricas dos países, a adolescência hoje começa aproximadamente entre os 10 e 13 anos e termina por volta dos 19 anos.¹⁰⁸

A transição da infância para a adolescência é muito complexa e envolve muitas mudanças em muitos diferentes aspectos da vida de um indivíduo, dentre eles: biológicas (acelerado crescimento, as alterações hormonais e a maturação sexual que vem com a puberdade, o cérebro permite um pensamento mais avançado), cognitivas (aumento do pensamento abstrato, idealista, lógico e mais egocêntrico) e socioemocionais (busca pela independência, conflito com os pais e o desejo de passar mais tempo com os pares).¹⁰⁹

É no início da adolescência que verificamos um procedimento humano natural chamado de puberdade, que nada mais é do que um período de rápida maturação física,

106 BITENCOURT, C. R.; Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 99

107 SANTROCK, J. W.; Adolescência. 14. Edição. Porto Alegre: Editora AMGH, 2014. p. 47

108 Ibid. p. 47

109 SANTROCK, J. W.; Adolescência. 14. Edição. Porto Alegre: Editora AMGH, 2014. p. 49

envolvendo alterações hormonais e corporais, que trazem consigo a maturidade sexual completa.¹¹⁰

Têm-se, ainda, ligado à puberdade as variações ocasionadas por fatores socioculturais e ambientais de diferentes lugares. Por exemplo, os adolescentes dos países desenvolvidos ou de grandes áreas urbanas alcançam a puberdade mais cedo do que os de países menos desenvolvidos ou de áreas rurais.¹¹¹

Existem, também, outros fatores/experiências iniciais de vida que influenciam para uma puberdade mais precoce, os quais são: adoção, ausência paterna, baixa condição socioeconômica, conflito familiar, severidade materna, maus-tratos na infância e uso precoce de substâncias.¹¹²

Conclui-se, dessa forma, que a puberdade age em cada ser humano de maneira diferente por depender de muitos fatores e que afirmar a vulnerabilidade com base única e exclusivamente em uma idade escolhida sem muita cautela e razão pode ocasionar muitos problemas sociais.

Uma pesquisa realizada pela UNESCO no ano de 2000, ou seja, há 17 anos, já demonstrava que grande parte dos adolescentes das capitais brasileiras iniciaram-se sexualmente entre as faixas etárias de 10 e 14 anos, conforme se verifica a seguir: Belém 46,5% dos adolescentes entrevistados, Cuiabá 53,3%, Distrito Federal 43,1%, Florianópolis 42,6%, Fortaleza 45,8%, Goiânia 46,4%, Manaus 56,9%, Porto Alegre 53,9%, Recife 51,6%, Rio de Janeiro 45,9%, Salvador 50,1%, São Paulo 51,9% e Vitória 48,1%.¹¹³

Denota-se, com isso, que a quantidade de adolescentes há quase duas décadas que já mantinham relações sexuais antes de fazerem 14 anos é muito alta, demonstrando, então, que a rigidez do legislador ao fechar seus olhos para uma realidade que atravessa décadas de cultura é preocupante. Uma vez que não cabe ao legislador querer modificar uma realidade com a força de uma lei, com o intuito de impor algo a contragosto da sociedade.

110 BEE, H.; *A criança em desenvolvimento*. 7 Edição. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1996. p. 118.

111 SANTROCK, op. cit., p. 75

112 Ibid. p. 75

113 ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. G. ; SILVA, L. B. da. *Juventude e Sexualidade*. Brasília: UNESCO, 2004. p. 72

3.6 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A SUA APLICABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A imputação objetiva surge como uma alternativa à teoria da causalidade utilizada pelo Código Penal, apresentando-se como uma teoria funcionalista do crime.¹¹⁴

Essa teoria nasceu com Pufendorf e Hegel. Hegel trazia, no século XIX, como objetivo desse conceito a imputação ao sujeito, diante dos variados cursos causais, somente aqueles que pudessem ser considerados como de sua obra, ou seja, fazendo uma conformação do mundo através do sujeito.¹¹⁵

No final desse século, as correntes causalistas cresceram muito por meio de von Liszt e Beling e, por essa razão, a teoria da imputação objetiva ficou inerte.¹¹⁶ Havia, então, o predomínio da regra da *conditio sine qua non*, que até hoje é a base da teoria do delito, aplicada no que chamamos de equivalência das condições. Esta regra funciona da seguinte forma: só será causa relevante para o Direito Penal aquela que a suprimindo mentalmente faz com que o resultado desapareça também.¹¹⁷

Com o avanço do neokantismo, admitiu-se o *regressus ad infinitum* do nexo de causalidade como o grande problema desta teoria e, por isso, deveria ser restringido logo no tipo objetivo. E, com isso, surgiu a teoria da adequação (fundada por von Kries e desenvolvida por Traeger), que buscava eliminar os cursos causais improváveis, mediante um critério normativo.¹¹⁸

Em meados de 1930 iniciaram os estudos da *imputatio* por Richard Honing, a fim de destacar que só seria imputável aquele resultado que pudesse ser considerado como “tendo ocorrido servindo aos fins”¹¹⁹.

Em seguida, Hans Welzel contribuiu com a elaboração da moderna imputação objetiva, por meio da teoria da adequação social.¹²⁰

114 JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1 : parte geral. 35. ed. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 321

115 SOUSA, Arthur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União Brasília, ESMPU v.11, abr. 2004. p. 12

116 Ibid. p. 12

117 Ibid. p. 13

118 SOUSA, op. cit. p. 14

119 SOUSA, Arthur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União Brasília, ESMPU v.11, abr. 2004. p. 15

120 Ibid. p. 16

Por fim, por volta de 1970, Claus Roxin retomou os estudos no que se refere a equivalência dos antecedentes causais e causação adequada, reiterando que a questão jurídica fundamental se encontra na elaboração de critérios a fim de estabelecer em quais circunstâncias se poderá imputar a uma pessoa determinado resultado.¹²¹

Claus Roxin, indo de encontro às teorias de delito existentes, que separavam a dogmática da política criminal, adotou uma teoria de direito penal funcional, onde dizia ser desnecessária a construção de uma teoria tão complexa e se diante de um caso concreto ela se demonstrasse, político-criminalmente, injusta ou equivocada.¹²²

Essa teoria traz como sua missão a resolução, de um ponto de vista normativo, acerca da atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta, consoante com os fins da responsabilidade penal.¹²³

A imputação objetiva da conduta e do resultado deverá ser avaliada após a verificação do nexo de causalidade. Com isso, a apreciação de um fato típico passa primeiro pela análise da conduta, depois pelo resultado material, em seguida pelo nexo de causalidade objetiva e, por fim, a imputação objetiva.¹²⁴

Diz a teoria da imputação objetiva ser necessário que:

[...] além do vínculo causal - pelo qual se prova a existência do fato -, o comportamento humano tenha criado ou incrementado um risco juridicamente relevante de uma lesão ao bem jurídico e, por último, que esse risco tenha se materializado no resultado.¹²⁵

Salienta-se que é possível com o que temos hoje - teoria do delito como ação típica, antijurídica e culpável - chegar a uma aplicação uniforme e racional do direito penal. Todavia, se utilizar essa teoria ao extremo, pode-se, no caso concreto, chegar a uma injustiça, não satisfazendo o objetivo do direito penal.¹²⁶

Por essa razão, pretende-se deixar claro que a teoria da imputação objetiva não planeja romper, e nem o faz, com os conhecimentos acumulados ao longo da nossa história dogmática

121 SOUSA, Arthur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União Brasília, ESMPU v.11, abr. 2004. p. 16

122 ROXIN, apud. Ibid. p. 17

123 JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1 : parte geral. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 321-322

124 Ibid. p. 324

125 SOUSA, op. cit. p. 17

126 Ibid. p. 21

penal. Contudo, pretende, esta teoria, servir de complementação, por meio de um pensar mais problemático, a fim de corrigir esses possíveis desvios.¹²⁷

Ressalta-se que a teoria *conditio sine qua non*, explicitada no art. 13, *caput*, do Código Penal, bem como a teoria da adequação, contemplada nos §§ 1º e 2º¹²⁸ não são um problema para a teoria da imputação objetiva sistematizada por Roxin, uma vez que elas devem ser interpretadas concomitantemente com este instrumento dogmático.

Por essa razão, têm-se a ideia de que a *conditio sine qua non* é necessária para estabelecer o limite mínimo de atribuição do fato ao autor. E fica por conta da teoria da imputação objetiva identificar o limite máximo, por meio de uma avaliação da criação de um risco não permitido e se esse último se materializou no resultado. Caso, ao fim, nota-se que isto não ocorreu, estará-se diante de uma quebra do nexo de imputação antes mesmo de se avaliar o tipo subjetivo, a antijuridicidade ou a culpabilidade do autor.¹²⁹

Nota-se que essa teoria encontra uma grande resistência na cultura jurídica brasileira. Não só na legislação imposta (art. 13 do Código Penal), mas também no método técnico jurídico-penal praticado tanto na doutrina como na jurisprudência.

O referido método já recebeu influências das teorias finalistas, conforme pode-se perceber na Reforma Penal de 1984, onde houve o acolhimento do princípio da culpabilidade. Apesar disso, ele se propaga fortemente nos argumentos utilizados pelas autoridades brasileiras, onde o direito é aplicado de maneira repetitiva, não permitindo qualquer inovação oriunda do quadro social sobre o qual incide.¹³⁰

Em consequência disso, verifica-se a impossibilidade do direito penal atual responder efetivamente às modernas formas de criminalidade, que crescem freneticamente no país.

E, com isso, ratifica-se a necessidade da utilização da teoria da imputação objetiva, para que seja avaliada, no caso concreto, a real colocação do bem jurídico em tutela numa

127 SOUSA, Arthur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União Brasília, ESMPU v.11, abr. 2004. p. 21

128 Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

129 SOUSA, op. cit., p. 23

130 SOUSA, Arthur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União Brasília, ESMPU v.11, abr. 2004. p. 23

situação de risco não-tolerado pelo direito, a fim de atribuir ao sujeito o resultado como obra sua.

A teoria criada por Roxin traz uma ideia de que para configurar a tipicidade do crime não basta que seja alcançado o nexo de causalidade entre a ação e o resultado (elo naturalístico), mas, também, de demonstrar a existência de um elo normativo, que vai funcionar como um limite ao poder punitivo estatal. Esse elo normativo nada mais é que a própria imputação objetiva.¹³¹

Para configurar, então, esse elo normativo é necessária a demonstração da realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo.¹³²

Portanto, diz Martinelli e de Bem que:

[...] um resultado causado pelo agente só pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico não coberto pelo risco permitido e esse perigo também foi realizado no resultado concreto.¹³³

São duas regras básicas de análise que disciplinam a imputação de resultados ao tipo objetivo: a) Um resultado causado pelo autor só poderá ser imputado ao tipo objetivo quando a sua conduta criar um perigo para o bem jurídico, este perigo não poderá estar coberto por um risco permitido, e quando esse perigo tiver sido realizado no resultado concreto. Portanto, quando faltar a criação de um perigo proibido, a ação e seu resultado são impuníveis. No entanto, ainda que tenha criado um perigo proibido, não poderá ser punido quando o resultado não puder ser atribuído ao autor. b) Não se poderá imputar o resultado quando o tipo não abranger a evitação dos riscos e suas repercussões.¹³⁴

Portanto, o que se entende é que não haverá imputação ao tipo objetivo se a conduta do autor não tiver elevado de forma juridicamente considerável o risco ao bem jurídico.

A imputação objetiva será excluída, também, quando tratar-se de risco permitido.¹³⁵

Afirma Roxin que a imputação objetiva deve ser analisada por:

[...] uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, risco esse que é em geral - independentemente do caso concreto - permitido e, por isso,

131 MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S.; Lições fundamentais de direito penal: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 485

132 Ibid. p. 485

133 Ibid. p. 485

134 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito penal brasileiro: segundo volume - teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 184-185

135 MARTINELLI, op. cit. p. 487

diferentemente das causas de justificação, exclui a imputação ao tipo objetivo.¹³⁶

Tendo em vista essa teoria, percebe-se que é inescusável que o bem-jurídico-penal atacado e a forma como ele foi desprotegido no caso concreto correspondam ao bem jurídico-penal que o legislador ao criar a norma penal quis proteger, numa ideia abstrata, e à justificativa de sua proteção.

A imputação traz dois níveis de juízo de valoração: a) a característica objetiva do resultado - que avalia conforme o critério da realização do risco e; b) a característica subjetiva do resultado - que avalia conforme o critério da realização do plano, examinado no tipo subjetivo.¹³⁷

Para isso, é obrigatório que o resultado consista na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao agente, como obra dele. Sendo necessário, ainda, que a ação do autor tenha criado o risco para o bem jurídico e que esse risco criado pelo autor tenha se realizado no resultado da lesão do bem jurídico.¹³⁸

Destarte, se a ação do autor não criar o devido risco do resultado ou, ainda, se esse risco criado pelo autor não se realizar no resultado, não se poderá imputá-lo ao autor.¹³⁹

Vale ressaltar que a ausência de um risco do resultado compreende não só a ação do autor que não cria um risco do resultado, mas também a ação que reduz o risco preexistente de resultado.

Esta teoria muito se confunde com a ideia moderna de tipicidade material estudada no Brasil e, dessa maneira, fica evidente que é definitivamente necessário que a conduta de estupro seja lesiva, tanto atingindo o bem jurídico, quanto colocando-o em perigo concreto, para que haja um resultado relevante ao Direito Penal.

Tendo em vista toda a problemática gerada pelo legislador, como viu-se, reafirma-se a inevitabilidade de aproveitar os ensinamentos de Claus Roxin, a fim de determinar quando a lesão de um interesse jurídico pode ser ou não considerada como obra do agente. Por isso, a imputação objetiva pretende fundamentar, com base na descrição típica, a ligação do agente ao resultado.¹⁴⁰

136 MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S.; Lições fundamentais de direito penal: parte geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 487

137 SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 63

138 Ibid. p. 63

139 Ibid. p. 64

140 JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1 : parte geral. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 320

Por essa razão, não haverá imputação objetiva quando o resultado não for aquele protegido pela norma violada pelo agente, pois a imputação objetiva exige que haja um relacionamento direto entre a norma infringida pelo autor e o resultado produzido, sem contar a necessidade do bem jurídico ter sido realmente ofendido.¹⁴¹

A consequência de não haver a imputação objetiva da conduta ou do resultado é a atipicidade do fato delituoso.

Analisa-se, por meio de um exemplo comumente visto e a razão deste trabalho, a aplicação da teoria da imputação objetiva: imagina-se um casal de adolescentes, a moça, Maria, com 13 anos de idade e o rapaz, João, com 18, que namoram há um ano, possuem o consentimento dos pais para tal (ainda que não possuíssem). Antes da Maria completar os 14 anos, o relacionamento se desfaz. Com raiva da situação, a moça comparece a uma delegacia e conta sobre o relacionamento. Por essa razão, João passa a responder por estupro de vulnerável, com pena mínima de oito anos.

Como vimos anteriormente, o primeiro passo é analisar a conduta, neste caso houve conduta por parte de João, bem como um resultado, uma vez que se verifica a realização de conjunção carnal por meio de um laudo pericial efetuado na vítima. Em seguida, verifica-se o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, pois ambos namoraram por mais de 1 ano. Por fim, deve-se analisar a imputação objetiva.

A primeira constatação que se faz é, através da conduta do agente, se criou um perigo não coberto por um risco permitido ou não. No caso, o risco criado por João não era um risco permitido pela legislação, pelo contrário, era um risco proibido expressamente. Por último, cabe avaliar se no presente caso houve ou não lesão ao bem jurídico dignidade sexual. Suponha-se que, em audiência, o Juiz constatou que Maria era uma moça perspicaz, evoluída pra sua idade e que possuía discernimento para entender a situação que passava. Por essa razão, verifica-se que não houve efetiva lesão ao bem jurídico, não aquela prevista pelo legislador ao criar o crime de estupro de vulnerável.

Portanto, uma vez que o risco criado pelo autor não se realizou no resultado da lesão ao bem jurídico, demonstra-se a não imputação objetiva no presente caso, de forma que seria necessária a determinação da atipicidade da conduta.

141 JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1 : parte geral. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 326

Nota-se, ainda, que, hoje em dia, com o moderno entendimento doutrinário acerca da tipicidade material, é possível fazer o mesmo caminho sem citar a imputação objetiva de Roxin.

A análise da conduta, do resultado e do nexos de causalidade se dá da mesma forma. O que modifica é o reconhecimento do instituto da tipicidade. A tipicidade, como vimos, é composta de tipicidade formal e material. Em relação à formal, podemos notar que ela está presente, já que a conduta se adequa ao tipo penal - ter conjunção carnal com menor de 14 anos-.

Conclui-se, com isso, que tanto pelo caminho da imputação objetiva, como pelo da tipicidade material, é possível que, num caso concreto que possua circunstâncias específicas e excepcionais, excluir a tipicidade, a fim de absolver o réu pelo crime de estupro de vulnerável.

4 A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE DE ACORDO COM OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Este capítulo está empenhado em investigar o conteúdo das decisões judiciais a fim de compreender o conceito de vulnerabilidade do art. 217-A em relação aos menores de 14 anos e maiores de 12.

Importante ressaltar que serão analisadas posições jurisprudenciais, no que se refere à possibilidade de relativização da vulnerabilidade, dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Pernambuco, Minas Gerais, Pará e Distrito Federal, com o intuito de extrair os seus fundamentos.

Destaca-se que as buscas pelas jurisprudências foram efetuadas a partir do ano de 2010 até a presente data, por conta das alterações trazidas pela Lei 12.015/09, que modificou o crime de estupro e o entendimento acerca da presunção de violência absoluta.

Outrossim, verifica-se que diversas jurisprudências analisadas no decorrer deste capítulo estão fundamentadas no recurso repetitivo, tema n. 918, do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa a seguir (grifo nosso):

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), 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).[...]

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". [...]

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 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.**¹⁴²

Denota-se, com isso, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de confirmar a opção do legislador no que se refere à objetividade do tipo penal em relação à idade do ofendido.

Constata-se que este recurso se baseia numa ideia de que os “adultos” se envolvem com as pessoas menores de 14 anos com o dolo específico de aproveitar-se de sua inocência, conforme se vê no item 5.

Ressalta-se que o julgador pouco se preocupa com os casos excepcionais, que não são poucos, como se verá mais a frente, por exemplo nos casos em que adolescentes entre 12 e 14 anos, sexualmente mais desenvolvidos, se envolvem com outros adolescentes menores de 18

anos e quando estes completam a maioria passam a cometer o crime de estupro de vulnerável.

Entende-se que o legislador não pode, no ato da criação da norma, prever todos os casos concretos possíveis, mas conclui-se que importante é o papel dos julgadores em adequar a lei às peculiaridades de cada caso.

Por isso, absurdo faz-se um entendimento jurisprudencial no sentido de ratificar o que o legislador criou, sem pouco cuidar em avaliar caso a caso.

No item 6, há de se concordar com o explicitado, uma vez que o crime de estupro de vulnerável tende a ser um crime que deixa inúmeras marcas na vida dessas crianças e adolescentes.

Já nos itens 7 e 8, repara-se que o julgador não se atém ao princípio da adequação social, fundamento principal do instituto da tipicidade material, que alega a existência de crimes socialmente adequados que não podem ser considerados crimes, uma vez que incompatível a criminalização de uma conduta só porque se opõe à opinião da maioria ou ao padrão médio de comportamento¹⁴³.

Nada comenta o nobre julgador acerca da ofensividade real e concreta do bem jurídico, dando a impressão de que pouco importa para o Direito Penal se houve ou não a real lesão ou o risco de lesão ao bem tutelado.

4.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Algumas decisões judiciais analisadas confirmam a objetividade trazida pelo legislador ao estabelecer a vulnerabilidade com base na idade da vítima, conforme verifica-se nesta jurisprudência¹⁴⁴ (grifo nosso):

APELAÇÕES CRIMINAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL) E RUFIANISMO (ART. 230, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA DO RÉU CONDENADO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. REQUERIDA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO ABSOLVIDO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. ACOLHIMENTO. CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE QUATORZE ANOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE

143 BITENCOURT, C. R.; Tratado de direito penal: parte geral 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 57

144 Há outras três ementas no mesmo sentido, as de números 1,2 e 3, as quais poderão ser consultadas no Anexo I.

COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA CORROBORADOS PELO PRÓPRIO DENUNCIADO. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. PLEITO, EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, PELA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO PRELIMINAR DE LESÃO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA EM RAZÃO DA EFETIVAÇÃO DE EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) SEM INTIMAÇÃO PRÉVIA DA DEFESA. INOCORRÊNCIA DE MÁCULA. AVENTADA ANULAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL POR DEFICIÊNCIA INVESTIGATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. EIVA INEXISTENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO. 228, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, DO MESMO MODO, INVIÁVEL. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS FIRMES E COERENTES, ALIADAS ÀS DEMAIS PROVAS PROCESSUAIS, QUE ATESTAM OS DELITOS DE ESTUPRO E RUFIANISMO. RECURSOS CONHECIDOS. DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL. 1. "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. n. 1480881/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJE 10/09/2015). 2. Pretendida a aplicação do instituto da detração em sede de contrarrazões de apelação, a matéria não deve ser conhecida, pois afeta ao juízo da execução. 3. Em nosso sistema processual penal, o réu se defende da imputação fática a si voltada, e não da capitulação jurídica constante da denúncia, sendo, portanto, possível que o juiz sentenciante dê nova definição jurídica ao fato narrado na peça exordial acusatória - é o que prevê o art. 383 do Código de Processo Penal, que trata da emendatio libelli. 4. Inviável a anulação da instrução processual, sob a tese de deficiência investigatória, a absolvição e a desclassificação dos delitos imputados ao acusado quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelos depoimentos das vítimas, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a **condenação do acusado pela prática dos delitos contra a dignidade sexual**.¹⁴⁵

Nota-se que as ementas analisadas, todas se fundamentam conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça citado anteriormente (Recurso Repetitivo n. 918).

