



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

21 de março de 2018

1ª Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0003917-66.2014.8.12.0021/50000 - Três Lagoas

Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Embargante : D. R.

DPGE - 2ª Inst: Christiane M. dos S. P. Jucá Interlando

Embargado : M. P. E.

Proc. Just : Gilberto Robalinho da Silva

Prom. Justiça : Daniela Araújo Lima da Silva

**E M E N T A – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VULNERABILIDADE RELATIVIZADA – EXCEPCIONALIDADE – RELAÇÃO DE NAMORO E POUCA DIFERENÇA DE IDADE – EMBARGOS ACOLHIDOS.**

Em regra, a vulnerabilidade não deve ser relativizada, no entanto, o julgador deverá apreciar as particularidades de cada caso trazido à apreciação do Judiciário. A ofendida, adolescente com 13 anos de idade, foi enfática ao afirmar que manteve relações sexuais com o acusado, um jovem de 19 anos de idade, voluntariamente; que nunca foi induzida ou forçada por ele. Trata-se de uma relação sexual consentida que se consumou no decurso de um namoro entre os jovens. O consentimento da vítima, manifestado em um relacionamento afetivo, aliado à pouca diferença de idade entre acusado e ofendida, torna inviável a condenação.

Não obstante a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1480881/PI, pela Terceira Seção, processado pelo rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil, sufragando a tese de que, para a configuração do artigo 217-A do Código Penal "*basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos*", sendo irrelevante o consenso da vítima, não se pode olvidar que somente se deu em 28.05.2015. Logo, é possível concluir que na data do suposto crime apurado nestes autos (entre abril e maio de 2014), não havia consenso no âmbito do STJ se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual e, assim excluir a tipicidade penal do fato. Assim, não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado no REsp 1480881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada nestes autos, perpetrada quando persistia um contexto de incerteza sobre o tema, provocado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contra o parecer, acolho os embargos.



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, prover os embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencida a 1ª Vogal (Desª. Maria Isabel), que negava provimento.

Campo Grande, 21 de março de 2018.

Juiz Emerson Cafure – em substituição legal



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

**Danilo Ramos** opõe Embargos Infringentes em face do acórdão de fls. 224-241, proferido pela 2ª Câmara Criminal, que, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, Des. José Ale Ahmad Netto.

Requer que prevaleça o voto minoritário exarado pelo vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que lhe dava provimento, absolvendo o embargante da prática do crime descrito no art. 217-A, do Código Penal, por atipicidade da conduta.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição dos embargos (fls. 22-32).

## V O T O

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

**Danilo Ramos** opõe Embargos Infringentes em face do acórdão de fls. 224-241, proferido pela 2ª Câmara Criminal, que, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, Des. José Ale Ahmad Netto.

Requer que prevaleça o voto minoritário exarado pelo vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que lhe dava provimento, absolvendo o embargante da prática do crime descrito no art. 217-A, do Código Penal, por atipicidade da conduta.

Passo a análise.

Comungo do entendimento exposto no voto minoritário da lavra do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que assim foi proferido:

*"Consta na denúncia que:*

*'em datas não exatamente esclarecidas, aproximadamente no período compreendido entre início de abril até o dia 19 de maio de 2014, na Rua José Lopes Sejópoles, n. 2022, Jardim Oiti, nesta cidade e Comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado Danilo Ramos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, praticou conjunção carnal com a menor Kathlen Talia Santos Cruz, de apenas 13 (treze) anos de idade (certidão de nascimento de f. 33).*

*Conforme apurado, o denunciado Danilo passou viver em união estável com a vítima Kathlen Tália aproximadamente no mês de abril de 2014.*

*No dia 19 de maio de 2014, uma guarnição da polícia militar, composta pelo Policial Militar Sargento Valter Caldeira de Souza, foi abordada pela genitora da ofendida, Regina Aparecida dos Santos, a qual informou aos milicianos que sua filha Kathlen, de apenas 13 (treze) anos de idade saiu de casa, sem o seu consentimento, um mês antes do dia em questão, para residir com Danilo, ora denunciado.*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*Apurou-se que a vítima e o denunciado conviviam maritalmente na residência dele, contra a vontade da genitora de Kathlen, e que durante esse período mantiveram relações sexuais consistentes em conjunção carnal.*

*Inquirido (fl. 08/08-v) o denunciado confirmou os fatos, afirmando que estava mantendo união estável com Kathlen na sua residência, e que mantinham relação sexual.*

*Oportuno consignar que pouco tempo antes de passar a conviver com a vítima Kathlen, o denunciado conviveu por 02 (dois) anos com a irmã da ofendida, Ketilin Vilma Santos Cruz, sendo que a convivência começou quando ela, também, tinha apenas 13 (treze) anos, e da união resultou o nascimento de um filho.*

*A ofendida é menor de 14 (catorze) anos, conforme faz prova a certidão de nascimento acostada à fl. 33'.*

*Pois bem. Compulsando detidamente os autos, verifico que, embora comprovadas a autoria e a materialidade do tipo previsto no art. 217-A, do CP, não há falar em tipicidade dos fatos, pois "a tipicidade penal requer que a conduta, além de enquadrar-se no tipo legal, viole a norma e afete o bem jurídico"1, o que não se vislumbra na hipótese.*

*Isso porque, o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual do menor de quatorze anos. É incorreto falar em proteção da liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois sabidamente em tais casos não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade. Na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos, a criminalização da conduta descrita procura assegurar 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 deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual..*