Diversamente desta concepção, verifica-se que existem, no entanto, muitas outras decisões que sustentam completamente o oposto, absolvendo o réu do cometimento do crime de estupro de vulnerável, levando em consideração o caso concreto¹⁴⁶.

A ementa analisada a seguir contém uma fundamentação no sentido de tornar atípica a conduta prevista no crime de estupro de vulnerável por ausência tanto da ofensa à liberdade

145 TJSC, Apelação Criminal n. 0001025-88.2015.8.24.0063, de São Joaquim, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 27-04-2017

146 Conforme se verifica nas ementas de números 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 25, que podem ser verificadas no Anexo I.

sexual quanto à presença de desenvolvimento da vítima. Observa-se, pois, que a decisão do TJSC vincula a vulnerabilidade ao consentimento e também à capacidade de discernimento. Isto revela a dificuldade do julgador em lidar com o conceito de vulnerável:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (217-A, DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE QUE MATERIALIDADE E AUTORIA ESTÃO COMPROVADAS E QUE A CONDUTA SE REVELA TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. VÍTIMA ADOLESCENTE COM 13 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA OU COAÇÃO MORAL INEXISTENTES. **RELAÇÃO AFETIVA ESTÁVEL ENTRE RÉU E VÍTIMA**, CONSENTIDA PELA MÃE DA ADOLESCENTE. ESTUDO SOCIAL QUE INDICA QUE O RELACIONAMENTO PERSISTE ATUALMENTE. FAMÍLIA CONSTITUÍDA, INCLUSIVE QUE GEROU UM FILHO FRUTO DA RELAÇÃO. **PECULIARIDADES EXCEPCIONAIS DO CASO CONCRETO REVELAM A INEXISTÊNCIA DE TIPLICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL.** "[...] se a conduta praticada pelo acusado, a despeito de adequar-se à previsão abstrata insculpida no art. 217-A do Código Penal, **não atentou contra a liberdade sexual ou desenvolvimento da vítima, é de se reconhecer que não houve a produção de qualquer lesão ou risco de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, revelando-se a atipicidade material do ato.** (TJSC, Apelação n. 0000451-88.2014.8.24.0002, de Anchieta, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 30-08-2016)". ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹⁴⁷

Diante disso, vale ressaltar a importância de se analisar o instituto da tipicidade material, a fim de averiguar no caso concreto a real ofensividade ao bem jurídico. Uma vez que, caso não ficar evidenciado a lesividade ao bem tutelado, necessário se faz tornar a conduta atípica.

Cabe destacar que os julgadores consideraram que o bem jurídico tutelado pelo crime é a liberdade sexual, no entanto, conforme verifica-se ao longo desta pesquisa, tendo em vista a ausência de discernimento do vulnerável, não há o que se falar em liberdade, mas sim em dignidade sexual.

Entende-se que o elemento objetivo da idade da vítima não pode ser absoluto, caso esteja diante de uma vítima entre seus 12 e 14 anos, por necessidade de verificar a sua vulnerabilidade no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade de discernimento.

147 TJSC, Apelação Criminal n. 0003083-50.2013.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, j. 01-12-2016

Uma vez que a capacidade de compreensão é uma matéria de fato, imprescindível se faz a constatação da lesão ao bem jurídico.

Com isso e diante de uma decisão proferida pelo Tribunal, fica evidente a possibilidade de excluir a tipicidade material a fim de absolver o réu pela inexistência de crime.

Ademais, tem decidido, ainda, com base em outros fundamentos, além da tipicidade material, o que se segue (grifo nosso):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, NO CASO CONCRETO, NÃO PERMITEM A CONDUÇÃO SEGURA AO ÉDITO CONDENATÓRIO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E A AUTORIA. VÍTIMA QUE, À ÉPOCA DOS FATOS, CONTAVA COM 13 ANOS DE IDADE. MANUTENÇÃO, ÀS ESCONDIDAS, DE RELACIONAMENTO AMOROSO COM O RÉU, QUE CONTAVA COM 20 ANOS DE IDADE. INEXISTÊNCIA DE DISCREPÂNCIA DE IDADE, REPRESENTATIVA DE INDICATIVO DE MANIPULAÇÃO PSÍQUICA. ADEMAIS, NOTÓRIO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA NA CONSECUÇÃO DO ATO SEXUAL. SUPOSTA OFERTA SEGUIDA DE INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA PELA VÍTIMA, POR ELA MESMA NEGADA. IMPERIOSA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

Não obstante, não se desconheça recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial Repetitivo n.º 1.480.881/PI - tema 918 - no sentido de não ser possível relativizar a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, a questão merece maior reflexão. Em situações como a verificada neste caso concreto, deve-se reconhecer a excepcionalidade, uma vez que a vítima além de ter consentido com a consecução do ato sexual, mantinha um relacionamento encoberto, podendo-se afirmar ser um casal jovem, composto pelo réu com recém completados 20 anos e pela vítima, com 13 anos e 5 meses de vida. "A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, embora se presuma, deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO". (TJSC, Apelação n. 0800186-90.2014.8.24.0119, de Garuva, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 27-9-2016). "Havendo provas da existência de relação afetiva duradoura entre a vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre eles, **a tipicidade da conduta deve ceder espaço ao princípio da adequação social.** Isso porque, **embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, encerrar uma conduta tolerável no meio social em que ocorre, não necessitando da intervenção punitiva do Estado.** Em um contexto como esse, impõe-se o afastamento da

tipicidade material em razão do juízo de valoração da ação" (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.029844-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 23-10-2014). RECURSO DESPROVIDO.¹⁴⁸

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A, CAPUT. ABSOLVIÇÃO. APELO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. AUSÊNCIA. LESÃO JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA.

O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância "exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (Habeas Corpus n. 100.240, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 7.12.2010). **Embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, caracterizar um ato insignificante para o direito penal, quando não importar em ofensa ao bem juridicamente protegido pela norma, qual seja, a dignidade sexual.** A família é "base da sociedade", sendo-lhe, por isso, assegurada "especial proteção do estado" (CF, art. 226). Diante de prova robusta da intensa e efetiva constituição de núcleo familiar entre a suposta vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre si e com seus parentes, a adequação formalmente típica da conduta deve ceder espaço à proteção da família. Em um contexto como esse, **fica evidente a ausência de ofensividade da conduta, de periculosidade social da ação, de reprovabilidade da conduta e, principalmente, a incorrência de qualquer lesão ao bem juridicamente protegido.** RECURSO NÃO PROVIDO.¹⁴⁹

Em vista disso, fica a questão de quais comportamentos cabe ao Estado proibir sob ameaça de pena. Uma vez que de nada adianta uma teoria do delito tão modernamente desenvolvida e um processo penal que preza pelo garantismo se uma pessoa é punida por um comportamento que, dependendo da situação, por óbvio, não deveria ser punível.

Não deve o legislador penal, por meio de uma lei, penalizar um comportamento sexual que julgue indesejado, bem como não pode impor suas premissas ideológicas ou religiosas.

Não deve, ainda, legitimar uma proibição de cunho penal por conta de concepções de imoralidade ou reprovabilidade ética de um comportamento caso os pressupostos de uma convivência pacífica não tiverem sido lesionados.

Assim sendo, a principal finalidade do Direito Penal é a garantia de uma convivência pacífica da sociedade entre si e essa finalidade é limitada pelo princípio da *ultima ratio*, que

148 TJSC, Apelação Criminal n. 0004862-12.2012.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 24-11-2016

149 TJSC, Apelação Criminal n. 2013.056552-0, de Curitiba, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 21-08-2014

diz que o direito só pode impor uma pena quando não houver a oportunidade de aplicar outras medidas menos gravosas, por exemplo, através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.¹⁵⁰

Com isso, verifica-se a existência de se pensar em projetos sociais que visem atingir crianças e adolescentes, nas escolas, nas famílias, nos bairros, a fim de instruí-las sobre a sexualidade, quebrando um tabu que ainda assombra a nossa sociedade.

Essa iniciativa, a longo prazo, poderá informar e auxiliar as crianças e os adolescentes a entenderem os momentos da vida e, ainda, ficarem atentos quando estiverem ou conhecer alguém que estiver passando por uma situação de abuso sexual (crime silencioso e eficaz).

Quando não mais possível for resolver o problema, o direito penal chega para avaliar a situação e criar crimes, a fim de frear o seu cometimento. Para a criação de um crime deve-se analisar, inicialmente, se há um bem jurídico relevante que mereça a proteção penal e respeitar os princípios da lesividade, subsidiariedade e proporcionalidade.¹⁵¹

São, ainda, princípios do Direito Penal: da intervenção mínima, que impõe o dever de limitar ou, até eliminar o arbítrio do legislador em relação ao conteúdo das normas penais incriminadoras¹⁵²; da ofensividade, que é basicamente o que fundamenta a tipicidade material, que um crime para ser tipificado é necessário que haja, ao menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano ao bem jurídico.¹⁵³

Conforme já foi dito no capítulo anterior, a lei não possui poder de modificar a realidade da sociedade brasileira e nem mesmo de afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e, também, do princípio da ofensividade.¹⁵⁴

Além disso, não pode-se deixar de lembrar que o legislador, ao criar uma nova lei deve levar em consideração o momento e o local onde está inserido, uma vez que esta advém dos valores culturais de uma sociedade. Por isso que se diz que a lei não pode criar valores,

150 ROXIN, C. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006..p. 33

151 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade sexual: o objeto de tutela nos crimes sexuais e a exploração sexual. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre , v.15, n.85, abr./maio 2014. p. 100

152 BITENCOURT, C. R.; Tratado de direito penal: parte geral 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 53

153 Ibid. p. 61

154 NUCCI, G. de S.; Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 37

ela deve reconhecer os bens que definitivamente precisam de tutela para que a sociedade possa viver em harmonia e, com isso, captá-las por meio da positivação.¹⁵⁵

Ademais, em pesquisa no Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de encontrar alguma jurisprudência que seguisse o entendimento do Tribunal de Justiça, nada foi encontrado. Todas as decisões são no mesmo sentido que a do recurso repetitivo acima mencionado.

Tendo em vista essa dissensão entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessário verificar o que outros Tribunais de Justiça vem decidindo acerca desse assunto.

4.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Há algumas decisões que, com base no recurso repetitivo do Superior Tribunal de Justiça, afastam a hipótese de considerar o consentimento como excludente de tipicidade¹⁵⁶. Verifica-se, por exemplo, parte da fundamentação desses julgados:

[...] Irrelevância do suposto consentimento da vítima, menor de 14 anos, nos delitos de estupro de vulnerável, nos termos do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.480.881, julgado pelo STJ em 26/08/2015 [...]¹⁵⁷

Outras decisões são no sentido oposto¹⁵⁸, com a finalidade de afastar a tipicidade com base na presunção relativa da vulnerabilidade ou na relativização do consentimento diante das condições pessoais da vítima, conforme verifica-se nos seguintes fundamentos:

[...] Embora em casos pontuais, justificáveis pela ausência de tipicidade material da norma penal em relação às circunstâncias de fato, seja possível a flexibilização do rigor legal relativamente ao consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos [...]¹⁵⁹

[...] Conquanto a redação do artigo 217-A, caput, do Código Penal seja clara ao estabelecer que a prática de conjunção carnal com menor de 14 anos tipifica o delito de estupro de vulnerável, a realidade social e as condições

155 SEVERINO, Fernanda Grossi. Bem jurídico e Direito Penal: reflexões sobre a criminalização e os seus limites. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.14, n.80, jun./jul. 2013p. 103

156 Conforme se verifica nas ementas de números 35, 36, 37, 38, 39 40 e 41, que podem ser verificadas no Anexo I.

157 TJRS, Apelação Crime Nº 70070737630, Quinta Câmara Criminal, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 19/10/2016. Ementa n. 38 – Anexo I

158 Podem ser aferidas no Anexo I, nos números 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33 e 34.

159 TJRS, Apelação Crime Nº 70067118737, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 31/03/2016. Ementa n. 33 – Anexo I

personais dos envolvidos, em determinados casos, permitem a relativização da presunção de vulnerabilidade da menor, de molde a afastar a tipicidade do fato.[...] ¹⁶⁰

Portanto, verifica-se que neste Tribunal também se encontram decisões no sentido de respeitar a vontade do legislador e outras decisões, em menor quantidade, que reconhecem, em casos excepcionais, a exclusão da tipicidade por conta do consentimento da vítima. Não se encontra, contudo, nenhuma decisão que fale acerca da lesividade ao bem jurídico como fundamento da atipicidade.

4.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Nota-se, aqui, que a imensa maioria das decisões ¹⁶¹ são no sentido de acompanhar o Superior Tribunal de Justiça, fundamentando o seguinte:

[...] Assim, ainda que as relações tenham sido consentidas pela ofendida, ela contava com apenas 13 anos de idade, e não há nenhuma informação relevante sobre eventual ausência de ingenuidade ou mesmo prévia conduta irregular, com vida desregrada ou dissoluta, o que, de qualquer forma, não afastaria a tipicidade da conduta, haja vista a atual redação do tipo penal afastar interpretação sobre presunção relativa de violência, apresentando-a como de caráter absoluto.[...] ¹⁶²

[...] Consentimento da vítima irrelevante para a formação do tipo penal do estupro - A lei visou à proteção de menores de 14 (quatorze) anos, pessoas que ainda não possuem desenvolvimento físico e psicológico completo, além de não ostentarem personalidade formada [...] ¹⁶³

A única decisão encontrada que era no sentido de absolver o réu pela atipicidade da conduta ¹⁶⁴, sustentou com base na ideia de violência presumida não ser de caráter absoluto, fazendo menção à antiga discussão doutrinária e jurisprudencial que havia antes da Lei 12.015/09. Portanto, não se enquadra para a discussão desse trabalho.

¹⁶⁰ TJRS, Apelação Crime Nº 70069540292, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 20/07/2016. Ementa n. 31 – Anexo I

¹⁶¹ Podem ser averiguadas nos números 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48 e 49, no Anexo I.

¹⁶² TJSP, Apelação Crime nº 0042220-17.2012.8.26.0576 Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Relator(a): Alcides Malossi Junior; Julgado em 06/08/2015. Ementa n. 48 – Anexo I

¹⁶³ TJSP, Apelação nº 0004697-93.2010.8.26.0073 Relator(a): Sérgio Ribas; Comarca: Avaré; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 23/01/2014. Ementa n.49 – Anexo I

¹⁶⁴ Pode ser analisada no Anexo I no número 50.

Outrossim, observa-se que não foram encontrados casos em que possuíam a fundamentação na relativização da vulnerabilidade, com base na capacidade de discernimento.

4.4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Afere-se que em diversas ementas analisadas neste Tribunal¹⁶⁵, os julgadores seguiram, também, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Conjunto probatório hígido, a respaldar a solução condenatória aplicada, evidenciando-se o crime de estupro de vulnerável, com violência presumida pelo fator etário. Preceito protetivo de caráter absoluto que, tanto sob a égide da lei anterior, quanto pela incriminação hoje vigente, se posta "como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva" (STJ), "sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima" (STF). Juízos de condenação e tipicidade que são mantidos, nos moldes da sentença.[...]¹⁶⁶

E, ainda:

[...] Com efeito, apesar de certa ressalva do relator, no direito penal pátrio, a pessoa menor de 14 anos é considerada vulnerável, frágil, incapaz de consentir para a validade da relação sexual. Assim, a liberdade sexual nesses casos se torna indisponível. [...]¹⁶⁷

No entanto, constatou-se que houve uma decisão que exprimiu o seguinte:

[...] Apesar de a infante contar com menos de 14 anos, à época dos fatos, o seu comportamento não indicou a sua vulnerabilidade, comportando-se como uma adolescente, que sabia perfeitamente o que estava fazendo, que no dia anterior tinha estado no interior de um veículo com o apelado, fazendo sexo oral e que poderia ter pedido auxílio a qualquer pessoa se realmente estivesse em perigo ou se sentindo ameaçada. Merece especial destaque a questão acerca da qualidade da presunção de violência, ou seja, se absoluta - não admite prova em contrário - ou relativa - possibilitando a prova em contrária. Embora não pacificada a matéria, adoto os precedentes, inclusive deste Egrégio Tribunal de Justiça, no sentido de, no caso em tela, considerar o consentimento da ofendida para elidir a presunção de violência

¹⁶⁵ Podem ser verificadas nos números 51, 52, 53, 54, 55, 56 e 57, no Anexo I.

¹⁶⁶ TJRJ, Apelação n. 0001896-95.2015.8.19.0051, Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo. Julgamento em 31/01/2017. Ementa n. 52 – Anexo I

¹⁶⁷ TJRJ, Apelação n. 0001346-50.2011.8.19.0016, Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Marcus Henrique Pinto Basílio. Julgamento em 05/05/2015. Ementa n. 56 – Anexo I

caracterizadora do estupro, me posicionando no sentido de que a presunção decorrente da menoridade não é absoluta. [...] ¹⁶⁸

Observa-se, contudo, que o fundamento utilizado foi em relação à antiga discussão acerca da presunção de violência ser relativa ou absoluta, discussão, essa, que já restou suprida pelo novo tipo penal criado pela Lei 12.015/09. Ainda que tenha querido demonstrar que a vítima nessa situação específica não demonstrou vulnerabilidade, a sustentação se deu de forma antiquada. E, por essa razão, serve apenas para demonstrar que, no Tribunal do Rio de Janeiro, houve um caso concreto, em que: “[...] A tipicidade da conduta do apelado deve ser afastada, em face do consentimento da vítima. [...]” ¹⁶⁹.

4.5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Percebeu-se, ante as poucas jurisprudências encontradas, que três delas ¹⁷⁰ decidem juntamente com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, conforme verifica-se:

[...] Com o novo tipo penal (art. 217-A), não se exige que o delito proceda mediante violência real ou grave ameaça, não se tratando mais de presunção de violência, seja absoluta ou relativa, bastando que a vítima seja menor de 14 anos para que se configure o crime, justificado pela situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. II - Afigura-se destituído de validade o consentimento da vítima, inclusive porque não se discute a relação com os delitos de sedução e corrupção de menores, não se estabelecendo, pois, a honestidade da vítima, ou sua experiência sexual, objetiva ou não, como requisito para configuração do injusto, resultando equivocada a reconhecida atipicidade do fato por ter a vítima aquiescido com a relação sexual. [...] ¹⁷¹

E, também, que:

[...] Com efeito, em recente julgado, representativo de controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, bastando para a caracterização do crime previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, que o agente tenha conjunção carnal ou pratique

¹⁶⁸ TJRJ, Apelação n. 0006425-97.2012.8.19.0202. Sétima Câmara Criminal. Rel. Des(a). Elizabeth Gomes Gregory. Julgamento em 12/11/2013. Ementa n. 58 – Anexo I

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Podem ser verificadas no Anexo I nas ementas de números 59, 60 e 61.

¹⁷¹ TJPE, Apelação Criminal n. 193531-1 / 0000600-70.2004.8.17.1250. 3ª Câmara Criminal. Rel. Des. Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho. Julgamento em 21/11/2013. Ementa n. 59 – Anexo I

qualquer ato libidinoso contra vítima, independentemente do da vítima, de maturidade ou de experiência sexual anterior. [...] ¹⁷²

Nota-se, contudo, a existência de dois processos ¹⁷³ em que, diante do caso concreto, reconheceu-se a atipicidade da conduta, por conta do consentimento da vítima:

[...] A vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta apenas pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser analisada em cada caso concreto. Demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. [...] ¹⁷⁴

Não diferente do que ocorre nos outros Tribunais, existem decisões em sentido opostos. No entanto, nos poucos que julgam atípica a conduta do réu, a fundamentação utilizada é a do consentimento, que conforme já se estudou nesta pesquisa, não possui relevância quando se trata de vulneráveis.

4.6 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Nesta Corte, parte do entendimento jurisprudencial se filia a ideia de que o consentimento é irrelevante para o crime de estupro de vulnerável, conforme podemos notar em duas ementas ¹⁷⁵. Por exemplo:

[...] O eventual consentimento da vítima é irrelevante para a configuração crime de estupro de vulnerável, na medida em que a vulnerabilidade de pessoa menor de 14 (quatorze) anos é absoluta, diante da ausência da maturidade necessária para consentir. [...] ¹⁷⁶

Há duas decisões ¹⁷⁷ que afirmam que o consentimento não é capaz de tornar a conduta atípica, mas fundamenta na presunção de violência, concepção ultrapassada, conforme já foi dito:

[...] O consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos não torna atípica a conduta do réu, eis que a violência é presumida. A figura da

172 TJPE, Apelação Criminal nº 0387297-1 / 0000738-64.2013.8.17. 0460. Câmara Regional de Caruaru - Segunda Turma. Rel. Des. Márcio Aguiar. Julgamento em 03/03/2016. Ementa n. 61 – Anexo I

173 Podem ser aferidos no Anexo I nas ementas de números 62 e 63.

174 TJPE, Apelação Criminal n. 307690-8 / 0000442-29.2012.8.17.1090. 4ª Câmara Criminal. Rel. Des. Marco Antonio Cabral Maggi. Julgamento em 19/02/2014. Ementa n. 62 – Anexo I

175 Podem ser verificadas no Anexo I nas ementas de números 64 e 70.

176 TJMG, Apelação Criminal n. 1.0090.10.002620-3/001 / 0026203-37.2010.8.13.0090. Rel. Des. Eduardo Machado. Julgamento em 01/12/2015. Ementa n. 64 – Anexo I

177 Podem ser analisados no Anexo I nas ementas de números 66 e 71.

violência presumida foi criada pelo legislador a fim de proteger a vítima que não possui capacidade de discernimento para oferecer resistência ao ato sexual [...] ¹⁷⁸

Há uma outra decisão ¹⁷⁹ que chamou atenção por conter uma condição para o cometimento do crime de estupro que não existe na realidade:

[...] Não havendo provas suficientes de que a vítima não tinha capacidade de compreender o ato sexual praticado, ou seja, que era vulnerável à conduta, há que ser demonstrado o emprego de violência ou ameaça para a configuração do delito.[...] ¹⁸⁰

Esta fundamentação encontra-se totalmente desamparada legalmente, uma vez que o julgador uniu as duas problemáticas (presunção de violência e relatividade da vulnerabilidade) para discutir o estupro de vulnerável.

Outrossim, verificou-se outras ementas ¹⁸¹ que se orientam no sentido de permitir uma relativização da vulnerabilidade:

[...] A vulnerabilidade é relativa, podendo ser afastada caso se demonstre que a vítima era uma adolescente precoce e com comportamento não condizente com sua idade.[...] ¹⁸²

E, ainda, de forma contundente, que “[...] A vulnerabilidade contida no artigo 217-A, assim como a presunção de violência do revogado art. 224, "a", do CP, é relativa.[...]” ¹⁸³.

Dessa forma, apesar de parte das decisões desse Tribunal se filiarem à concepção de que o consentimento não possui relação com a análise da tipicidade do crime de estupro de vulnerável, outra parte alega isto para julgar atípico. Mais do que nos outros Tribunais, este apresenta maior divergências em suas fundamentações. No entanto, denota-se que em algumas, afirmou-se veementemente a ideia de que a vulnerabilidade pode sim ser relativa a depender do grau de discernimento e desenvolvimento sexual apresentado pelo ofendido.

178 TJMG, Apelação Criminal n. 1.0452.11.003120-3/001 / 0031203-62.2011.8.13.0452. Rel. Des.(a) Denise Pinho da Costa Val. Julgamento em 21/02/2017. Ementa n. 66 – Anexo I

179 Pode ser vista no Anexo I na ementa de número 65.

180 TJMG, Apelação Criminal n. 1.0271.11.005271-6/001 / 0052716-47.2011.8.13.0271. Rel. Des. Rubens Gabriel Soares. Julgamento em 15/01/2013. Ementa n. 65 – Anexo I

181 Podem ser aferidas no Anexo I nos números 67, 68 e 69.

182 TJMG, Embargos de Declaração n. 1.0091.10.001437-1/002 / 0014371-04.2010.8.13.0090. Rel. Des. Doorgal Andrada. Julgamento em 19/10/2016. Ementa n. 68 – Anexo I

183 TJMG, Apelação Criminal n. 1.0358.05.006851-1/001 / 0068511-36.2005.8.13.0358. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 07/02/2017. Ementa n. 67 – Anexo I

4.7 TRIBUNAL ESTADUAL DO PARANÁ

Este Tribunal entende, na maior parte de suas decisões que:

[...] O consentimento da menor é irrelevante para a formação do tipo penal em face da incapacidade volitiva da vítima para consentir com a prática de atos sexuais, daí porque subsiste a vedação legal do artigo 217-A, do Código Penal, que considera, especialmente, o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.[...] ¹⁸⁴

No entanto, notou-se apenas duas decisões¹⁸⁵ que apontavam em sentido contrário:

[...] O princípio da ofensividade exclui a criminalização de atos que geraram lesões irrelevantes de bens jurídicos penalmente protegidos.2- As circunstâncias do caso em análise demonstram que não houve ofensa à liberdade sexual da vítima, posto que, além de a menor consentir com a prática da conjunção carnal, ela demonstra uma precoce maturidade sexual. [...] ¹⁸⁶

Em que pese o entendimento quase total deste Tribunal da incapacidade do vulnerável de consentir com o ato sexual, denota-se que a fundamentação contrária a esta utilizada em duas decisões é em parte errônea. Uma vez que utilizou o princípio da ofensividade corretamente para justificar a atipicidade da conduta, mas fez uma confusão ao mencionar que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em questão é a liberdade sexual e mencionando o instituto do consentimento.

4.8 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Por aqui o entendimento comum de várias decisões seguem o seguinte raciocínio:

[...] Não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta quando o conjunto probatório se mostra robusto e coeso no sentido de comprovar que o réu praticou conjunção carnal com vítima menor de 14 (quatorze) anos, conforme depoimentos da vítima e das testemunhas em juízo. [...] ¹⁸⁷

184 TJPR, Apelação Criminal nº 1.541.568-4. Rel. Des. Rogério Coelho. Julgamento em 15/09/2016. Ementa n. 72 – Anexo I

185 Podem ser apuradas no Anexo I nas ementas de números 73 e 74.

186 TJPR, Apelação Criminal n. 1241642-9. Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa. Julgamento em 06/11/2014. Ementa n. 73 – Anexo I

187 TJDF, Apelação criminal n. 20120910222928. 2ª Turma Criminal. Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati. Julgamento em 01/06/2017. Ementa n. 75 – Anexo I

Entretanto, notou-se que houveram quatro decisões que fugiram totalmente dessa concepção ao afirmarem que:

[...] A tipicidade material não encontra ressonância nas provas apresentadas, porquanto: houve consentimento da menor; trata-se de adolescente que possui maturidade suficiente para compreender o significado e as consequências da prática de uma relação sexual; e, por fim, inexistente qualquer violação ao bem jurídico tutelado, qual seja: a liberdade sexual. [...] ¹⁸⁸

[...] Não se pode admitir a existência de qualquer vício de vontade no consentimento do ato sexual, uma vez que, apesar da ofendida contar com menos de 14 anos, à época dos fatos, tinha plena consciência de seus atos, bem como sua genitora autorizou a relação entre ela e o réu, além do único laudo constante dos autos não demonstrar com a certeza exigida a prática do delito, devendo ser mantida sua absolvição, por considerar atípica sua conduta. [...] ¹⁸⁹

[...] Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo. [...] ¹⁹⁰

[...] o principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade é a proteção contra o abuso e a violência. Não é contra atos sexuais consentidos praticados em razão de relação de afeto. [...] há de se levantar em conta o seu consentimento nos atos sexuais, não havendo qualquer vício em sua vontade, uma vez que tinha pleno conhecimento sobre sexo, tendo em vista que afirmou em juízo que somente terminou o namoro com o recorrido porque ficou sabendo da sua infidelidade. [...] ¹⁹¹

Mais uma vez verifica-se a confusão que o julgador faz para tentar reconhecer a atipicidade da conduta. Embora tenha ressaltado corretamente a questão da maturidade sexual, que está intimamente ligada com a capacidade de discernimento, ele faz essa relação erroneamente com o consentimento, sem contar que menciona o bem jurídico tutelado como a liberdade sexual.

188 TJDF, Apelação Criminal n. 20130910128316. 1ª Turma Criminal. Rel. Des. Gilberto Pereira De Oliveira. Julgamento em 11/06/2014. Ementa n. 77 – Anexo I

189 TJDF, Apelação criminal n. 20110710312379. 3ª Turma Criminal. Rel. Des. João Batista Teixeira. Julgamento em 10/10/2013. Ementa n. 78 – Anexo I

190 TJDF, Apelação criminal n. 20111210033369. 2ª Turma Criminal. Rel. Des. João Timóteo De Oliveira. Julgamento em 06/09/2012. Ementa n. 79 – Anexo I

191 TJDF, Apelação criminal n. 20100310073825. 1ª Turma Criminal. Rel. Des. Cesar Laboissiere Loyola. Julgamento em 11/10/2011. Ementa n. 80 – Anexo I

4.9 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ

Não muito diferente do que se viu até o presente momento, as suas decisões seguem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

[...] a vítima que, à época do fato, possuía 13 (treze) anos de idade, o que é suficiente para configurar o crime do art. 217-A do CP, posto que a presunção de vulnerabilidade é absoluta. Precedente do STJ. [...] ¹⁹²

Em relação a este Tribunal, interessante ressaltar uma decisão em que o defensor do réu arguiu no recurso a tese da capacidade de discernimento prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, veja-se:

[...] ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) QUE RECONHECE CAPACIDADE VOLITIVA AOS ADOLESCENTES DE 12 (DOZE) ANOS COMPLETOS. RELAÇÃO SEXUAL MANTIDA COM A ANUÊNCIA DA VÍTIMA. VÍTIMA QUE POSSUÍA VIDA SEXUAL ATIVA, NÃO SENDO MAIS VIRGEM. IRRELEVÂNCIA. IMPROCEDÊNCIA. [...] ¹⁹³

Nota-se que esta tese não foi acolhida pelos Desembargadores do Pará, embora esteja muito bem fundamentada numa Lei muito mais específica, no que se refere às crianças e adolescentes, do que a Lei penal que criou o estupro de vulnerável.

Tendo em vista as decisões diversas retiradas de alguns Tribunais de Justiça pode-se concluir que o problema que a Lei 12.015/09 buscou sanar ao criar o tipo penal objetivo de estupro de vulnerável não foi totalmente resolvido.

Conclui-se que a imensa maioria das jurisprudências buscadas em Estados aleatórios confirmam: a objetividade trazida pelo tipo penal; a absoluta vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos; a indisponibilidade do bem jurídico; a desnecessidade de verificar ofensividade ao bem tutelado, no caso concreto, por conta da vulnerabilidade absoluta; a ausência de validade no consentimento, independente das condições específicas de cada vítima.

Não obstante, evidenciou-se algumas decisões que foram ao encontro das problemáticas levantadas neste trabalho.

192 TJPA, Apelação criminal n. 2017.01121874-95. 2ª Turma Criminal. Rel. Des. Romulo Jose Ferreira Nunes. Julgamento em 21/03/2017. Ementa n. 81 – Anexo I

193 TJPA, Apelação Criminal n. 2016.00364901-02. 1ª Turma Criminal. Rel. Des. Vania Lucia Carvalho Da Silveira. Julgamento em 02/02/2016. Ementa n. 82 – Anexo I

Portanto, percebe-se que há muito o que se discutir em relação a relativização ou não da vulnerabilidade das vítimas entre 12 e 14 anos, uma vez que diversos Juízes já se depararam com situações em que, no caso concreto, inviável seria a condenação do réu, por diversos motivos.

Nota-se, ainda, que com a edição da Súmula 593 do STJ, anteriormente citada, torna-se impossível obter validade no consentimento das vítimas ainda que demonstrarem em juízo sua plena capacidade de entender o ato sexual, mesmo se ficar evidenciado que sua vida sexual é desenvolvida e se, por qualquer razão, possuir maturidade suficiente para entender as consequências das relações sexuais.

Demonstra-se, com isso, que o caminho utilizado por muitos Tribunais Estaduais em excluir a tipicidade por conta do consentimento do ofendido não terá mais validade e fundamentos.

Contempla-se, apesar disso, que algumas poucas decisões foram no sentido de aplicar a atipicidade material por conta da ausência de vulnerabilidade da vítima, identificada no caso concreto e, por isso, a falta de lesão ao bem jurídico tutelado.

Salienta-se, também, que o Superior Tribunal de Justiça é irredutível em relação a esse tema, fechando os olhos para subjetividade dos fatos, analisando apenas objetivamente o crime. Uma crítica a isso seria a enorme distância jurídica que possui em relação ao processo inicial. Esta corte cuida dos processos que estão em recurso pela segunda vez, distanciando-se muito do “calor do processo”.

Como já foi dito, o legislador, que modificou o Código Penal, perdeu uma grande oportunidade de adequar socialmente a lei com a atual sociedade que se vive hoje. Foi extremamente evoluído e moderno, e por essa razão merece o devido reconhecimento, ao modificar o título de Crimes contra os Costumes para Crimes contra a Dignidade Sexual. Mas pecou ao considerar absoluta a vulnerabilidade das vítimas entre 12 e 14 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo compreender o conceito de estupro de vulnerável numa perspectiva da capacidade de discernimento dos menores de 14 anos e maiores de 12 anos. O texto centrou-se no *caput* do tipo legal do art. 217-A, do Código Penal para afirmar que a vulnerabilidade não é absoluta

Inicialmente, verificou-se que a Lei n. 12.015/2009 trouxe mudanças no que se refere aos crimes sexuais. Afastando-se de preceitos de natureza moral, ética e religiosa, o legislador modificou o título de “dos crimes contra os costumes”, para “dos crimes contra a dignidade sexual”. Com a alteração legislativa, o bem jurídico tutelado pela norma passa a ser a dignidade sexual, aquele que se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada um de vivenciá-la a salvo de todas as formas de exploração sexual.

Objeto de estudo desta pesquisa, o estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A é a junção dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor combinados com o artigo 224 do Código Penal. Ou seja, para configurar o estupro de vulnerável basta praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, ou com aqueles 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.

Ademais, a mais importante modificação foi a revogação do artigo 224 do Código Penal, que previa os casos em que se podia presumir a violência, muito aplicado ao estupro ou ao extinto atentado violento ao pudor. Entretanto, com a alteração da lei penal, tornou-se estéril a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da presunção de violência relativa ou absoluta quanto aos menores de 14 anos.

Uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a Lei 12.015/09 foi tentar não permitir a aferição, no caso concreto, do grau de maturidade sexual do menor de 14 anos e maior de 12 anos para a aplicação dos diversos dispositivos legais. Todavia, a presente pesquisa apontou que o conceito de vulnerabilidade se fundamenta no sadio desenvolvimento da sexualidade do adolescente, bem jurídico tutelado pela norma penal. Por isso, tornou-se indispensável a discussão da relativização da vulnerabilidade em torno da capacidade de discernimento dos adolescentes.

Significa dizer que, em casos concretos a vulnerabilidade pode ser relativa ou absoluta. A relativa nos diz que, ainda que hajam pessoas com a mesma idade ou deficiência,

por circunstâncias ou peculiaridades pessoais, não podem ser consideradas absolutamente vulneráveis.

Destarte, tentaram os julgadores, em alguns casos, resolver a questão que envolve a pessoa vulnerável por meio do consentimento. Entende-se que o consentimento do ofendido pode ser avaliado em dois contextos jurídicos: a) Como causa de justificação e b) como excludente de tipicidade.

a) Para o consentimento ser uma causa justificante o bem jurídico tutelado deve ser um bem disponível para a vítima. No entanto, o bem tutelado no estupro de vulnerável é a dignidade sexual, no aspecto do sadio desenvolvimento da sexualidade, que é indisponível. Ressalta-se que, nesse ponto, muitos julgadores se equivocaram ao considerarem a liberdade sexual como bem jurídico; e, por isso, utilizaram como argumento jurídico o consentimento para a valoração da vulnerabilidade.

b) No aspecto formal, o consentimento não pode excluir a tipicidade, pois a descrição abstrata do tipo penal é insuficiente para desenvolver o conceito de crime baseado na ofensa relevante ao bem jurídico. Ademais, é impossível também excluir a tipicidade material, uma vez que o bem jurídico tutelado - sadio desenvolvimento da sexualidade - no artigo 217-A não se fundamenta no consentimento.

Além disso, a fim de pacificar a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 593/2017, decidiu que o consentimento é irrelevante para atestar a atipicidade da conduta, confirmando a discussão desenvolvida neste trabalho.

Além disso, cumpre ressaltar que a vulnerabilidade, ainda que conceituada em várias áreas da ciência, em síntese, trata-se de pessoa despida de proteção, porque não possui discernimento suficiente para consentir com o ato sexual. Não obstante, a vulnerabilidade depende de inúmeros aspectos: físicos, psicológicos, hormonais, culturais, históricos, entre outros. E, com isso, inviável se torna definir uma idade (14 anos) para estabelecer a vulnerabilidade absoluta de uma pessoa.

Ademais, quanto aos tipos penais que consideram a questão da vulnerabilidade constatou-se que:

I) Inicialmente, para comparar as diferenças em sede de bem jurídico, faz-se necessário avaliar o estupro do artigo 213 que tem por bem jurídico tutelado a liberdade sexual. O tipo legal confere ao seu titular a faculdade de escolher livremente o parceiro sexual, bem como o momento a se realizar a conjunção carnal ou qualquer outro ato

libidinoso. Dessa forma, para que ocorra o crime de estupro é necessário que algo interfira na liberdade individual. Esse impedimento se dá de duas formas: ou por meio de violência física, que reduz o poder de resistência da vítima, ou por meio de violência moral, também conhecida como grave ameaça. Por isso, entende-se que o consentimento para a prática do ato sexual, seja ele a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso, é indispensável, porque é o interesse que fundamenta a liberdade sexual.

II) Quanto ao estupro de vulnerável, tem-se que o bem jurídico é a dignidade sexual, que se difere da liberdade sexual, porque abrange *o sadio desenvolvimento da sexualidade dos adolescentes*. Esta opção política visa a garantir aos vulneráveis um crescimento sadio e um desenvolvimento normal da sua personalidade. Desse modo, entende-se que não há o que se falar em consentimento do sujeito passivo uma vez que não há plena disponibilidade, de sua parte, no exercício da liberdade sexual, pois acredita-se que não possui capacidade de discernimento suficiente para manifestar-se.

III) No que se refere ao crime de uso de menor para satisfazer a lascívia de outrem, percebe-se que o bem jurídico continua sendo a dignidade sexual, com a mesma intenção que o estupro de vulnerável de proteger o menor. No entanto, para este crime é necessário que haja promessas, dádivas ou súplicas, a fim de cativar a confiança e aproveitar-se da vulnerabilidade do sujeito passivo. Mais uma vez denota-se que o sujeito ativo abusa da pouca ou nenhuma capacidade de discernimento do sujeito passivo. Não há o que se falar em consentimento, uma vez que o crime se dá com aliciamento e persuasão de alguém que não tem capacidade para raciocinar a respeito das consequências do que estão lhe pedindo.

IV) Já no que tange ao crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, o bem jurídico também continua sendo a dignidade sexual, nos moldes dos crimes anteriores. Todavia, há duas formas de execução para este crime. A primeira é desrespeitar a presença do menor vulnerável e praticar a libidinagem, sem, contudo, interferir na sua vontade. A segunda segue a mesma linha do artigo anterior onde o agente vai interferir na liberdade de vontade do sujeito passivo corrompendo-o. Claramente este menor vulnerável, diante da persuasão do agente ou mesmo diante da ausência de capacidade de discernimento para entender os fatos, não possui a destreza de consentir.

V) Por fim, no que diz respeito ao crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, o bem jurídico continua sendo a dignidade sexual. Não obstante, há uma grande diferenciação do caráter da vulnerabilidade do sujeito passivo,

que difere dos outros crimes. O dispositivo visa à tutela tanto da liberdade sexual quanto do sadio desenvolvimento sexual do adolescente. A conduta descrita ofende, portanto, a dignidade sexual em sua totalidade, pois subjugar alguém à prostituição e/ou explorar sexualmente significa sujeitar o adolescente a esse estado contra sua vontade ou sem que tenha liberdade de escolha. Neste caso, além da falta da capacidade de discernimento e do consentimento que já se conhece, considera-se, aqui, outros aspectos que colocam o sujeito passivo na situação de vulnerabilidade. Ou seja, situações em que há carência de oportunidades, de recursos ou de meios materiais e pessoais para aspirar a algo melhor na vida. Essas pessoas tornam-se alvos fáceis para os aproveitadores (sujeitos ativos) que submetem, induzem, atraem ou facilitam a sua ingressão neste meio de exploração sexual. Dessa forma, o consentimento conferido pelo sujeito passivo é totalmente irrelevante para a conduta, uma vez que se tratam de pessoas que possuem capacidade de discernimento reduzida, ou simplesmente a não possui.

No mais, no tocante à teoria da Imputação Objetiva de Roxin, tem-se que para atribuir ao sujeito ativo o resultado como obra sua, faz-se necessária a real colocação do bem jurídico relevante numa situação de risco não-tolerado pelo direito. Com isso, percebe-se que é indispensável que o *bem jurídico ofendido - sadio desenvolvimento da sexualidade* - no caso concreto corresponda ao *interesse que fundamenta a norma penal*, o qual é a *capacidade de discernimento*.

Dessa forma, com base na Imputação objetiva, concluiu-se que a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos e maior de 12 consiste em aferir a violação do interesse que fundamenta o bem jurídico tutelado. Nesta relação entre o sadio desenvolvimento da sexualidade e a capacidade de discernimento existe um *nexo causal normativo* exigido pela Imputação Objetiva. Inexistindo este nexo causal normativo não se pode falar em responsabilidade penal do sujeito ativo.

Outrossim, em relação aos julgados, constata-se a possibilidade de relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos. Todavia, verifica-se que não há um entendimento predominante entre os tribunais; pelo contrário, identifica-se decisões equivocadas porque relativizam a vulnerabilidade a partir do consentimento.

Apesar disso, notou-se que a maioria das decisões seguem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que se refere à não aplicação do consentimento. Diante dessa posição e conforme visto ao longo da pesquisa, em matéria de vulnerabilidade, o consentimento não

pode ser o interesse que fundamenta o bem jurídico que a norma do artigo 217-A protege.

No entanto, quando se analisa os julgados que buscaram absolver o sujeito ativo, outros equívocos ocorrem. Desde a aplicação da atipicidade da conduta pelo consentimento, até a antiga discussão sobre a presunção de violência.

Diversamente destes equívocos, houve algumas decisões que utilizaram muito bem a fundamentação para reconhecer a atipicidade da conduta (Do Tribunal de Justiça de SC), com as seguintes alegações:

[...] a tipicidade da conduta deve ceder espaço ao princípio da adequação social. Isso porque, embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, encerrar uma conduta tolerável no meio social em que ocorre, não necessitando da intervenção punitiva do Estado. Em um contexto como esse, impõe-se o afastamento da tipicidade material em razão do juízo de valoração da ação.¹⁹⁴

Embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, caracterizar um ato insignificante para o direito penal, quando não importar em ofensa ao bem juridicamente protegido pela norma, qual seja, a dignidade sexual. [...] Em um contexto como esse, fica evidente a ausência de ofensividade da conduta, de periculosidade social da ação, de reprovabilidade da conduta e, principalmente, a inocorrência de qualquer lesão ao bem juridicamente protegido.¹⁹⁵

Enfim, a pesquisa, revela que não basta constatar a ofensa ao bem jurídico para que se configure o crime de estupro de vulnerável. Indispensável afirmar que estupro de vulnerável é ofensa relevante ao bem jurídico. Esta tomada de posição baseada no nexo causal normativo é determinante, a fim de obter um juízo de certeza razoável sobre a vulnerabilidade do menor de 14 anos e maior de 12 anos de idade. Significa dizer que, a tipicidade material se constitui na ofensa ao bem jurídico - *sadio desenvolvimento da sexualidade.*; mas, desde que *a relevância da ofensa esteja na falta da capacidade de discernimento* do sujeito passivo.

194 TJSC, Apelação Criminal n. 0004862-12.2012.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 24-11-2016

195 TJSC, Apelação Criminal n. 2013.056552-0, de Curitiba, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 21-08-2014

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventude e Sexualidade**. Brasília: UNESCO, 2004.
- BEE, Helen; **A criança em desenvolvimento**. 7ª Edição. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 4, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DEPINÉ, Pablo José. Um ano de Lei 12.015/2009 - criticando a lei e as críticas à lei: capítulo II - dos crimes sexuais contra vulneráveis. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis/SC, v. 7, n. 17, p. 81-106, julho/dezembro. 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, Vol. III, 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1 : parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LEQUES, Rossana Brum. **O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: LiberArs, 2016.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade sexual: o objeto de tutela nos crimes sexuais e a exploração sexual. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre , v.15, n.85, p. 99-128, abr./maio 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; RENATO, N. Fabbrini; **Manual de Direito Penal, Volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234-B do CP**. 29 Edição. São Paulo: Atlas, 2012
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

- _____ **Manual de direito penal: parte especial.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____ **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009.** 2. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____ **Código Penal Comentado.** 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____ **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.** 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____ **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Gisele Graciano de. Estupro de vulneráveis: uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte/MG, v. 29, n. 181, p. 409-428, janeiro/fevereiro 2015.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 19, n. 92, p. 61-93, setembro/outubro 2011.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, Hárrisson Fernandes dos; NOVAIS, Maria Laura França. A historicidade do crime de estupro de vulnerável e a sua contextualização com a Lei 12.015/2009. **Juris Plenum**, Caxias do Sul/RS, v. 11, n. 62, p. 67-88, março/2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal: parte geral.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- SANTROCK, John W.; **Adolescência.** 14. Edição. Porto Alegre: Editora AMGH, 2014
- SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013.
- SEVERINO, Fernanda Grossi. Bem jurídico e Direito Penal: reflexões sobre a criminalização e os seus limites. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.14, n.80, p. 96-119, jun./jul. 2013.

SOUSA, Arthur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União Brasília**, ESMPU v.11, abr. 2004, p. 11-25

SANTROCK, John W.; Adolescência. 14^a Edição. Porto Alegre: AMGH, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**: segundo volume - teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANEXO I

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

1. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. MENOR DE CATORZE ANOS (CÓDIGO PENAL, ART. 217-A, CAPUT, COMBINADO COM ART. 71). ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NA ORIGEM. FATOS NARRADOS NARRADOS QUE EVIDENTEMENTE NÃO CONSTITUÍRIAM CRIME (CPP, ART. 397, III). INSURGIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESPROVIMENTO DO INCONFORMISMO. RECURSO ESPECIAL. REAPRECIÇÃO DO JULGADO. OBSERVÂNCIA CONJUNTA DOS ARTS. 1.030, II, E 1.040, II, AMBOS DO CPC E ART. 5º, § 2º, DA RESOLUÇÃO 42/2008 DESTE AREÓPAGO. TESE DE IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA À SUBSUNÇÃO DO AUTOR AO TIPO PENAL. VIABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO CRIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSOS MÚLTIPLOS (RESP 1.480.881/PI). PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. SENTENÇA ANULADA. DECISÃO REFORMADA. Não há de ser reconhecida a atipicidade material do crime de estupro de vulnerável, absolvendo-se sumariamente o réu (CPP, art. 397, III), tendo em vista a presunção juris et de jure de violência à dignidade sexual da ofendida, menor de catorze anos à época dos fatos, na esteira de tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos (tema 918): "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 1.480.881/PI, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26-8-2015). (TJSC, Apelação n. 0000878-70.2011.8.24.0235, de Herval d'Oeste, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Primeira Câmara Criminal, j. 12-04-2016).

2. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. MENOR DE CATORZE ANOS (CÓDIGO PENAL, ARTS. 217-A, CAPUT, COMBINADO COM ART. 71, CAPUT). CONDENAÇÃO NA ORIGEM. INSURGIMENTO DA DEFESA. PROVIMENTO DO PRETÉRITO INCONFORMISMO. RECURSO ESPECIAL. REAPRECIÇÃO DO JULGADO. OBSERVÂNCIA CONJUNTA DO ART. 1.030, II, DO CPC E ART. 5º, § 2º, DA RESOLUÇÃO 42/2008 DESTE AREÓPAGO. TESE DE IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA À SUBSUNÇÃO DO AUTOR AO TIPO PENAL. VIABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO CRIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSOS MÚLTIPLOS (RESP 1.480.881/PI). PRECEDENTES. ACÓRDÃO REFORMADO. SENTENÇA RESTABELECIDADA. Não há de ser afastada a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, absolvendo-se o réu com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, tendo em vista a presunção juris et de jure de violência à dignidade sexual da ofendida, menor de catorze anos à época dos fatos, na esteira de tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos (tema 918): "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 1.480.881/PI, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26-8-2015). (TJSC, Apelação n. 0004956-12.2011.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Primeira Câmara Criminal, j. 24-05-2016).

3. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E ART. 12 DA LEI 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRETENSA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. VÍTIMA, MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS, QUE É FLAGRADA POR POLICIAIS CIVIS SEMINUA NA CAMA DO RÉU E CONFIRMA TER MANTIDO RELAÇÕES SEXUAIS COM ELE. CONTEXTO PROBATÓRIO HÁBIL. PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL QUE ATESTE A CONJUNÇÃO CARNAL. CONDUTA DELITIVA QUE NÃO NECESSARIAMENTE DEIXA VESTÍGIOS APARENTES. ADEMAIS, O CONSENTIMENTO DA ADOLESCENTE EM MANTER RELAÇÕES SEXUAIS, NÃO ISENTA A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA CARACTERIZADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. CRIME DE POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. CONSUMAÇÃO DO ILÍCITO COM A SIMPLES PRÁTICA DA CONDUTA DESCRITA NO TIPO LEGAL. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DAS PENAS-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL FUNDAMENTADA PELO MAGISTRADO SINGULAR. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E CARTA ANEXADA AOS AUTOS QUE COMPROVAM SER O AGENTE INTEGRANTE DE FACÇÃO CRIMINOSA. EVIDENCIADA A CONDUTA SOCIAL DETURPADA. PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS DEVIDAMENTE APRECIADOS QUANDO DA CONFECÇÃO DO JULGADO. REQUERIMENTO PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "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" (Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881, de Buriti dos Lopes/PI, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. 26-8-2015). (TJSC, Apelação n. 0000568-71.2015.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. 24-05-2016).

4. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. VÍTIMA, NAMORADA DO RÉU, MENOR DE CATORZE ANOS. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. EXCEPCIONALIDADE COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Na hipótese, excepcionalmente, entende-se aplicável a relativização da presunção de violência, porquanto acusado e vítima mantinham relacionamento amoroso com autorização de seus genitores, o qual perdurou por, no mínimo, 2 (dois) anos - data da última audiência de instrução e julgamento. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000286-41.2014.8.24.0002, de Anchieta, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 30-05-2017).

5. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. CONFISSÃO DO DENUNCIADO, QUE MANTÉM RELACIONAMENTO AMOROSO COM A APONTADA VÍTIMA ATÉ OS DIAS ATUAIS COM APOIO DA FAMÍLIA. RELAÇÃO DESDE SEMPRE CONSENTIDA. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE OU VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0001100-09.2012.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Primeira Câmara Criminal, j. 23-02-2016).

6. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT E ART. 71, AMBOS DO

CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. RECURSO DO RÉU: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. POSSIBILIDADE. VÍTIMA ADOLESCENTE ENTRE 12 E 13 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA OU COAÇÃO MORAL INEXISTENTES. RELAÇÃO AFETIVA ESTÁVEL ENTRE RÉU E VÍTIMA CONSENTIDA PELA MÃE DA ADOLESCENTE. RELACIONAMENTO COM FINALIDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA, QUE PERDUROU POR QUASE 2 (DOIS) ANOS E QUE GEROU UM FILHO DO CASAL. TÉRMINO DO RELACIONAMENTO PELA INCOMPATIBILIDADE DE GÊNIOS E IMATURIDADE DO CASAL. PECULIARIDADES EXCEPCIONAIS DO CASO CONCRETO REVELAM A INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. "[...] se a conduta praticada pelo acusado, a despeito de adequar-se à previsão abstrata inculpada no art. 217-A do Código Penal, não atentou contra a liberdade sexual ou desenvolvimento da vítima, é de se reconhecer que não houve a produção de qualquer lesão ou risco de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, revelando-se a atipicidade material do ato. (TJSC, Apelação n. 0000451-88.2014.8.24.0002, de Anchieta, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 30-08-2016)".

7. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO DIANTE DA ABSOLVIÇÃO. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001583-21.2013.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Primeira Câmara Criminal, j. 20-04-2017).

8. APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ALEGAÇÃO DE ERRO DE TIPO - INVIABILIDADE - RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE APLICÁVEL AO CASO - RELACIONAMENTO ÍNTIMO ENTRE OS ENVOLVIDOS - DEPOIMENTOS DA VÍTIMA UNÍSSONOS NO SENTIDO DE QUE HOUVE CONSENTIMENTO COM O ATO DE CONJUNÇÃO CARNAL - PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001127-46.2015.8.24.0052, de Porto União, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 11-04-2017).

9. APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE - CRITÉRIOS QUE DEVEM SER RELATIVIZADOS PERANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - VÍTIMA COM 12 ANOS DE IDADE - ATOS DE INTIMIDADE PRATICADOS DURANTE UM RELACIONAMENTO AMOROSO, NA CONSTÂNCIA DE UMA UNIÃO ESTÁVEL - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO - PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, embora se presuma, deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002959-06.2014.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 21-03-2017).

10. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO LASTREADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERTIFICAM

A MATURIDADE E A CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA, COM 13 ANOS DE IDADE QUANDO DA PRÁTICA CONSENTIDA DA RELAÇÃO SEXUAL. ADEMAIS, APELANTE E ADOLESCENTE QUE ESTABELECEM RELACIONAMENTO AMOROSO COM O CONSENTIMENTO DE SEUS FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003946-71.2013.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 21-02-2017).

11. REEXAME. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, STJ. TEMA 918. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. DECISÃO DESTE COLEGIADO DE CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO COM O RECONHECIMENTO DA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. ARESTO QUE EM TESE ESTARIA EM CONFRONTO COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DA SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA PARA REEXAME DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 543-C, §7º, INCISO II, DO CPC/73 E 1.040,II, DO NCP. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.480.881/PI (TEMA 918). PRECEDENTE COM FORÇA PERSUASIVA QUALIFICADA NÃO VINCULANTE. POSSIBILIDADE DE MANTENÇA DA DECISÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. CONFISSÃO DO DENUNCIADO QUE MANTÉM RELACIONAMENTO AMOROSO COM A APONTADA VÍTIMA ATÉ OS DIAS ATUAIS COM APOIO DA FAMÍLIA. RELAÇÃO DESDE SEMPRE CONSENTIDA. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE OU VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. ACÓRDÃO INALTERADO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001100-09.2012.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Primeira Câmara Criminal, j. 01-11-2016).

12. APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT) EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE - CRITÉRIOS QUE DEVEM SER RELATIVIZADOS PERANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - VÍTIMA QUE TINHA 12 ANOS DE IDADE E TINHA UM RELACIONAMENTO AMOROSO COM O ACUSADO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO - PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, embora se presuma, deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0800186-90.2014.8.24.0119, de Garuva, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 27-09-2016).

13. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (NÃO CONSTITUIR O FATO INFRAÇÃO PENAL). RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDA CONDENAÇÃO NOS MOLDES DA DENÚNCIA. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DO FATO E MATERIALIDADE COMPROVADOS. CONCORDÂNCIA DA MENOR PARA OS ATOS SEXUAIS. IRRELEVÂNCIA. TIPICIDADE FORMAL DA CONDUTA INDISCUTÍVEL. TIPICIDADE MATERIAL, TODAVIA, NÃO DEMONSTRADA. INÍCIO DE RELACIONAMENTO AFETIVO QUE CULMINOU NO CASAMENTO NOTICIADO NOS AUTOS. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR ENTRE A SUPOSTA VÍTIMA E O

ACUSADO. RELACIONAMENTO QUE CONTA COM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS PARENTES DA ADOLESCENTE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIAM A INEXISTÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA PENAL E A AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DO COMPORTAMENTO DO RÉU. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.077225-2, de Chapecó, rel. Des. Newton Varella Júnior, Quarta Câmara Criminal, j. 11-06-2015).

14. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DO ACUSADO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE IMPÕE A RELATIVIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO DA MENOR PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA QUE PERDURA ATÉ OS DIAS DE HOJE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA ASSEVERADA POR AMBOS E PELA GENITORA DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 386, III, DO CPP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.043116-7, de Blumenau, rel. Des. José Everaldo Silva, Primeira Câmara Criminal, j. 28-04-2015).

15. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEANDO A CONDENAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. ADOLESCENTE COM APROXIMADAMENTE 13 ANOS E 8 MESES DE IDADE QUANDO DA PRÁTICA CONSENTIDA DE RELAÇÃO SEXUAL COM O APELADO. GENITORA QUE TINHA CIÊNCIA DO NAMORO. CASAL QUE LOGO PASSOU A RESIDIR NA CASA DOS PAIS DO APELADO, CONSTITUINDO UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO AMOROSO QUE FOI MANTIDO E DO QUAL SURTIU UM FILHO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO, ASSIM COMO DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO APELADO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. "[...] Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. (STJ. REsp 804999/SC. Recurso Especial n. 2005/0209761-1, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 10-11-2009, DJe 1º-2-2010)". (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.063656-8, de Campo Erê, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 27-05-2014). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.067684-0, de Garuva, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 17-03-2015).

16. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, E ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 13, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PLEITO MINISTERIAL PELA CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE DO FATO E AUTORIA DO DELITO DELINEADAS NOS AUTOS. NO ENTANTO, ERRO DE TIPO ESSENCIAL VENCÍVEL CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO ACERCA DA REAL IDADE DA VÍTIMA. COMPLEIÇÃO FÍSICA ROBUSTA E DESENVOLVURA ATÍPICA PARA A IDADE. NÃO SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA OU BUSCA DE PROVEITO DA MENORIDADE DA OFENDIDA PARA TANTO. AUSÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS OU ALTERAÇÃO DE COMPORTAMENTO. RELACIONAMENTO E CONVIVÊNCIA INICIALMENTE CONSENTIDO PELOS RESPONSÁVEIS PELA VÍTIMA, CODENUNCIADOS. AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM

JURÍDICO TUTELADO. CONDUTA ATÍPICA. DOLO EXCLUÍDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO A TÍTULO DE CULPA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.061061-2, de Pinhalzinho, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 24-02-2015).

17. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA PELA ABSOLVIÇÃO. AFASTAMENTO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA DA NORMA, ANTE A PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. NAMORO ENTRE JOVENS. GENITORA QUE TINHA CIÊNCIA DO RELACIONAMENTO. VÍTIMA E ACUSADO QUE CONTINUARAM O ENLACE AMOROSO E INCLUSIVE MANTÊM UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA. EXCEPCIONALIDADE DA PRESENTE HIPÓTESE QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.085557-7, de Itaiópolis, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 25-11-2014).

18. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE AGIR AFASTADAS. MÉRITO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL POSITIVO. PALAVRA DA VÍTIMA CONFORTADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA CARREADOS AO FEITO. ALEGADO ERRO DE TIPO. INACOLHIMENTO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DEMONSTRAM TER O ACUSADO CONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA AO TEMPO DOS FATOS. RECONHECIDA A AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. ADOLESCENTE COM 13 ANOS DE IDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA. RELACIONAMENTO AMOROSO PÚBLICO QUE VINHA SENDO MANTIDO ENTRE OS ENVOLVIDOS HÁ MESES. EXCEPCIONALIDADES DO CASO QUE PERMITEM A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECRETO ABSOLUTÓRIO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.026088-1, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 03-06-2014).

19. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO PARQUET. POSTULADA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO. IMPROVIMENTO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA ENTRE NAMORADOS. RELACIONAMENTO PÚBLICO QUE VINHA SENDO MANTIDO ENTRE OS ENVOLVIDOS HÁ MESES. ANUÊNCIA DOS GENITORES ACERCA DO NAMORO. CONVERSÃO DA RELAÇÃO EM UNIÃO ESTÁVEL, COM PROLE COMUM. EXCEPCIONALIDADES DO CASO QUE PERMITEM A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. DOSIMETRIA. PLEITOS PREJUDICADOS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.091004-8, de Lebon Régis, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 15-04-2014).

20. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA FUNDADA NO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. RECURSO DO PARQUET. ALMEJADO O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA DA OFENDIDA COM IDADE INFERIOR A 14 ANOS. INACOLHIMENTO. PARTICULARIDADES DO CASO

CONCRETO. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA. RELACIONAMENTO AMOROSO QUE VINHA SENDO MANTIDO ENTRE OS ENVOLVIDOS HÁ MESES. EXCEPCIONALIDADES DO CASO QUE PERMITEM A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DO DECRETO ABSOLUTÓRIO QUE SE IMPÕE. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.091315-4, de Brusque, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 15-04-2014).

21. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. AUSÊNCIA. LESÃO JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância "exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (Habeas Corpus n. 100.240, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 7.12.2010). Embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, caracterizar um ato insignificante para o direito penal, quando não importar em ofensa ao bem juridicamente protegido pela norma, qual seja, a dignidade sexual. A família é "base da sociedade", sendo-lhe, por isso, assegurada "especial proteção do estado" (CF, art. 226). Diante de prova robusta da intensa e efetiva constituição de núcleo familiar entre a suposta vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre si e com seus parentes, a adequação formalmente típica da conduta deve ceder espaço à proteção da família. Em um contexto como esse, fica evidente a ausência de ofensividade da conduta, de periculosidade social da ação, de reprovabilidade da conduta e, principalmente, a inocorrência de qualquer lesão ao bem juridicamente protegido. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.057402-4, de Taió, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 20-02-2014).

22. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A E ART. 217-A C/C ART. 13, § 2º, "A", TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LEI N. 12.015/2009 QUE ELIMINOU A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. TESE AFASTADA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE CONDUZEM À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A VÍTIMA E O APELADO. CONCORDÂNCIA DA FAMÍLIA DA MENOR. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. "Consoante já explicitado em outras oportunidades, a relativização da vulnerabilidade de vítima menor de 14 (quatorze) anos deve ser reconhecida somente em casos excepcionais, quando efetivamente demonstrado nos autos que a pessoa apontada como vítima não se mostra 'incapacitada' para externar um consentimento pleno, de forma racional e segura, acerca de questão de cunho sexual. In casu, observa-se que a suposta vítima, que contava com 13 (treze) anos e 10 (dez) meses na época dos fatos, apesar da tenra idade, tinha pleno conhecimento e consciência dos atos praticados, razão porque aceita-se conceber, repisa-se, no caso concreto, o seu consentimento em manter relações sexuais com o acusado". (Apelação Criminal n. 2011.085406-7, de Itajaí, rel. Des. José Everaldo Silva, Primeira Câmara Criminal, j. em 4-6-2013). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.080553-1, de Curitiba, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. 16-07-2013).

23. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSTULADA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO. IMPROVIMENTO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA ENTRE NAMORADOS. RELACIONAMENTO PÚBLICO QUE VINHA SENDO MANTIDO ENTRE OS ENVOLVIDOS HÁ MESES. ANUÊNCIA DOS GENITORES ACERCA DO NAMORO E QUANTO AOS ATOS SEXUAIS. EXCEPCIONALIDADES DO CASO QUE PERMITEM A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.011089-9, de Curitiba, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 07-05-2013).

24. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL BUSCANDO A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO CONCRETO. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. JUÍZO DE VALORAÇÃO DA AÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Havendo provas da existência de relação afetiva duradoura entre a vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre eles, a tipicidade da conduta deve ceder espaço ao princípio da adequação social. Isso porque, embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, encerrar uma conduta tolerável no meio social em que ocorre, não necessitando da intervenção punitiva do Estado. Em um contexto como esse, impõe-se o afastamento da tipicidade material em razão do juízo de valoração da ação. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.029844-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 23-10-2014).

25. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEANDO A CONDENAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. ADOLESCENTE COM 13 ANOS DE IDADE QUANDO DA PRÁTICA CONSENTIDA DE RELAÇÃO SEXUAL COM O APELADO, O QUAL ERA NAMORADO. GENITORA QUE TINHA CIÊNCIA DO RELACIONAMENTO AUTORIZANDO-O JUNTAMENTE COM OS DEMAIS FAMILIARES. CASAL QUE PASSOU A FREQUENTAR A IGREJA E TAMBÉM A CASA DOS PAIS DO APELADO, CONSTITUINDO RELACIONAMENTO AMOROSO RECONHECIDO PERANTE A SOCIEDADE LOCAL EM ÁREA RURAL DE MUNICÍPIO INTERIORANO. APELADO QUE TINHA A INTENÇÃO DE SE CASAR COM A VÍTIMA E FOI ATÉ O CONSELHO TUTELAR, OPORTUNIDADE EM QUE FOI INFORMADO QUE ESTAVA PRATICANDO CRIME, AFASTANDO-SE DA VÍTIMA POR ORIENTAÇÃO DAS CONSELHEIRAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO, ASSIM COMO DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO APELADO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. " [...] Em que pese a posição majoritária dos tribunais superiores, no sentido de a presunção de vulnerabilidade prevista no art. 217-A do Código Penal ser absoluta, com a evolução social e, em vista à transformação da cultura e costumes, referida presunção deve sofrer relativização em casos excepcionais, nos quais se é possível visualizar a maturidade sexual da vítima, de modo que, mesmo contando com idade biológica abaixo daquela elementar do tipo (14 anos), não detém mais a inocência a ser resguardada por meio do comando normativo em destaque". (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.095229-0, de Ascurra, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 16-06-2015). 2. "[...] Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. (STJ. REsp 804999/SC. Recurso Especial n. 2005/0209761-1, rela. Mina. Maria Thereza de

Assis Moura, Sexta Turma, j. em 10-11-2009, DJe 1º-2-2010)". (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.063656-8, de Campo Erê, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 27-05-2014). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.031950-3, de Porto União, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 20-10-2015).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

26. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INTERPRETAÇÃO DA LEI EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL CONJUNTURA DA SOCIEDADE. INCONTROVERSA NOS AUTOS A OCORRÊNCIA DA CONJUNÇÃO CARNAL ENTRE A VÍTIMA E O RÉU, PORÉM, NÃO HÁ COMPROVAÇÃO DE QUE OCORREU SEM CONSENTIMENTO. VULNERABILIDADE RELATIVIZADA NO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. Não restou comprovado na instrução que o acusado empregou grave ameaça ou violência para a prática de conjunção carnal. A prova testemunhal confortou a versão do réu de que a vítima foi por livre e espontânea vontade até sua casa, de madrugada, e lá mantiveram relações sexuais de forma consentida. Em que pese a vítima contar com menos de 14 anos (13 anos e cerca de 08 meses), sua vulnerabilidade restou relativizada em razão dos informes de que já possuía vida sexual ativa e relacionamento anterior com o denunciado. Uma condenação criminal, com todos os seus gravames e conseqüências, só pode ser admitida com apoio em prova cabal e afastada de dúvidas. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70071632814, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 25/05/2017)

27. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO CONSENTIDA. DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO NO CASO CONCRETO. Imputação de conjunção carnal entre o réu, de 19 anos, e a vítima, de 12, a um mês dos 13 anos. Acervo probatório que evidenciou cenário fático de dois jovens enamorados, defrontados com a desaprovação da mãe da menina, que, conscientemente, concretizaram ato sexual consentido, não como abuso ou domínio psicológico do réu sobre a vítima, mas como evolução natural da relação, envolta na efervescência de uma paixão juvenil. Inexistência de sinal de temor reverencial, muito menos de violência física ou psíquica, sendo de todo plausível, no caso de efetivo desvirginamento - ponto controverso nos autos -, tenha ela cedido aos apelos do namorado e ao próprio despertar do desejo libidinoso, instigada até mesmo por sua curiosidade sexual. Confirmação de compleição física, aparência e desenvoltura da menina compatíveis com idade superior, aspectos em harmonia com o relato de maturidade acima da sua faixa etária. Própria palavra da ofendida inclina-se para conversa franca e prévia entre o casal acerca da incursão na esfera sexual, demonstrando consentimento e voluntariedade, agindo por escolha, e não por constrangimento ou imposição do namorado. Certa longevidade do relacionamento e proximidade etária que tornam factível a estruturação de namoro firme, embora censurado pela genitora da ofendida. Comportamento sexualizado que, na espécie, desborda do prisma delitivo, ingressando, de fato, no campo de relação afetiva entre jovens, adstrito nitidamente ao signo do consentimento. Condenação revertida. Absolvição, com base no art. 386, III, do CPP. APELO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70068220680, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 23/03/2017)

28. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO COM O CONSENTIMENTO DOS PAIS. ABSOLVIÇÃO. A prova dos autos autoriza a conclusão de ter ocorrido ato sexual consentido, não havendo qualquer indício de ter sido fruto de abuso ou domínio psicológico do apelante sobre a

ofendida. Inexiste sinal de temor reverencial, muito menos de violência física ou psíquica, sendo de todo plausível, tenha a vítima cedido aos apelos do namorado e ao próprio despertar do desejo libidinoso, instigada até mesmo por sua curiosidade sexual. APELO DA DEFESA PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70067947952, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 23/03/2017)

29. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que desde o início deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somada à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70066784125, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 29/09/2016)

30. APELAÇÃO-CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. LESÕES CORPORAIS NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. APELOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1º FATO. ÉDITO ABSOLUTÓRIO. APELO MINISTERIAL. MANUTENÇÃO. Prova incontestada quanto ao fato de que o réu e a ofendida mantinham relacionamento amoroso, sendo que residiram, como companheiros, por mais de 1 ano. Vítima menor de 14 anos de idade. Presunção de violência que, a partir do advento da Lei nº 12.015/2009, deve ser entendida como implícita ao tipo penal incriminador. Ofendida de 12 anos, que tinha tido já outro relacionamento amoroso também envolvendo relações sexuais, e que se envolveu emocionalmente com o réu, jovem de apenas 20/21 anos, recém saído da adolescência, sendo que eram do mesmo bairro e cresceram frequentando os mesmos lugares, como ela mesma declarou. Consentimento da ofendida com a prática sexual. Imputação que adveio unicamente por conta da idade da lesada, sem descrição de grave ameaça ou violência real. Diferença etária e características dos indivíduos envolvidos bem como a natureza da ligação que estabeleceram, que possibilita a relativização da presunção de violência e da vulnerabilidade da vítima. Atipicidade. Art. 386, III do CPP. Édito absolutório mantido. Apelo do Ministério Público improvido. 2. LESÕES CORPORAIS. 2º FATO. APELO DA DEFESA. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Relatos firmes e seguros da vítima detalhando como fora agredida pelo réu, com socos e tapas, por ciúmes, enquanto conviviam maritalmente, sob o mesmo teto. Relevância da palavra da vítima que, no caso, veio corroborada pelas narrativas de sua genitora e dos dois policiais militares que atenderam à ocorrência. Autos de lesão corporal sendo positivo quanto a ter havido ofensa à integridade e saúde da ofendida, atestando a presença de hematoma violáceo com sessenta milímetros por quarenta milímetros. Acusado que, durante as investigações, fez uso do direito constitucional de permanecer em silêncio e, em pretório, fez-se revel, não havendo tese de defesa pessoal a ser analisada. Prova segura à condenação, que vai mantida. APELOS IMPROVIDOS, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70068001767, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 28/09/2016)

31. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 12 ANOS DE IDADE E ACUSADO COM 20 ANOS. VULNERABILIDADE NÃO EVIDENCIADA. HIPÓTESE DE MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 1. Conquanto a redação do artigo 217-A, caput, do Código Penal seja clara ao estabelecer que a prática de conjunção carnal com menor de 14 anos tipifica o delito de estupro de vulnerável, a realidade social e as condições pessoais dos envolvidos, em determinados casos, permitem a relativização da presunção de vulnerabilidade da menor, de molde a afastar a tipicidade do fato. 2. Hipótese em que o acusado e a suposta vítima, que tinham pouca diferença de idade, pois ela contava com doze anos e ele com vinte, mantiveram relacionamento amoroso, com o consentimento da mãe da ofendida, e que resultou em união estável por alguns meses, não havendo falar violência, ainda que presumida, diante do evidente desenvolvimento físico, emocional e sexual da adolescente, que livremente anuiu com o

relacionamento amoroso-sexual. Inclusive após o término deste, quando contava com 14 anos de idade, a adolescente já tinha um filho de outro companheiro. APELAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70069540292, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 20/07/2016)

32. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima que, embora menor de 14 anos à data do fato, e desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à conduta descrita na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à comprovação de relacionamento afetivo entre réu e vítima, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição vai mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70065427361, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 09/06/2016)

33. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENÇÃO MANTIDA. Não merece prosperar a pretensão de absolvição por insuficiência de provas relativamente à materialidade e à autoria do crime de estupro imputado ao réu, tendo em vista o robusto acervo probatório produzido nos autos, de onde se destacam os relatos prestados pela ofendida, pela testemunha R. e pelos policiais L., N. e A., os quais estão em consonância entre si e, destarte, sustentam a manutenção da sentença condenatória. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO DEMONSTRADA. Malgrado a vítima tenha consentido com a relação sexual mantida com o réu, trata-se a ofendida de indivíduo menor de 14 (quatorze) anos de idade, ao qual a lei não dá validade a este consentimento. Diversamente do que sustentado pela defesa técnica, o bem jurídico não é a liberdade sexual, mas sim a dignidade e a autodeterminação sexual. A criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução do desenvolvimento normal da personalidade do menor de 14 (quatorze) anos, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual. VÍTIMA MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS DE IDADE. FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA PENAL. Embora em casos pontuais, justificáveis pela ausência de tipicidade material da norma penal em relação às circunstâncias de fato, seja possível a flexibilização do rigor legal relativamente ao consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos, não é esta a espécie dos autos, porquanto era de se esperar que o apelante, indivíduo instruído - advogado - e com mais de cinquenta anos de idade, tivesse plena capacidade de discernimento da gravidade de sua conduta, isto é, de que manter relação sexual com a vítima, que tinha apenas 11 (onze) anos de idade à época em que o fato ocorreu, mediante pagamento em dinheiro, configuraria crime. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO. Situação dos autos que recomenda a manutenção do apenamento fixado ao réu na sentença, pois em sintonia com os critérios de necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70067118737, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 31/03/2016)

34. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CASO CONCRETO. ADOLESCENTE DE 13 ANOS COM RAPAZ DE 26 ANOS. PROVA DO CONSENTIMENTO E DE AUSÊNCIA DE DOLO DE ESTUPRAR. ABSOLVIÇÃO. Preliminar de inconstitucionalidade do art. 217-A do CP rejeitada. No tocante à preliminar de inconstitucionalidade do art. 217-A do Código Penal, há que ser repelida de pronto, pois este não afronta o princípio da dignidade humana, consagrado no art. 1º, inc. III da CF. Tal dispositivo resguarda a dignidade sexual do menor de 14 anos, que ainda não possui discernimento para a prática do ato sexual, não impedindo, no entanto, que após o crivo do julgador, examinando o caso concreto, seja atenuado o rigor da norma abstrata inserida no sistema penal vigente. Mérito. Caso concreto no qual a ofendida, adolescente com 13 anos e 07 meses na data do fato, costumava burlar a vigilância da mãe e circular com meninas mais velhas, buscando contato com os rapazes locais. Há prova nos autos

que a menina costumava "ficar" e que ao ser periciada após ter sido encontrada no apartamento do réu, não apresentava sinais de desvirginamento recente. Ainda que moralmente reprovável a conduta do acusado, que levou a adolescente para o seu apartamento, para assistirem filmes e consumarem ato sexual (conjunção carnal), não vejo dolo de estuprar, porque evidente o consentimento da ofendida que estava em relacionamento fugaz com o mesmo. Não comprovação da vulnerabilidade da ofendida, que livre e conscientemente manteve relação sexual completa com o acusado, afastando a tipicidade da conduta. Teses defensivas. Quanto ao erro de proibição, há que se frisar que não pode o réu invocar o desconhecimento da norma penal incriminadora; em relação ao erro de tipo, a tese resta prejudicada pela conclusão da ausência de vulnerabilidade da ofendida. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70060142007, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 26/03/2015)

35. APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA SUFICIENTE. 1. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. As provas existentes no caderno processual são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Palavra da vítima corroborada pelo depoimento de sua genitora, tia e conselheira tutelar. As declarações da lesada se mostraram sempre seguras e lineares, sem apresentar contradições que comprometessem a sua verossimilhança. Em juízo, noticiou, com firmeza, o relacionamento amoroso que teve com o acusado e as relações sexuais com ele praticadas, inclusive, a que foi descrita na denúncia. 2. MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA OFENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. O denunciado infringiu um dever moral, ético, social e jurídico, que dispensa maiores digressões, ao relacionar-se sexualmente com lesada, que tinha apenas doze anos à época dos fatos. Conhecido da tia da menina, ele, inicialmente, se aproximou como amigo e confidente, o que propiciou maior vantagem nas suas investidas. Ademais, restou pacificado pela Corte Constitucional que a vulnerabilidade da vítima menor de 14 (catorze) anos é absoluta, não importando o consentimento desta para a relação sexual, sua compleição física, postura na sociedade, anterior experiência, porquanto a norma visa a um dever geral de abstenção de práticas sexuais contra adolescentes que ostentem idade inferior a esse patamar mínimo. 3. REGIME INICIAL. O regime inicial será o semiaberto, nos moldes do art. 33, §2º, b, do Código Penal, inexistindo circunstância excepcional a justificar maior recrudescimento, conquanto se trate de delito caracterizado como hediondo. 4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução provisória da pena. Apelo desprovido por maioria. (Apelação Crime Nº 70064875719, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 26/04/2017)

36. APELAÇÃO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE POR CONSENTIMENTO. - Inviável a tese de mitigação da vulnerabilidade da ofendida nos casos do delito de estupro de vulnerável disposto no art. 217-A do Código Penal. Com a modificação legislativa introduzida pela Lei nº 12.015/2009, a violência ou grave ameaça, real ou presumida, não integram mais o tipo penal de estupro de vulnerável. Para a configuração deste delito, portanto, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, razão pela qual se torna irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da ofendida. - Desimporta que o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha escolhido o patamar de 12 anos como marco divisório entre a infância e a adolescência - sendo o seu artigo 2º expresso ao referir que a definição está limitada "para os efeitos desta Lei". Isso porque o tipo penal do estupro de vulnerável visa, por opção do legislador, tutelar os direitos de todo menor de 14 anos, e não exclusivamente de crianças, consoante definido pela legislação especial. - No caso em concreto, considerando que a vítima possuía 13 anos de idade à época do fato, e que o dissenso não é circunstância elementar do tipo, não há falar em atipicidade do

fato. A denúncia ofertada apresenta descrição de fato típico e antijurídico, estando acompanhada de inquérito policial com prova da materialidade e de suficientes indícios de autoria, pelo que deve receber juízo positivo de admissibilidade. Apelo provido. (Apelação Crime Nº 70068491612, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 22/02/2017)

37. APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCABIMENTO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. I. Considerando que os delitos foram cometidos no período entre fevereiro e outubro de 2004, datas anteriores à vigência da Lei nº 12.015/2009, cabível a aplicação da legislação disposta no antigo art. 213, caput, combinado com o art. 224, a , e 226, II, todos do Código Penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. II. Comprovadas a existência do fato e a autoria delitiva, imperiosa a manutenção da condenação do réu. Caso dos autos em que a vítima, menor de quatorze anos, sua genitora, a psicóloga e o próprio acusado confirmaram a ocorrência dos estupros, que resultaram em sua gravidez. Prova pericial que aponta no mesmo sentido. Irrelevância de eventual "consentimento" por parte da ofendida. Conceito de vulnerabilidade afeto ao legislador. III. Apenamento. Magistrado que já considerou a pena do art. 213 do Código Penal na sentença. (i) Pena-base. Mantida a análise desfavorável da vetorial consequências e descabida a análise favorável da vetorial comportamento da vítima . (ii) Majorante do art. 226, II, do Código Penal. Considerando que os fatos foram cometidos antes da alteração inserida no Estatuto Repressivo pela Lei nº 11.106/2005, o acréscimo em função da causa de aumento deve se dar à quarta parte. (iii) Quantum continuidade delitiva. Diante do depoimento da vítima, demonstrado que os estupros ocorreram por diversas e incontáveis vezes durante mais de um ano, de modo que adequada e benéfica a aplicação da fração de aumento de 1/3. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. (iv) Pena definitiva. Estabelecida em 10 (dez) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70042422840, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 30/11/2016)

38. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PROVA CONCLUSIVA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. A prova carreada aos autos demonstra, de forma segura e conclusiva, que vítima e réu mantiveram relação sexual, mormente porque o fato foi confirmado por ambos e corroborado pela prova pericial, que atestou o desvirginamento da ofendida. 2. Irrelevância do suposto consentimento da vítima, menor de 14 anos, nos delitos de estupro de vulnerável, nos termos do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.480.881, julgado pelo STJ em 26/08/2015. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70070737630, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 19/10/2016)

39. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONTINUIDADE DELITIVA. 1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Relatos coerentes e convincentes da vítima, nas duas fases de ausculta, no sentido de que, ao sair do mercado onde havia ido perto de casa para comprar doces, foi surpreendida pelo réu e o codenunciado (processo cindido, já condenado), que a pegaram pelo braço e levaram-na até local ermo, onde, alternadamente, por diversas vezes, a estupraram, tudo corroborado pelos depoimentos de sua genitora. Prova segura ao veredicto condenatório. Vítima menor de 14 anos de idade. Caracterização do delito, independentemente de eventual consentimento da vítima. Anteriormente à Lei 12.015/2009, a presunção de violência, em casos tais, era considerada absoluta. Precedentes jurisprudenciais. Posteriormente, cuidando-se de menores de 14 anos, a violência nem mesmo constitui elemento do tipo penal respectivo - "estupro de vulnerável". Entendimento que se justifica em face da incapacidade das crianças e adolescentes, de discernir, fazer opções responsáveis e maduras sobre sua sexualidade e tomar atitudes pelas quais possam se responsabilizar. Ademais, a ofendida, criança de 12 anos de

idade, sempre afirmou que as relações sexuais foram mantidas de maneira forçada, enquanto um praticava a conjunção carnal, o outro tapava sua boca e segurava seus braços, em revezamento, não se havendo falar em consentimento. Relevância da palavra da ofendida, inexistentes motivos para falsa inculpação. Negativa do réu apenas na inquisitorial, porque se fez revel em juízo, derruída pelo robusto acervo probatório produzido pela acusação. Prova segura à condenação, que vai mantida. 2. MAJORANTE. CONCURSO DE PESSOAS. Plenamente configurada a majorante do concurso de agentes, já que a vítima, em relatos contundentes, indigitou o réu e o assecla como sendo os indivíduos que dela abusaram sexualmente, em conjugação de esforços e vontades, auxiliando-se mutuamente na prática das conjunções carnis com a vítima, alternando-se nas funções: ora um praticava conjunção carnal, enquanto o outro segurava a ofendida e cobria-lhe a boca, e depois trocavam de lugar. Majorante mantida. 3. PENA. DOSIMETRIA. Pena-base de cada delito fixada em 6 anos e 6 meses de reclusão. Acusado que registra outra condenação definitiva pelos crimes de roubo impróprio e roubo majorado, praticados anteriormente ao presente, apenas não caracterizadora da reincidência, porque transitada em julgado em momento posterior. Súmula 444 do STJ, que não tem efeito vinculante e, no caso, não é aplicável, porque definitiva a condenação sopesada para recrudescer as basilares. Indivíduo que demonstra propensão ao ilícito, por seu histórico criminal, não merece tratamento punitivo igual àquele que nunca enveredou pelo caminho do crime. Princípio da pena-base, até mesmo porque deveriam ter sido negativadas as consequências do delito, considerando que a vítima restou lesionada, quando o tipo se contentaria com meras vias de fato. Basilares mantidas em 6 anos e 6 meses de reclusão, assim tornadas provisórias, ausentes agravantes e atenuantes. Na 3ª etapa, pela majorante do concurso de pessoas, cada pena foi elevada em $\frac{1}{4}$, resultando totalizadas em 8 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão. Por fim, reconhecida a continuidade delitiva, uma das sanções, porque iguais, foi elevada em $\frac{1}{6}$, mínimo legal. Pretensão defensiva de redução do índice aplicado para o continuísmo ao mínimo legal, que não merece trânsito, porque assim já procedeu a sentenciante. Ausência de interesse recursal. Apelo não conhecido, no ponto. ERRO DE CÁLCULO NO SANCIONAMENTO. CORREÇÃO DE OFÍCIO. Magistrada singular que, aplicando o índice do continuísmo sobre a pena até então definida, chegou ao sancionamento de 9 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, quando o correto, pelo programa de cálculo disponibilizado nesta Corte, pelo Contador, seria 9 anos, 5 meses e 22 dias de reclusão. Erro material corrigido, de ofício. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO EM QUE CONHECIDO, IMPROVIDO. DE OFÍCIO, CORRIGIDO ERRO MATERIAL HAVIDO NO CÁLCULO DA PENA, REDIMENSIONANDO-A PARA 9 ANOS, 5 MESES E 22 DIAS DE RECLUSÃO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70066818600, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 28/09/2016)

40. APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ABSOLUTÓRIO PELA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. DESCABIMENTO. CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. DESCABIMENTO. I. Comprovada a existência e a autoria dos fatos, impositiva a manutenção da sentença condenatória. Caso dos autos em que a vítima, menor de quatorze anos, relatou na fase policial e em juízo que manteve um relacionamento com o réu durante cinco meses, período em que tiveram relações sexuais em duas oportunidades, sendo que na primeira vez, momento em que ainda era virgem, a conjunção carnal foi forçada pelo acusado. Confissão do réu em juízo, com temperamentos, sendo que suas alegações de consentimento da ofendida (primeira relação sexual) e erro quanto à idade dela não restaram comprovadas. II. A presunção de violência, nos casos de estupro de vulnerável, é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o eventual consentimento da vítima. III. Quanto à gratuidade de justiça, o réu pobre faz jus à suspensão da exigibilidade das custas processuais (durante cinco anos, após os quais a dívida deve ser considerada prescrita), de acordo com o artigo 98, § 3º, do novo Código de Processo Civil. No caso concreto, o acusado foi assistido por defensor constituído durante parte do processo, inclusive em grau de recurso, não havendo falar em suspensão das custas. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70050637461, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 31/08/2016)

41. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PROVA CONCLUSIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. A prova carreada aos autos demonstra, de forma segura e conclusiva, que vítima e réu mantiveram relação sexual, mormente porque o fato foi confirmado por ambos e corroborado pela prova pericial, que atestou o desvirginamento recente da ofendida, bem como a presença de material genético do imputado na vagina daquela. 2. Irrelevância do suposto consentimento da vítima, menor de 14 anos, nos delitos de estupro de vulnerável, nos termos do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.480.881, julgado pelo STJ em 26/08/2015. 3. Pena corretamente aplicada, resultando no mínimo legal e não comportando redução. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70069251429, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 22/06/2016)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

42. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS. FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VALIDADE. CRIMES CONSUMADOS. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Materialidades e autorias comprovadas com relação aos crimes de estupro de vulnerável. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado à espécie 2. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (AI 825.520 AgR-ED/SP - Rel. Min. Celso de Mello - j. 31.05.2011; AI 814.640/RS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 02.12.2010; HC 92.020/DF - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 21.09.2010; HC 101.911/RS - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 27.04.2010; HC 100.221/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 04.05.2010; HC 94.384/RS - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 02.03.2010; Emb. Decl. MS 25.936-1/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 13.06.2007; HC 98.814/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 23.06.2009; HC 94.243/SP - Rel. Min. Eros Grau - j. 31.03.2009; HC 96.517/RS - Rel. Min. Menezes Direito - j. 03.02.2009; RE 360.037/SC - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 07.08.2007; HC 75.385/SP - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 07.10.1997). 3. O reconhecimento que a vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime contra a liberdade sexual, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STJ (HC 267.027/DF – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 02.05.2013 – DJU 22.05.2013; HC 259.092/MG – 6ª T. – Rel. Min. Assusete Magalhães – j. 07.03.2013 – DJU 03.04.2013; AgRg no REsp 1.346.774/SC – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 18.12.2012 – DJU 01.02.2013; AgRg no AREsp 160.961/PI – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. 26.06.2012 – DJU 06.08.2012). 4. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Cezar Peluso – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Luiz Fux – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842). 5. Crimes de estupro de vulnerável

consumados, pois, pese embora não haja prova pericial nos autos no sentido de ter havido penetração, os atos praticados pelo réu, vale dizer, o de passar os dedos na vagina das vítimas, introduzi-los e friccioná-los, de fato, caracterizaram, sem qualquer sombra de dúvida, o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, na modalidade atos libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo desnecessário que haja a penetração para fins de tipificação do presente crime. Precedentes do STJ (REsp 1.353.575/PR – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – j. 05.12.13 – DJU 16.12.13 e AgRg no REsp 1.295.596/MG – Rel. Min. Campos Marques – j. 06.06.13 – DJU 11.06.13). Por fim, para os fins do art. 543-C, do antigo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese jurídica: "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 1.480.881/PI – Min. Rogerio Schietti Cruz – 3ª Seção – j. 26.08.2015 – Dje 10.09.2015). 6. Refazimento da dosimetria da pena. Manutenção do regime fechado, mercê da hediondez dos crimes sexuais cometido pelo réu (estupros de vulnerável), em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto. Corolário do exposto, a pena final do réu também justifica a manutenção do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §2º, "a", do Código Penal. 7. Parcial provimento do recurso defensivo. (Apelação nº 0011565-64.2013.8.26.0176 Relator(a): Airton Vieira; Comarca: Embu das Artes; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 22/11/2016; Data de registro: 24/11/2016)

43. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA ESTABELECIDADA DE MODO ESCORREITO. REGIME FECHADO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de estupro de vulnerável. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado à espécie. 2. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (AI 825.520 AgR-ED/SP - Rel. Min. Celso de Mello - j. 31.05.2011; AI 814.640/RS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 02.12.2010; HC 92.020/DF - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 21.09.2010; HC 101.911/RS - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 27.04.2010; HC 100.221/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 04.05.2010; HC 94.384/RS - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 02.03.2010; Emb. Decl. MS 25.936-1/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 13.06.2007; HC 98.814/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 23.06.2009; HC 94.243/SP - Rel. Min. Eros Grau - j. 31.03.2009; HC 96.517/RS - Rel. Min. Menezes Direito - j. 03.02.2009; RE 360.037/SC - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 07.08.2007; HC 75.385/SP - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 07.10.1997). 3. O reconhecimento que a vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime contra a liberdade sexual, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STJ (HC 267.027/DF – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 02.05.2013 – DJU 22.05.2013; HC 259.092/MG – 6ª T. – Rel. Min. Assusete Magalhães – j. 07.03.2013 – DJU 03.04.2013; AgRg no REsp 1.346.774/SC – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 18.12.2012 – DJU 01.02.2013; AgRg no AREsp 160.961/PI – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. 26.06.2012 – DJU 06.08.2012). 4. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento

contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (HC 87.662/PE – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – j. 05.09.06; HC 73.518-5 – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 18.10.96; HC 70.237 – Rel. Min. Carlos Velloso – RTJ 157/94) e do STJ (AgRg no AREsp 262.655/SP – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 06.06.13; HC 177.980/BA – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 28.06.11; HC 149.540/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 12.04.11 e HC 156.586/SP – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 27.04.10). Outrossim, especificamente quanto aos guardas civis, incide a inteligência da Lei n. 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penal e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. Precedentes do STJ (HC 290.371/SP – Rel. Min. Moura Ribeiro – j. 27.05.14; RHC 45.173/SP – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 26.05.14 e HC 109.105/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 23.02.10). 5. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Cezar Peluso – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Luiz Fux – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842). 6. Crime de estupro de vulnerável consumado, pois, pese embora não haja prova pericial nos autos no sentido de ter havido penetração, os atos praticados pelo réu, vale dizer, o de passar o pênis na vagina da vítima (sem introduzi-lo), de fato, caracterizaram, sem qualquer sombra de dúvida, o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, na modalidade atos libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo desnecessário que haja a penetração para fins de tipificação do presente crime. Precedentes do STJ (REsp 1.353.575/PR – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – j. 05.12.13 – DJU 16.12.13 e AgRg no REsp 1.295.596/MG – Rel. Min. Campos Maques – j. 06.06.13 – DJU 11.06.13). Por fim, para os fins do art. 543-C, do antigo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese jurídica: "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 1.480.881/PI – Min. Rogerio Schietti Cruz – 3ª Seção – j. 26.08.2015 – Dje 10.09.2015). 7. Dosimetria da pena estabelecida de modo escorreito. Manutenção do regime fechado, mercê da hediondez do crime sexual cometido pelo réu (estupro de vulnerável), em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto. 8. Improvimento do recurso defensivo. (Apelação nº 0004159-26.2014.8.26.0606 Relator(a): Airton Vieira; Comarca: Suzano; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/11/2016; Data de registro: 11/11/2016)

44. Embargos Infringentes. Estupro de vulnerável. Voto vencido que negava provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo a absolvição dos sentenciados, por atipicidade da conduta dos embargantes, ante o consentimento das vítimas. Materialidade e autoria incontroversos. Violência presumida. "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" – Tema nº 918 de Recurso Repetitivo, do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1480881/PI, julgado em 26/08/2015). Vítimas que declararam, tanto na fase inquisitória como na judicial, não ter consentido a prática de conjunções carnis e atos libidinosos com os embargantes. Embargos rejeitados. (Embargos Infringentes nº 0000761-13.2013.8.26.0281 Relator(a): Otavio Rocha; Comarca: Itatiba; Órgão julgador: 6ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 21/10/2016; Data de registro: 26/10/2016; Outros números: 761132013826028150000)

45. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VALIDADE. TIPICIDADE. CRIME CONSUMADO. REGIME FECHADO. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

1. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de estupro de vulnerável. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado à espécie. 2. O reconhecimento que a vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime contra a liberdade sexual, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STJ (HC 267.027/DF – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 02.05.2013 – DJU 22.05.2013; HC 259.092/MG – 6ª T. – Rel. Min. Assusete Magalhães – j. 07.03.2013 – DJU 03.04.2013; AgRg no REsp 1.346.774/SC – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 18.12.2012 – DJU 01.02.2013; AgRg no AREsp 160.961/PI – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. 26.06.2012 – DJU 06.08.2012). 3. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Cezar Peluso – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Luiz Fux – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842). 4. Crime de estupro de vulnerável consumado, pois, pese embora não haja prova pericial nos autos no sentido de ter havido penetração, os atos praticados pelo réu, vale dizer, o de praticar sexo oral na vítima, de fato, caracterizaram, sem qualquer sombra de dúvida, o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, na modalidade atos libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo desnecessário que haja a penetração para fins de tipificação do presente crime. Precedentes do STJ (REsp 1.353.575/PR – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – j. 05.12.13 – DJU 16.12.13 e AgRg no REsp 1.295.596/MG – Rel. Min. Campos Maques – j. 06.06.13 – DJU 11.06.13). Por fim, para os fins do art. 1.036, do novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese jurídica: "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 1.480.881/PI – Min. Rogerio Schietti Cruz – 3ª Seção – j. 26.08.2015 – Dje 10.09.2015). 5. Dosimetria da pena. Regime fechado, mercê da hediondez do crime sexual cometido pelo réu (estupro de vulnerável), em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto. 6. Provimento do recurso Ministerial. (Apelação nº 0000503-04.2015.8.26.0549 Relator(a): Airton Vieira; Comarca: Santa Rosa de Viterbo; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 06/07/2016; Data de registro: 12/07/2016)

46. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS. PALAVRA DAS VÍTIMAS NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VALIDADE. CRIMES CONSUMADOS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME FECHADO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

1. Materialidade e autoria comprovadas com relação aos crimes de estupro de vulnerável. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado à espécie. 2. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional inculpada no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (AI 825.520 AgR-ED/SP - Rel. Min. Celso de Mello - j. 31.05.2011; AI 814.640/RS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 02.12.2010; HC 92.020/DF - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 21.09.2010; HC 101.911/RS - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 27.04.2010; HC 100.221/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 04.05.2010; HC 94.384/RS - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 02.03.2010; Emb. Decl. MS 25.936-1/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 13.06.2007; HC 98.814/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 23.06.2009; HC 94.243/SP - Rel. Min. Eros Grau - j. 31.03.2009; HC 96.517/RS - Rel. Min. Menezes Direito - j. 03.02.2009; RE 360.037/SC - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 07.08.2007; HC 75.385/SP - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 07.10.1997). 3. O reconhecimento que a vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime contra a liberdade sexual, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STJ (HC 267.027/DF – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 02.05.2013 – DJU 22.05.2013; HC 259.092/MG – 6ª T. – Rel. Min. Assusete Magalhães – j. 07.03.2013 – DJU 03.04.2013; AgRg no REsp 1.346.774/SC – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 18.12.2012 – DJU 01.02.2013 e AgRg no AREsp 160.961/PI – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. 26.06.2012 – DJU 06.08.2012). 4. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Cezar Peluso – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Luiz Fux – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842). 5. Crime de estupro de vulnerável consumado, pois os laudos periciais, relativos aos exames de corpo de delito realizados nas vítimas, atestaram a prática da conjunção carnal, além do réu ter ciência da idade delas, afinal, ao ser interrogado extrajudicialmente, disse que "acredita que tanto Alice como Talessa tem 13 anos". A propósito, no que diz respeito ao STJ, ele firmou a tese jurídica, para os fins do art. 543-C, do Código de Processo Civil: "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 1.480.881/PI – Min. Rogerio Schietti Cruz – 3ª Seção – j. 26.08.2015 – Dje 10.09.2015). 6. Dosimetria da pena. Regime fechado fixado mercê da pena final do réu. Inteligência do art. 33, §2º, "a", do Código Penal. Inolvidável, por outro lado, a natureza hedionda dos crimes de estupro de vulnerável, também a justificar o regime prisional inicial fechado, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90. 7. As condenações criminais a penas privativas de liberdade, confirmadas em v. Acórdãos desse Tribunal de Justiça, autorizam a expedição de mandado de prisão. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, exigem garantia de acesso ao duplo grau de jurisdição (e não ao "infundável" grau de jurisdição). Os Recursos Especiais e Extraordinários, direcionados aos Tribunais Superiores, não têm, em regra, efeito suspensivo. Assim, consoante o

recente julgamento, no STF, do HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, cumpre determinar a imediata expedição de mandado prisional em desfavor do réu. Precedente do STJ (REsp n. 1484415/DF - 6ª T. – Trecho do Voto Vencedor do Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - j. 03.03.2016). 8. Improvimento do recurso defensivo e provimento do recurso Ministerial. (Apelação nº 0006152-51.2012.8.26.0129 Relator(a): Airton Vieira; Comarca: Casa Branca; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 04/05/2016; Data de registro: 09/05/2016)

47. Apelação. Crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A, do Código Penal). Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório a evidenciar a responsabilidade penal do apelante. 2. Inocorrência de erro de tipo. Dados probatórios a indicar que réu tinha ciência da idade da vítima. 3. Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. A tipicidade não fica afastada pela experiência sexual da vítima ou o relacionamento amoroso entre agente e ofendida 4. Pena que não comporta alteração. Recurso desprovido. (Embargos nº 0003209-36.2012.8.26.0493 Relator(a): Laerte Marrone; Comarca: Regente Feijó; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 30/11/2015; Data de registro: 01/12/2015)

48. PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TIPICIDADE DA CONDUTA INQUESTIONÁVEL, HAJA VISTA PRESENTE DOLO EXIGIDO À ESPÉCIE, TRATANDO-SE DE VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE.

Pleito de absolvição por inexistência de dolo, pelo fato da vítima ter consentido na conjunção. Impossibilidade. Delito efetivamente demonstrado pelas declarações da vítima, corroboradas pela palavra de sua genitora, restando ainda confirmada a materialidade. Assim, ainda que as relações tenham sido consentidas pela ofendida, ela contava com apenas 13 anos de idade, e não há nenhuma informação relevante sobre eventual ausência de ingenuidade ou mesmo prévia conduta irregular, com vida desregrada ou dissoluta, o que, de qualquer forma, não afastaria a tipicidade da conduta, haja vista a atual redação do tipo penal afastar interpretação sobre presunção relativa de violência, apresentando-a como de caráter absoluto. (Apelação nº 0042220-17.2012.8.26.0576 Relator(a): Alcides Malossi Junior; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 06/08/2015; Data de registro: 12/08/2015)

49. APELAÇÃO CRIMINAL ESTUPRO DE VULNERÁVEL Defesa requer, preliminarmente, absolvição do apelante baseada no consentimento da vítima e, subsidiariamente, a diminuição da pena aplicada, reconhecendo as atenuantes - Impossibilidade - Conjunto probatório suficiente para embasar decreto condenatório Consentimento da vítima irrelevante para a formação do tipo penal do estupro - A lei visou à proteção de menores de 14 (quatorze) anos, pessoas que ainda não possuem desenvolvimento físico e psicológico completo, além de não ostentarem personalidade formada - Pena e regime bem dosados, não comportando reparo- Menoridade relativa devidamente aplicada na r. sentença - Apelo não provido. (Apelação nº 0004697-93.2010.8.26.0073 Relator(a): Sérgio Ribas; Comarca: Avaré; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 23/01/2014; Data de registro: 28/01/2014)

50. APELAÇÃO CRIMINAL ESTUPRO - RECURSO DA DEFESA VISANDO A ABSOLVIÇÃO - ACOLHIMENTO Violência presumida. Caráter absoluto - Não ocorrência. Ofendida com 12 anos de idade que demonstra possuir discernimento dos atos praticados. Circunstâncias comprovadas pelas declarações da própria vítima e pela prova testemunhal. Tipo penal não configurado Apelo provido, para absolver o réu. (Apelação nº 0006109-96.2009.8.26.0363 Relator(a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Comarca: Mogi-Mirim; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 19/05/2014; Data de registro: 17/06/2015)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

51. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA E, SUBSIDIARIAMENTE, FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PPL, ANTE O TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. A materialidade e autoria delitiva restaram demonstradas no processo por todo conjunto probatório e, em especial, pela palavra da vítima. De logo, é imperioso salientar que, por se tratar de delito sexual, a palavra da vítima, mesmo criança, constitui-se em pedra angular para a formação da convicção, pois na maior parte dos delitos dessa natureza não há a presença de testemunhas que presenciem a realização do crime. Contudo, observe-se, também, que embora estas palavras tenham um grande valor probatório nas circunstâncias acima mencionadas, por óbvio não pode estar destoante dos demais elementos de prova colhidos, como por certo não estavam. Ademais, pela cópia da conversa online entre o acusado e a vítima (pasta 16/47), é possível confirmar a prática de atos libidinosos e da conjunção carnal perpetrada pelo réu contra a menor, já que este narra o ato com detalhes. E, ao contrário do alegado pela defesa, o consentimento ou não da vítima para o ato não é relevante no caso. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que violência contra a vítima menor de 14 (catorze) anos é absoluta, não importando o consentimento desta para a relação sexual ou anterior experiência, porquanto a norma visa a um dever geral de abstenção de práticas sexuais com adolescentes que ostentem idade inferior a esse patamar mínimo. Precedentes STF. No STJ a questão foi submetida ao rito dos recursos repetitivos no curso do julgamento do REsp 1.480.881/PI. Assim, a Terceira Seção, na data de 26/08/15, deu provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, para assentar a seguinte tese: “Tema 918: 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.” Desta forma, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução do desenvolvimento normal da personalidade do menor de 14 (quatorze) anos, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual. Assim, em razão da norma penal vedar o relacionamento sexual com menor de 14 (quatorze) anos, o SUPOSTO consentimento da vítima alegado pela defesa é inválido. Neste contexto, a conduta do réu pôs em movimento a norma penal, não havendo falar em sua flexibilização e ausência de efeitos. Assim, correta a sentença, sendo reconhecida a prática do delito do artigo 217-A, caput, do Código Penal. A pena-base foi fixada em 09 anos de reclusão, acima do mínimo legal, o que mantenho pelos mesmos fundamentos. Com relação ao regime inicial de cumprimento da pena, cumpre salientar que o STF, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Assim, inexistente a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a estes equiparados, devendo o regime ser determinado com base no art. 33 do CP. Desta feita, ante o quantum da pena final, descontando-se o período de prisão cautelar do acusado (preso desde 01/04/2016; pastas 189/192) e a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, do CP, deve ser fixado o regime inicialmente semiaberto para cumprimento da PPL. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJRJ, Apelação n. 0019868-65.2014.8.19.0002, Sétima Câmara Criminal. Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto. Julgamento em 30/05/2017)

52. Apelação criminal defensiva. Condenação em 1º grau por estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Recurso defensivo que persegue a solução absolutória ou a revisão da dosimetria. Mérito que se resolve pontualmente em favor da Defesa. Materialidade e autoria inquestionáveis, depuradas segundo o exame crítico de todo o conjunto probatório. Palavra da Vítima que exhibe importância preponderante, sobretudo quando estruturada no tempo e no espaço. Instrução que revelou

ter o Apelante praticado conjunção carnal com a Vítima de apenas 11 anos de idade. Relato paralelo das demais testemunhas, a corroborar as declarações da Vítima. Laudo pericial evidenciando o desvirginamento da Ofendida. Conjunto probatório hígido, a respaldar a solução condenatória aplicada, evidenciando-se o crime de estupro de vulnerável, com violência presumida pelo fator etário. Preceito protetivo de caráter absoluto que, tanto sob a égide da lei anterior, quanto pela incriminação hoje vigente, se posta "como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva" (STJ), "sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima" (STF). Juízos de condenação e tipicidade que são mantidos, nos moldes da sentença. Dosimetria que se posta a merecer ajustes. Primeira fase dosimétrica majorada de forma inidônea, à luz da motivação posta. Primeiro fundamento ("premeditação") que somente viabiliza a negatização da pena-base quando feita de modo "anormal" (STJ), pois, do contrário, qualquer prévia concepção e preparação do intento criminoso, características presentes em quase todos os crimes dolosos, seriam merecedores de uma apenação diferenciada. Hipótese dos autos que não indica qualquer juízo mais agudo de culpabilidade, a título de circunstâncias ou consequências extraordinárias, além daquelas já inerentes ao próprio tipo e circunscritas à imputação feita. Segunda assertiva ("utilizou vídeos e fotografias no modus operandi") que também não retrata qualquer desdobramento excepcional da linha do iter criminis de um crime sexual contra uma ofendida menor, estando inserido no espúrio processo de erotização e deturpação da vontade da vítima, características igualmente inerentes ao próprio tipo penal imputado. Daí se dizer que "não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de circunstâncias e consequências inerentes ao tipo violado para elevar a reprimenda imposta ao paciente" (STJ). Terceira articulação (ter dirigido ameaça à vítima) que, por igual, não tende a merecer apenação diferenciada, pois, na linha da jurisprudência do STJ, a partir da vigência da Lei n. 12015/09, mesmo a efetividade de uma ameaça real já se acha abrangida e considerada pela mais gravosa formulação do tipo do art. 217-A do CP. Apenação que, nesses termos, é restituída ao mínimo legal. Réu primário, sem antecedentes criminais e com condenação "não superior" a oito anos (CP, art. 33, par. 2º, "b"), que deve suportar a fixação do regime prisional semiaberto, atento à disciplina da Súmula 440 do STJ. Recurso a que se dá parcial provimento, para redimensionar a sanção final do Acusado para 08 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto. (Apelação n. 0001896-95.2015.8.19.0051, Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo. Julgamento em 31/01/2017)

53. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ESTUPRO DE VULNERÁVEL E FORNECER A ADOLESCENTE, SEM JUSTA CAUSA, PRODUTOS CUJOS COMPONENTES POSSAM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA - ARTIGO 217-A, DO CÓDIGO PENAL, E ARTIGO 243 DO ECA, NA FORMA DO ARTIGO 69, DO CÓDIGO PENAL - ACÓRDÃO DA QUARTA CÂMARA CRIMINAL QUE, POR MAIORIA DE VOTOS, NEGOU PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS - VENCIDA A DESEMBARGADORA GISELDA LEITÃO TEIXEIRA QUE VOTOU PARA DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS, PARA ABSOLVER OS EMBARGANTES, POR ENTENDER, EM SÍNTESE, QUE "(...) Cabe ao Julgador sopesar a vulnerabilidade do menor como um elemento normativo do tipo e não simplesmente criminalizar a conduta. Considerando que a prova reunida nos autos não evidencia qualquer coação, violência ou contrariedade à vontade das menores em manter contato íntimo com os apelantes, não há falar em cometimento de "estupro de vulnerável", demonstrado que ditas menores dormiam fora de casa na companhia de amigos em franca condição de abandono ou condescendência pelos pais; tinham total liberdade de locomoção, podendo livremente ter saído dos locais descritos na denúncia; foram avistadas em uma escada, pintando os cabelos de alguns dos jovens; almoçaram livremente na companhia dos apelantes, o decreto condenatório mostra-se dissociado da prova coligida, impondo-se a ABSOLVIÇÃO de todos. O mesmo se diga com relação ao delito do artigo 243 do ECA. Impossível pela prova coligida atribuir-se a todos os cinco apelantes a conduta de oferecer drogas às duas menores ou a um ou mais deles dita conduta delituosa, dada a fragilidade probatória, no particular. Daí porque igualmente votamos pela absolvição dos apelantes quanto a esta conduta delituosa, à míngua de adminículo probatório que permita individualizar-se a conduta de cada qual." - A ANUÊNCIA DA MENOR E SUA EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR EM NADA

INTERFEREM PARA AFASTAR A TIPICIDADE DA CONDUTA DOS EMBARGANTES, POIS O CRITÉRIO ETÁRIO É OBJETIVO, O QUE ENSEJA O CARÁTER ABSOLUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - O CONSENTIMENTO DA CRIANÇA MENOR DE 14 ANOS, ANTERIOR EXPERIÊNCIA SEXUAL E APARÊNCIA FÍSICA DA VÍTIMA NÃO POSSUEM RELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO, DEVENDO A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, SER CONSIDERADA DE NATUREZA ABSOLUTA - IMPOSSÍVEL ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 243 DO ECA - PROVA CARREADA É ROBUSTA AO COMPROVAR QUE OS EMBARGANTES FORNECERAM DROGAS E BEBIDAS ALCÓOLICA PARA AS VÍTIMAS CONSUMIREM, CONFIGURANDO O CRIME PREVISTO NO ART. 243 DA LEI Nº 8069/90 - EMBARGOS REJEITADOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0030219-11.2013.8.19.0042. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des(a). Maria Sandra Rocha Kayat Direito. Julgamento em 31/01/2017.)

54. Apelação criminal defensiva. Condenação pelo crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). Recurso que persegue a solução absolutória (por insuficiência de provas ou invulnerabilidade da vítima) e, subsidiariamente, a revisão da dosimetria. Mérito que se resolve parcialmente em favor da Defesa. Materialidade e autoria inquestionáveis, depuradas segundo o exame crítico de todo o conjunto probatório. Instrução que revelou ter o Apelante investido sexualmente contra menor de 13 anos de idade à época, mantendo com ela conjunção carnal espúria, reiterada por mais de trinta vezes. Laudo pericial atestando que a Ofendida não era mais virgem. Palavra da Vítima que exhibe importância preponderante, sobretudo quando estruturada no tempo e no espaço. Conjunto probatório hígido, apto a respaldar a solução condenatória, evidenciando-se o crime de estupro por violência presumida diante do fator etário. Preceito protetivo de caráter absoluto que, tanto sob a égide da lei anterior, quanto pela incriminação hoje vigente, se posta "como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva" (STJ), "sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima" (STF). Continuidade delitiva que, a despeito de narrada e comprovada, não foi alvo de condenação ou recurso, sendo inviável sua incidência prática. Juízos de condenação e tipicidade que são mantidos, nos moldes da sentença. Dosimetria que merece ajustes. Larga extensão e profundidade do efeito devolutivo pleno da apelação que permite "rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória, com nova ponderação acerca dos fatos e das circunstâncias judiciais" (STJ). Negativação da pena-base feita de modo inidôneo na sentença, à luz de três fundamentos. Primeira alegação, enaltecendo "queda no rendimento escolar" da Vítima, que retrata elemento meramente accidental do fato, fora do desdobramento causal relevante de um crime sexual e longe da pertinência concreta de sua reprovabilidade (TJERJ). Segunda articulação sentencial (a Ofendida passou a ser "julgada" por professores, amigos e familiares) que igualmente não pode ser repercutida em desfavor do Réu, a título de negativação da pena-base, pois expõe sentimento alheio deturpado, resquício de lamentável cultura social do estupro, já que, na essência de tal assertiva, se credita alguma medida de responsabilidade à ofendida-menor, ao mesmo tempo em que acentua a reprovabilidade do Réu, justamente com base na torpeza desse sentimento nutrido por terceiros. Referências indiretas às consequências psíquico-sociais da divulgação do estupro que só tendem a merecer valoração negativa, para efeito de reprovabilidade diferenciada do art. 59 do CP, se vierem a expor um trauma de dimensões extraordinárias e incomuns frente aos limites já inerentes ao tipo. Firme orientação do STJ enfatizando, no particular, que "o crime de estupro pressupõe necessariamente um trauma na vítima; logo, quando evidenciada nenhuma especificidade do trauma, descabe o acréscimo da pena-base pelas consequências do crime". Terceiro fundamento de negativação que, além de verdadeiramente incomprovado (inexiste prova específica de que o "ato sexual foi perpetrado na presença do filho menor do acusado"), não exhibe o alcance moralmente deturpador posto na sentença, já que recai sobre uma criança de 02 anos de idade à época, e, portanto, sem qualquer discernimento concreto, a despeito de ser um ato de grande reprovabilidade ético-social. Apenação que, nesses termos, é restituída ao mínimo legal. Réu primário, sem antecedentes criminais e com condenação "não superior a oito anos" (CP, art. 33, par. 2º, "b"), que deve suportar a fixação do regime prisional semiaberto, atento à disciplina da Súmula 440 do STJ. Aplicação da recente decisão do Plenário do STF, o qual viabiliza a

imediate execução do título condenatório, uma vez concluído o julgamento da apelação por parte deste Tribunal de Justiça (HC 126292-SP). Recurso a que se dá parcial provimento, para redimensionar a sanção final do Acusado para 08 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, com expedição imediata de mandado de prisão. (Apelação n. 0394401-90.2012.8.19.000. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo. Julgamento em 26/07/2016.)

55. Apelação criminal defensiva. Condenação pelo crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). Recurso que persegue a solução absolutória e, subsidiariamente, o reconhecimento da tentativa, a reclassificação típica para o art. 213 do CP, a reforma na dosimetria e o regime para o semiaberto. Mérito que se resolve pontualmente em favor da Defesa. Materialidade e autoria inquestionáveis, depuradas segundo o exame crítico de todo o conjunto probatório. Laudo pericial e exame técnico de DNA evidenciando a realização de prática sexual recente e depuração de contato físico havido entre Apelante e da Ofendida. Palavra da Vítima que exhibe importância preponderante, sobretudo quando estruturada no tempo e no espaço. Instrução que revelou ter o Apelante abordado a Vítima, então com 13 anos de idade, confinando-a e silenciando-a no interior do banheiro de uma Igreja Católica, ocasião em que, mediante violência e grave ameaça, a obrigou a manter relações sexuais, concretização a prática de conjunção carnal e sexo anal. Vítima que, num primeiro momento, por vergonha e medo do Apelante, o qual lhe fez ameaças, não o incriminou positivamente, comportamento que se revela absolutamente comum e justificado em delitos de tal natureza, sobretudo quando covardemente vitimada uma adolescente menor de 14 anos. Inquirição sequencial da mesma em três novas oportunidades, onde, agora com apoio psicológico e maior dose de segurança pessoal, apontou o Apelante como inegável autor das investidas sexuais, pormenorizando toda a dinâmica do evento. Relato paralelo das demais testemunhas suficiente a suportar as declarações da Vítima. Versão do Acusado completamente isolada e sem qualquer respaldo probatório minimamente aceitável (CPP, art. 156). Juízos de condenação e tipicidade que não merecem censura. Característica de eventual desvirginamento da Ofendida que não exhibe importância probatória ou relevância jurídico-penal para efeito de tipicidade, atento à natureza da imputação. Alegação defensiva de erro de tipo completamente inviável diante do cenário processual. Modelo do art. 217-A do CP que se posta "como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva (STJ), "sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima" (STF). Delito que atingiu a sua consumação na espécie, evidenciada a conjunção carnal e o coito anal. Dosimetria da pena que merece pontual reajuste. Correta negativação da pena-base por ter sido o crime praticado nas dependências de igreja católica, circunstância concreta da infração que se mostra reveladora de insensibilidade e desapego aos valores sociais mínimos. Aplicação da fração de 1/6 como referência de aumento, gerando redimensionamento da pena final. Regime prisional fechado que se mantém, considerando o volume de pena e as circunstâncias do fato (CP, art. 59). Defensivo a que se dá parcial provimento a fim de redimensionar as sanções finais para 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. (Apelação n. 0000509-23.2014.8.19.0005. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo. Julgamento em 14/07/2015)

56. EMENTA - PENAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - RECURSO DEFENSIVO - VULNERABILIDADE RELATIVA - ERRO DE TIPO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 215 DO CP - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA. A tese da vulnerabilidade relativa sustentada pela defesa não merece crédito, pois sequer ficou demonstrado que a vítima possuía pleno discernimento na época dos fatos. Não há elementos nos autos que indiquem ser a vítima experiente na prática sexual ou que tenha freqüentes relacionamentos dessa natureza. Ademais, o consentimento da vítima é irrelevante para a adequação típica, eis que a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que "a presunção de violência no estupro, quando a vítima não for maior de 14 anos de idade, é absoluta, de maneira que a aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais não tem relevância jurídico-penal". (REsp 953.805/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 10/03/2014) **Com efeito, apesar de certa ressalva do relator, no direito penal pátrio, a pessoa menor de 14 anos é considerada vulnerável, frágil, incapaz de consentir para a validade da relação sexual. Assim, a liberdade sexual nesses casos se**

torna indisponível. Atualmente, entretanto, muitas são as situações que podem levar o agente a cometer um erro sobre a verdadeira idade de uma pessoa, principalmente as atribuições físicas. Em situações assim, pode ser afastada a tipicidade do fato por erro de tipo se o agente não tinha ciência da verdadeira idade da vítima. No entanto, este não é o caso dos autos, pois, de acordo com o conjunto probatório, o acusado sabia ou, ao menos, deveria saber sobre a vulnerabilidade do menor. De outro giro, não há que se falar em desclassificação para o tipo do artigo 215 do Código Penal, porquanto para configuração de tal delito, o agente deve se valer de fraude, simulação ou qualquer outro meio para impedir a livre manifestação de vontade da vítima, circunstância ausente na hipótese concreta. (Apelação n. 0001346-50.2011.8.19.0016. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Marcus Henrique Pinto Basílio. Julgamento em 05/05/2015)

57. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ESTUPRO DE VULNERÁVEL ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - ACÓRDÃO DA QUARTA CÂMARA CRIMINAL QUE, POR MAIORIA DE VOTOS, NEGOU PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, MANTENDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA NA ÍNTEGRA - DIVERGIU O DES. FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO, QUE VOTOU POR ABSOLVER OS EMBARGANTES DA CONDUTA IMPUTADA, POR ALEGADA ATIPICIDADE, AO FUNDAMENTO DE QUE A VÍTIMA TERIA CONSENTIDO COM A PRÁTICA DOS ATOS LIBIDINOSOS, DEVENDO SER AFASTADA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, UMA VEZ QUE, POR NENHUMA FORMA, O APELANTE CONSTRANGEU O ADOLESCENTE A COM ELE PRATICAR OS ATOS SEXUAIS - A ANUÊNCIA DO MENOR EM NADA INTERFERE PARA AFASTAR A TIPICIDADE DA CONDUTA DO EMBARGANTE, POIS O CRITÉRIO ETÁRIO É OBJETIVO, O QUE ENSEJA O CARÁTER ABSOLUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - O CONSENTIMENTO DA CRIANÇA MENOR DE 14 ANOS E APARÊNCIA FÍSICA DA VÍTIMA NÃO POSSUEM RELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO, DEVENDO A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA SER CONSIDERADA DE NATUREZA ABSOLUTA - A CONDUTA CONSTATADA NA PRESENTE NA HIPÓTESE COMPORTA MAIOR REPROVABILIDADE, HAJA VISTA QUE A VÍTIMA FOI MOTIVADA À PRÁTICA DOS ATOS SEXUAIS ABORDADA PELO ZELADOR DE UM CENTRO COMUNITÁRIO, ONDE PRATICAVA ESPORTES, SITUAÇÃO QUE RESSALTA A VULNERABILIDADE DE QUE ACOMETIDA, INDEPENDENTEMENTE DA IDADE - EMBARGOS REJEITADOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0002255-61.2013.8.19.0036. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des(a). Maria Sandra Rocha Kayat Direito. Julgamento em 05/08/2014)

58. APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO NOS MOLDES DA EXORDIAL - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTO DA VÍTIMA CONTRADITÓRIO E INCOERENTE ACRESCIDO DE SEU CONSENTIMENTO - FRAGILIDADE PROBATÓRIA PARA ENSEJAR DECRETO CONDENATÓRIO - "IN DUBIO PRO REO" - DESPROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL - UNÂNIME - EXPEÇA-SE ALVARA DE SOLTURA, SE POR AL. O Ministério Público inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido contido na denúncia e absolveu o apelado, com base no artigo 386, inciso VII do Código Penal, interpôs recurso de apelação, objetivando a procedência da pretensão punitiva estatal. No dia dos fatos, no interior de uma residência situada à Estrada Intendente Magalhães, Campinho, nesta cidade, o apelado com vontade livre e consciente, visando à satisfação de sua lascívia, manteve conjunção carnal com a menor Aryane Cristine, mediante penetração peniana na cavidade vaginal. A materialidade do delito encontra-se evidenciada pelo laudo complementar de exame de corpo de delito de conjunção carnal e pelo depoimento da vítima. A tipicidade da conduta do apelado deve ser afastada, em face do consentimento da vítima. Inexiste relato de algum constrangimento, violência ou grave ameaça impingida à vítima de forma que o atuar pelo apelado pudesse se subsumir àquele tipo penal incriminador. Na audiência de instrução e julgamento, somente a vítima prestou declarações, sendo estas pouco convincentes e muito contraditórias em comparação com as prestadas em sede policial. Temos duas versões para os fatos descritos na inicial: a do apelado,

que diz que mantinha relacionamento com a vítima e que ela consentiu; e a da vítima, que nega, inicialmente, que tenha consentido e mais adiante, diz que correspondeu aos beijos do apelado e que já tinha, em data anterior, praticado sexo oral com o apelado. Os vizinhos viram a vítima sair do local onde ocorreu o ato sexual, sendo tal fato confirmado pelo apelado e pela própria, tornando crível a declaração do réu quando assevera que a vítima "inventou a estória para a mãe" com receio de que alguém contasse que ela estava em sua companhia. A palavra da vítima, nos crimes contra a liberdade e dignidade sexual, assume relevante valor, mas deve vir acompanhada de segurança, plausibilidade e coerência entre si e as demais provas acostadas aos autos, o que não ocorreu no presente caso. A vítima prestou declarações conflitantes, tendo tal fato restado consignado na sentença pela nobre sentenciante que declarou que: "'in casu', a vítima foi incoerente em seu depoimento, o que aliado à impressão pessoal desta magistrada negativa quanto à veracidade e transparência do seu relato, e, ainda, quanto ao fato de que efetivamente a aparência dela era de bem mais idade e experiência forma conjunto probatório precário para condenação". Apesar de a infante contar com menos de 14 anos, à época dos fatos, o seu comportamento não indicou a sua vulnerabilidade, comportando-se como uma adolescente, que sabia perfeitamente o que estava fazendo, que no dia anterior tinha estado no interior de um veículo com o apelado, fazendo sexo oral e que poderia ter pedido auxílio a qualquer pessoa se realmente estivesse em perigo ou se sentindo ameaçada. Merece especial destaque a questão acerca da qualidade da presunção de violência, ou seja, se absoluta - não admite prova em contrário - ou relativa - possibilitando a prova em contrária. Embora não pacificada a matéria, adoto os precedentes, inclusive deste Egrégio Tribunal de Justiça, no sentido de, no caso em tela, considerar o consentimento da ofendida para elidir a presunção de violência caracterizadora do estupro, me posicionando no sentido de que a presunção decorrente da menoridade não é absoluta. DESPROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL - UNÂNIME - EXPEÇA-SE ALVARA DE SOLTURA, SE POR AL. (Apelação n. 0006425-97.2012.8.19.0202. Sétima Câmara Criminal. Rel. Des(a). Elizabeth Gomes Gregory. Julgamento em 12/11/2013)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

59. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. VÍTIMA COM 10 ANOS DE IDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA PARA TIPIFICAÇÃO PENAL. I - Com o novo tipo penal (art. 217-A), não se exige que o delito proceda mediante violência real ou grave ameaça, não se tratando mais de presunção de violência, seja absoluta ou relativa, bastando que a vítima seja menor de 14 anos para que se configure o crime, justificado pela situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. II - Afigura-se destituído de validade o consentimento da vítima, inclusive porque não se discute a relação com os delitos de sedução e corrupção de menores, não se estabelecendo, pois, a honestidade da vítima, ou sua experiência sexual, objetiva ou não, como requisito para configuração do injusto, resultando equivocada a reconhecida atipicidade do fato por ter a vítima aquiescido com a relação sexual. III - In casu, não é possível admitir que uma criança de apenas 10 anos, porque tem conhecimento objetivo sobre sexo, poder validamente assentir com a conjunção carnal, porquanto, à toda evidência, não apresenta maturidade psicológica. IV - Apelação a que se nega provimento. (Apelação Criminal n. 193531-1 / 0000600-70.2004.8.17.1250. 3ª Câmara Criminal. Rel. Des. Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho. Julgamento em 21/11/2013.)

60. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. APELAÇÃO DEFENSIVA. NEGATIVA DE AUTORIA. CONDENAÇÃO LASTREADA NOS DEPOIMENTO DA VÍTIMA, DAS TESTEMUNHAS E NA PROVA PERICIAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Restou demonstrado que existe nos autos suporte probatório para confirmar a condenação do apelante; 2. O depoimento da

vítima, a certidão de nascimento e a perícia sexológica, comprovam, por si sós, a autoria e a materialidade delitiva; 3.A condenação encontra-se lastreada na palavra da vítima, que tem forte valor probatório, estando em sintonia com as demais provas colhidas na instrução criminal; 4.**A suposta experiência sexual da adolescente e o seu consentimento não interferem na condenação do ora apelante. Para a configuração do estupro presumido basta que haja relação sexual com menor de 14 (catorze) anos;**5. O estupro presumido é classificado como crime hediondo. Em casos tais, independentemente da pena aplicada, ela sempre será cumprida no regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com nova redação dada pela Lei nº 11.464/07; 6.Recurso conhecido e não provido à unanimidade, sendo mantidas todas as determinações contidas na sentença. (Apelação Criminal n. 210287-4 / 0000102-74.2008.8.17.0460. 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Antônio de Melo e Lima . Julgamento em 26/10/2010.)

61. APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DE . ART. 271-A C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE POR DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. PREJUÍZO NÃO EVIDENCIADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 523 DO STF. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JULGADOS DO STJ. 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. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME CONTINUADO. CONFIGURADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1- Não ficou evidenciado prejuízo concreto decorrente da suposta deficiência de defesa técnica, o que desfigura a pretensão deduzida, nos termos do art. 563 do Código Processo Penal; 2- "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" Súmula nº 523 do STF; 3- **Com efeito, em recente julgado, representativo de controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, bastando para a caracterização do crime de de previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso contra vítima, independentemente do da vítima, de maturidade ou de experiência sexual anterior.** 4 - Embora o crime tenha sido praticado contra vítimas diferentes, há que se reconhecer a continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do CP, pois considerando a identidade de condições de tempo, lugar, maneira de execução, havia um único objetivo a ser alcançado qual seja obter a satisfação sexual em um mesmo contexto fático; 5- Recurso a que se nega provimento. (Apelação Criminal nº 0387297-1 / 0000738-64.2013.8.17. 0460. Câmara Regional de Caruaru - Segunda Turma. Rel. Des. Márcio Aguiar. Julgamento em 03/03/2016)

62. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). AGENTE QUE BEIJOU E ACARICIOU MENINA DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE. INDEFERIMENTO DE JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE ROL TESTEMUNHAL. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ATIPICIDADE DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES. APELO PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. 1. Não há que se falar em nulidade do feito por indeferimento do pedido de juntada extemporânea de rol testemunhal. Inobservância do prazo disposto em lei que acarreta a preclusão do direito da parte de arrolar testemunhas. Preliminar rejeitada. 2. **A vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta apenas pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser analisada em cada caso concreto. Demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta.** Precedentes. (Apelação Criminal n. 307690-8 / 0000442-29.2012.8.17.1090. 4ª Câmara Criminal. Rel. Des. Marco Antonio Cabral Maggi. Julgamento em 19/02/2014.)

63. EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DA VÍTIMA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO NO SENTIDO DE ABSOLVER O APELANTE. 1. Tendo ficado assegurado o direito de defesa do apelante com a nomeação de advogado ad hoc para atuar na audiência de instrução, e verificada a ausência de prejuízo para a defesa, não há que se falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa. 2. **Constatado que o ato sexual narrado na denúncia se deu com o da vítima, que estava prestes a completar 14 (catorze) anos de idade e mantinha um relacionamento amoroso com o recorrente, e levando-se em consideração, ainda, o fato de que a vítima exibia comportamento compatível com idade superior à que apresentava, é de ser relativizado o conceito de vulnerabilidade trazido pelo tipo do art. 217-A do CP, devendo ser absolvido o apelante.** 3. Apelo provido. Decisão unânime. (Apelação Criminal n. 279626-5 / 0000648-68.2011.8.17.1190. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Roberto Ferreira Lins. Julgamento em 03/09/2013.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

64. APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - ERRO DE TIPO - OCORRÊNCIA - RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. I - **O eventual consentimento da vítima é irrelevante para a configuração crime de estupro de vulnerável, na medida em que a vulnerabilidade de pessoa menor de 14 (quatorze) anos é absoluta, diante da ausência da maturidade necessária para consentir.** II - Se o autor pratica relações sexuais incorrendo em erro sobre a idade da vítima, circunstância esta elementar do delito de estupro de vulnerável, exclui-se o dolo de sua conduta e, conseqüentemente, a própria tipicidade, na medida em que não há previsão de modalidade culposa para referido crime. (Apelação Criminal n. 1.0090.10.002620-3/001 / 0026203-37.2010.8.13.0090. Rel. Des. Eduardo Machado. Julgamento em 01/12/2015.)

65. APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CRIME - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - VULNERABILIDADE DA OFENDIDA NÃO COMPROVADA. RECURSO PROVIDO. 1. **Não havendo provas suficientes de que a vítima não tinha capacidade de compreender o ato sexual praticado, ou seja, que era vulnerável à conduta, há que ser demonstrado o emprego de violência ou ameaça para a configuração do delito.** 2. Havendo provas nos autos de que a ofendida tenha consentido a prática da relação sexual e não sendo ela vulnerável, não há se falar em manutenção do decreto condenatório. 3. Havendo dúvida, mínima que seja, acerca da prática da conduta típica, deve-se decidir em favor do agente em respeito ao princípio in dubio pro reo. (Apelação Criminal n. 1.0271.11.005271-6/001 / 0052716-47.2011.8.13.0271. Rel. Des. Rubens Gabriel Soares. Julgamento em 15/01/2013.)

66. APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PALAVRAS DA VÍTIMA - RELEVÂNCIA PROBATÓRIA - MENOR DE 14 ANOS - CONSENTIMENTO - IRRELEVÂNCIA - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA ABSOLUTA - REDUÇÃO DA PENA - NECESSIDADE - EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO DA PENA/ MANDADO DE PRISÃO APÓS ESGOTADAS AS VIAS RECURSAIS NESTA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE. 1- Nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra firme e coerente da vítima é de suma importância para a comprovação da autoria delitiva, impondo-se a manutenção da condenação quando em consonância com as demais provas dos autos. 2. **O consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos não**

torna atípica a conduta do réu, eis que a violência é presumida. A figura da violência presumida foi criada pelo legislador a fim de proteger a vítima que não possui capacidade de discernimento para oferecer resistência ao ato sexual e encontra respaldo na própria Constituição Federal, quando em seu artigo 227, § 4.º, protege a criança e o adolescente contra o abuso, a violência e a exploração sexual. 3. Verificando que as circunstâncias judiciais do sentenciado foram valoradas de forma equivocada, impõe-se a adequação de suas penas para ajustá-las ao patamar suficiente para a reprovação e prevenção do delito. 4. Diante da decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44, entendeu-se que a norma do artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena, após esgotadas as vias recursais nesta instância. (Apelação Criminal n. 1.0452.11.003120-3/001 / 0031203-62.2011.8.13.0452. Rel. Des.(a) Denise Pinho da Costa Val. Julgamento em 21/02/2017.)

67. ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE RELATIVA - ATO PRATICADO COM AQUIESCÊNCIA PLENA E CONSCIENTE DA MENOR - CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE - CONDOTA ATÍPICA. RECURSO PROVIDO. **A vulnerabilidade contida no artigo 217-A, assim como a presunção de violência do revogado art. 224, "a", do CP, é relativa.** É por isso que nos casos em que a menor tem consciência e capacidade de discernimento acerca dos fatos, e tem condições de oferecer resistência (física ou mental) à investida, mas aquiesce à relação, fica afastado o crime. (Apelação Criminal n. 1.0358.05.006851-1/001 / 0068511-36.2005.8.13.0358. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 07/02/2017.)

68. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE. CARÁTER RELATIVO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA À EXAUSTÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. Rejeitam-se os embargos de declaração que tem por fim a reapreciação de questões já enfrentadas no aresto que, no entendimento do embargante, não teriam sido analisadas de acordo com a melhor aplicação do direito ou a correta valorização da prova. Ausência dos requisitos constantes do artigo 619 do Código de Processo Penal. - **A vulnerabilidade é relativa, podendo ser afastada caso se demonstre que a vítima era uma adolescente precoce e com comportamento não condizente com sua idade.** - O apelante manteve relação sexual com a vítima por duas vezes, com o expresse consentimento desta, uma vez que nutriram um breve relacionamento amoroso, não havendo nenhum indício de violência ou coação. - Embargos de declaração rejeitados. (Embargos de Declaração n. 1.0091.10.001437-1/002 / 0014371-04.2010.8.13.009. Rel. Des. Doorgal Andrada. Julgamento em 19/10/2016.)

69. APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CONSENTIMENTO AO ATO SEXUAL - PRESUNÇÃO RELATIVA - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. Com base na relativização da presunção de violência prevista no art. 217-A do CP, o consentimento expresse da vítima, que mantinha um relacionamento amoroso com o acusado, tem o condão de descaracterizar o delito de estupro no caso concreto, a ensejar a manutenção da absolvição do apelado. (Apelação Criminal n. 1.0521.14.007113-0/001 / 0071130-17.2014.8.13.0521. Rel. Des. Furtado de Mendonça. Julgamento em 27/09/2016.)

70. APELAÇÃO CRIMINAL - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - VIA INADEQUADA - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - REDUÇÃO - NECESSIDADE - CONTINUIDADE DELITIVA PERCENTUAL RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. 1. A apelação não é a via adequada para se requerer o direito de recorrer em liberdade. 2. **O consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos não torna atípica a conduta do réu, eis que a violência é presumida.** 3. Verificando a existência de circunstâncias judiciais equivocadamente valoradas, impõe-se a adequação das penas para ajustá-las

no patamar suficiente para a reprovação e prevenção dos delitos. 4. Quando há provas de que o réu praticou reiteradas conjunções carnavais com a vítima, durante anos, deve ser mantida a fração de 1/2 (metade), fixada pelo juiz a quo, sob pena de reformatio in pejus. (Apelação Criminal n. 1.0522.12.000675-7/001 / 0006757-42.2012.8.13.0522. Rel. Des.(a) Denise Pinho da Costa Val. Julgamento em 08/03/2016.)

71. APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONSENTIMENTO - IRRELEVÂNCIA - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. I - Restando satisfatoriamente provada nos autos a materialidade e a autoria do crime de estupro de vulnerável, não há que se falar em absolvição. II - O eventual consentimento da vítima é irrelevante para a configuração crime em questão, na medida em que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos é absoluta, pois este não possui a maturidade necessária para consentir. (Apelação Criminal n. 1.0071.08.039888-7/001 / 0398887-12.2008.8.13.0071. Rel. Des. Eduardo Machado. Julgamento em 18/11/2014.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

72. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MENOR COM ONZE ANOS DE IDADE - PROVA CONSISTENTE - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA DA PENA - DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - AUMENTO EM 1/3 DESPROPORCIONAL - REDUÇÃO PARA 2/8 - AGRAVANTE DO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA "H", DO CÓDIGO PENAL - BIS IN IDEM - DOSIMETRIA DA PENA MODIFICADA - APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. Nos crimes contra a dignidade sexual, que por sua própria natureza não contam com testemunhas e raramente deixam vestígios, a palavra da vítima se constitui Apelação Criminal nº 1.541.568-4 f. 2em relevante meio de prova, assumindo preponderante importância, mormente quando corroborada por outros elementos de convicção, como no caso. **O consentimento da menor é irrelevante para a formação do tipo penal em face da incapacidade volitiva da vítima para consentir com a prática de atos sexuais, daí porque subsiste a vedação legal do artigo 217-A, do Código Penal, que considera, especialmente, o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.** Apesar de válida a valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, revelando-se exacerbado, desproporcional, reduz-se o aumento da pena-base de 1/3 para 2/8 sobre o mínimo legal. Tratando-se do crime de estupro de vulnerável, afasta-se a agravante do artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, porque, na hipótese, a idade da vítima, inferior a 14 anos, é circunstância elementar da conduta tipificada no artigo 217-A, do Código Penal (na redação da pela Lei nº 12.015/2009), que já considerou como sendo vulnerável a pessoa menor de 14 anos. (Apelação Criminal nº 1.541.568-4. Rel. Des. Rogério Coelho. Julgamento em 15/09/2016.)

73. APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - PLEITO MINISTERIAL DE DECRETO CONDENATÓRIO - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA - PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE - AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO - ABSOLVIÇÃO DO RÉU - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O princípio da ofensividade exclui a criminalização de atos que geraram lesões irrelevantes de bens jurídicos penalmente protegidos. 2- As circunstâncias do caso em análise demonstram que não houve ofensa à liberdade sexual da vítima, posto que, além de a menor consentir

com a prática da conjunção carnal, ela demonstra uma precoce maturidade sexual. (Apelação Criminal n. 1241642-9. Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa. Julgamento em 06/11/2014.)

74. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO NÃO CONHECIDO - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - PLEITO ABSOLUTÓRIO - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA - PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE - AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO - ABSOLVIÇÃO DO RÉU - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. O princípio da ofensividade exclui a criminalização de atos que geraram lesões irrelevantes de bens jurídicos penalmente protegidos. (Apelação Criminal n. 1248367-9. Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa. Julgamento em 30/10/2014)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

75. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL C/C ARTIGO 5º, INCISO III, E ARTIGO 7º, INCISO III, DA LEI Nº 11.340/2006. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. ACOLHIMENTO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. **Não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta quando o conjunto probatório se mostra robusto e coeso no sentido de comprovar que o réu praticou conjunção carnal com vítima menor de 14 (quatorze) anos, conforme depoimentos da vítima e das testemunhas em juízo.** 2. Demonstrado nos autos que o apelado manteve relações sexuais com a vítima, sabedor de sua condição de menor de 14 (quatorze) anos, resta configurado o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal, independentemente de haver ou não o consentimento da menor ou autorização de sua genitora. 3. Recurso conhecido e provido para condenar o réu pelo crime disposto no artigo 217-A, caput, do Código Penal (estupro de vulnerável), c/c o artigo 5º, inciso III, e o artigo 7º, inciso III, ambos da Lei nº 11.340/2006, à pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado. (Apelação criminal n. 20120910222928. 2ª Turma Criminal. Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati. Julgamento em 01/06/2017)

76. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 217-A DO CP. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADOS. DOSIMETRIA DA PENA. Conjunto probatório que confirma a autoria e a materialidade do crime do art. 217-A do Código Penal, **cuja tipicidade configura-se ainda que haja eventual consentimento da vítima para o ato sexual, no caso ausente.** Erro de tipo e de proibição não configurados. Aumento da pena-base justificada pela negatificação das consequências do crime. Confissão espontânea reconhecida. Pena reduzida. Afasta-se a condenação ao pagamento de reparação de danos em favor da vítima, quando ausentes pedido e contraditório a respeito. Recurso parcialmente provido. (Apelação criminal n. 20141010054895. 1ª Turma Criminal. Rel. Des. Mario Machado. Julgamento em 16/07/2015)

77. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO DO ATO SEXUAL. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE AS PARTES. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. SENTENÇA CORRETA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. **A tipicidade material não encontra ressonância nas provas apresentadas, porquanto: houve**

consentimento da menor; trata-se de adolescente que possui maturidade suficiente para compreender o significado e as consequências da prática de uma relação sexual; e, por fim, inexistente qualquer violação ao bem jurídico tutelado, qual seja: a liberdade sexual. II. A palavra da vítima, em crimes dessa natureza, ganha considerável relevo, na medida em que a grande maioria desses fatos é perpetrada em ambientes doméstico-familiares, vale dizer, lugares distantes dos olhos da sociedade, por consequência, longe de eventuais testemunhas. III. Considerando a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores no sentido de que a violência presumida pela menoridade da vítima, deve ser relativizada, conforme as peculiaridades do caso concreto, imperioso é o reconhecimento da atipicidade material da conduta do réu acusado da prática do crime de estupro de menor de quatorze anos quando houver a concordância consciente da adolescente maior de 12 anos à prática da conjunção carnal, a qual tem o condão de afastar a presunção de violência. IV. Apelação conhecida e desprovida, maioria. (Apelação Criminal n. 20130910128316. 1ª Turma Criminal. Rel. Des. Gilberto Pereira De Oliveira. Julgamento em 11/06/2014)

78. PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATIPICIDADE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. ATO SEXUAL CONSENTIDO. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Não se pode admitir a existência de qualquer vício de vontade no consentimento do ato sexual, uma vez que, apesar da ofendida contar com menos de 14 anos, à época dos fatos, tinha plena consciência de seus atos, bem como sua genitora autorizou a relação entre ela e o réu, além do único laudo constante dos autos não demonstrar com a certeza exigida a prática do delito, devendo ser mantida sua absolvição, por considerar atípica sua conduta. 2. Apelação desprovida. (Apelação criminal n. 20110710312379. 3ª Turma Criminal. Rel. Des. João Batista Teixeira. Julgamento em 10/10/2013)

79. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FARTO CONJUNTO PROBÁTORIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSUMAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO. 1. **Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato.** 2. Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo. 3. Recurso provido. (Apelação criminal n. 20111210033369. 2ª Turma Criminal. Rel. Des. João Timóteo De Oliveira. Julgamento em 06/09/2012)

80. PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELAÇÃO CONSENTIDA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELATIVA. CONSENTIMENTO VÁLIDO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A sentença absolutória deve ser mantida, pois, **o principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade é a proteção contra o abuso e a violência. Não é contra atos sexuais consentidos praticados em razão de relação de afeto.** 2. Mesmo que se considere que o apelado tinha plena consciência da idade da vítima - apesar da sua compleição física avantajada para sua idade, conforme se denota do Laudo Pericial, no qual, consta que ela possuía 1,56 cm de altura, pesando 52 Kg, com desenvolvimento e saúde mental normais - o crime de estupro contra vulnerável não se configurou. 3. In casu, percebe-se claramente que a vítima não sofria de qualquer enfermidade ou deficiência mental, conforme atestaram os peritos criminais. Assim, **há de se levantar em conta o seu consentimento nos atos sexuais, não havendo**

qualquer vício em sua vontade, uma vez que tinha pleno conhecimento sobre sexo, tendo em vista que afirmou em juízo que somente terminou o namoro com o recorrido porque ficou sabendo da sua infidelidade. 4. Recurso conhecido e não provido. (Apelação criminal n. 20100310073825. 1ª Turma Criminal. Rel. Des. Cesar Laboissiere Loyola. Julgamento em 11/10/2011)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ

81. EMENTA APELAÇÃO PENAL ? CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL ? INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA QUE PREVÊ O DELITO ? TIPO PENAL ABERTO QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PENA COMINADA EM ABSTRATO QUE AFRONTA O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ? IMPROCEDÊNCIA ? NORMA PENAL INCRIMINADORA QUE DESCREVE MINUCIOSAMENTE TODOS OS ELEMENTOS DO CRIME - SANÇÃO ADEQUADA À GRAVIDADE DO DELITO ? MÉRITO ? ATIPICIDADE DA CONDUTA ? RELAÇÃO SEXUAL OBTIDA COM O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA ? IRRELEVÂNCIA ? OFENDIDA MENOR DE CATORZE ANOS ? PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE ? REDUÇÃO DA PENA ? REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM QUE NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL TENHA SIDO CONSIDERADA COMO DESFAVORÁVEL AO RECORRENTE ? PROCEDÊNCIA ? RETIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE ? RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR SER UM TIPO PENAL ABERTO E PELA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA COMINADA. A norma que prevê o crime de estupro de vulnerável apresenta todos os elementos do tipo penal, quais sejam, a conjunção carnal ? que é a cópula vagínica? e os atos libidinosos que são todos aqueles dirigidos para a satisfação do interesse sexual. Portanto, trata-se de tipo penal fechado. Ademais, quanto à cominação da pena in abstracto, verifica-se que esta é adequada para o mal causado pelo crime. Outrossim, antes da mudança legislativa, implantada pela Lei nº 12.015 em 07/08/2009, não havia punição específica para aqueles que abusavam sexualmente de pessoas em situação de vulnerabilidade, pois o Código Penal de 1940, ao tratar da matéria, só disciplinava as hipóteses de situação onde a violência sexual era presumida. Por fim, o preceito secundário da norma penal revela-se proporcional, já que as vítimas desse crime, via de regra, não têm chance de oferecer defesa à conduta dos seus algozes. 2. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. O acusado, ao ser interrogado em juízo, confirmou que manteve conjunção carnal, de forma consentida, com a vítima que, à época do fato, possuía 13 (treze) anos de idade, o que é suficiente para configurar o crime do art. 217-A do CP, posto que a presunção de vulnerabilidade é absoluta. Precedente do STJ. 3. EQUÍVOCO NA IMPOSIÇÃO DA PENA BASE. Em que pese, o magistrado sentenciante não ter considerado como desfavorável nenhuma circunstância judicial, fixou a pena base em patamar superior ao mínimo legal, qual seja, em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, razão pela qual deve ser modificada. 4. PENA APLICADA. Considerando que não houve equívoco na apreciação das circunstâncias judiciais, fixa-se a pena base em 08 (oito) anos de reclusão. Em que pese o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, inc. III, alínea ?d?), na sentença condenatória, deixa-se de aplicá-la, pois a pena base foi imposta no mínimo legal, conforme orienta a Súmula nº 231 do Colendo STJ. Não há agravantes. Inexistem causas de diminuição e aumento de pena. Considerando, por fim, o tempo em que o apelante ficou preso provisoriamente 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias, realizo a detração do art. 387, §2º do CPP, restando definitivamente condenado à pena de 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime. (2017.01121874-95, 171.967, Rel. ROMULO JOSE

FERREIRA NUNES, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2017-03-21, Publicado em 2017-03-23)

82. EMENTA: APELAÇÃO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CPB. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. **ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) QUE RECONHECE CAPACIDADE VOLITIVA AOS ADOLESCENTES DE 12 (DOZE) ANOS COMPLETOS. RELAÇÃO SEXUAL MANTIDA COM A ANUÊNCIA DA VÍTIMA. VÍTIMA QUE POSSUÍA VIDA SEXUAL ATIVA, NÃO SENDO MAIS VIRGEM. IRRELEVÂNCIA. IMPROCEDÊNCIA.** MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. CRIME DEVIDAMENTE CONFIGURADO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. CONSONÂNCIA COM A PROVA TESTEMUNHAL. CONFISSÃO DO PRÓPRIO ACUSADO DE QUE MANTEVE RELAÇÃO SEXUAL COM A OFENDIDA EM UMA ÚNICA OPORTUNIDADE, EM MARÇO/2011. ACUSADO QUE TINHA CIÊNCIA DA IDADE DA VÍTIMA POR SER SEU PROFESSOR. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DA INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Para configurar o crime de estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da ofendida menor de 14 (catorze) anos ou mesmo sua eventual experiência anterior, pois, a violência é de caráter absoluto, tendo em vista a pouca idade da menor, ainda imatura para bem sopesar as consequências de suas escolhas. Assim, se as relações sexuais foram consensuais, sendo ela menor de 14 (catorze) anos, esse consentimento não tem repercussão no Direito Penal, tratando-se de presunção absoluta de violência. Frise-se que, para a consumação do delito descrito no art. 217-A do Código Penal, é prescindível a existência de penetração, pois não mais é necessária a conjunção carnal, bastando a prática de qualquer outro ato passível de gerar prazer sexual, satisfazendo a lascívia do agente contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, não sendo este o caso dos autos, já que houve a conjunção carnal, tendo a vítima, inclusive, engravidado. 2. Por se tratar de crime contra os costumes, normalmente cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima possui especial valor probante se corroborada com outros elementos de prova, suficientes para sustentar a condenação, a exemplo da confissão do próprio acusado. 3. A fixação do valor mínimo da indenização somente poderá ocorrer quando este valor já estiver previamente demonstrado nos autos em face do real prejuízo sofrido pela vítima, o que não ocorre no presente caso, no qual o juiz a quo apenas se limitou a fixar o valor indenizatório sem, contudo, fazer referência a quaisquer provas dos autos a partir das quais alcançou antedito valor. 4. Recurso conhecido e improvido, à unanimidade, sendo excluída, de ofício, a reparação de danos fixada pelo juízo a quo. (2016.00364901-02, 155.719, Rel. VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2016-02-02, Publicado em 2016-02-04)