*O legislador infraconstitucional, ao prever o estupro de vulnerável consubstanciado tão somente na prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, dotado de vulnerabilidade máxima. A singeleza da conduta tipificada ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contrastante com a pena cominada oito a quinze anos de reclusão claramente destina-se à preservar a dignidade sexual de vítima altamente vulnerável, sendo aceitável que assim seja.*

*Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade. É possível, em outros termos, que tenhamos, in concreto, vulnerabilidade relativa em sujeitos com idade, em razão de circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares, de modo que a conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticados com tais sujeitos não atentará contra suas dignidades sexuais. Nesse sentido é a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (in Tratado de direito penal, 4: parte especial. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, cap. IV).*

*Assentadas tais premissas jurídicas, no caso concreto é incontroverso que, apesar da tenra idade (13 anos), a vítima não só consentiu os atos, como também tinha a plena consciência deles. Ademais, tais atos ocorreram no curso de relacionamento amoroso mantido com o*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*réu, o qual também era jovem, contando apenas com 19 anos de idade.*

*A vítima, ao ser ouvida em juízo, afirmou que começou a se relacionar com o réu e acabou indo morar em sua casa. Declarou ainda que o acusado pedia para que a mesma retornasse para sua casa, ante as solicitações da genitora, porém permaneceu residir com o apelante. Declarou por fim que a iniciativa de se relacionar com o acusado partiu dela, bem como que já teve outros namorados e já havia tido relações sexuais anterior.*

*De seu turno, o acusado, em ambas as fases em que foi ouvido, foi harmônico em suas declarações no sentido de que nada ocorreu forçado. Afirmou que já havia tido relacionamento com a irmã da vítima, com quem tem um filho, e, por tal razão, a mãe da vítima não aceitou o relacionamento. Declarou que a vítima foi residir consigo por vontade própria, tendo inclusive solicitado que a mesma retornasse para a casa de sua genitora, porém esta insistiu em ficar.*

*No mesmo sentido são as declarações da genitora da vítima, Sr. Regina Aparecida dos Santos, tendo iniciado o seu depoimento em juízo solicitando aos presentes que desse uma chance para o réu. Afirmou que inicialmente não aceitou o relacionamento dos dois pois o acusado já havia se relacionado com sua outra filha.*

*Porém, declarou que a vítima foi morar na casa do apelante por vontade própria, sem qualquer ameaça por parte do réu. Afirmou que mantiveram relação sexual naturalmente, com total consentimento da vítima.*

*A irmã da vítima, Katilin Vilma, afirmou em juízo que já foi convivente do acusado e que com ele possui um filho. Afirmou que quando morava junto com o mesmo, sua irmã, ora vítima, passou a se relacionar com o mesmo por livre e espontânea vontade.*

*Pois bem. Diante deste cenário, embora a conduta tenha se enquadrado no tipo legal, não violou a norma e nem afetou o bem jurídico protegido, pois o que se vislumbra na hipótese é a tentativa de descoberta da sexualidade pela jovem, que já conhecia o autor, tendo a mesma afirmado que o apelante foi seu primeiro namorado e, igualmente, o primeiro com que iniciou a vida sexual.*

*Portanto, ainda que no plano formal (tipicidade objetiva), tenha se completado a conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica, no plano material, da tipicidade normativa, fica ausente o critério de ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, por não ser intolerável.*

*Ademais, diante dos contornos fáticos da causa, não considero justo ou razoável condenar o recorrente ao cumprimento de 08 anos de reclusão como aplicado na sentença. A condenação padeceria de absoluta irracionalidade.*

*Segundo o método exegético proposto pelo notável jurista, filósofo e sociólogo Recaséns Siches, incumbe ao juiz sempre interpretar a lei de modo e segundo o método que o conduza à solução mais justa dentre todas as possíveis, inclusive quando o legislador ordene um método determinado de interpretação ("Lógica do Razoável"). Para Siches, ao contrário do que ocorre com a lógica da inferência, de caráter neutro e explicativo, a lógica do razoável procura entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos, e portanto, dos políticos e jurídicos, assim como realiza operações de valoração e estabelece*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*finalidades ou propósitos.*

*Segundo o mesmo autor, o legislador opera com valorações sobre situações reais ou hipotéticas, em termos gerais e abstratos, de forma que o essencial em sua obra não reside no texto da lei, mas nos juízos de valor adotados como inspiradores da regra de direito. Ao escrever sobre o festejado autor, Luis Fernando Coelho assim se expressa:*

*"Estas teorias que se afastam da silogística e da concepção subjuntiva da decisão judicial, fundamentam-se na prudência, na equidade e no sentimento do justo, ubicados no equilíbrio da dimensão humana, que o autor denomina o razoável, em oposição ao racional. As decisões jurídicas, antes de serem racionais, segundo a perspectiva lógico-subjuntiva, são razoáveis. A este novo pensamento, vinculado à dimensão humana, é que se denomina o logos do razoável." (COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro, Forense, 1981)*

*Esta Corte já decidiu no mesmo sentido, em mais de um dos órgãos fracionários, consoante se infere de recentes acórdãos assim ementados:*

*(...)*

*Ressalto ainda que, não obstante a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1480881/PI, pela Terceira Seção, processado pelo rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil, sufragando a tese de que, para a configuração do artigo 217-A do Código Penal basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante o consenso da vítima, não se pode olvidar que somente se deu em 28.05.2015, não sendo aplicável ao presente caso.*

*Antes disso, retornando ao exame dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa jurisprudencial disponibilizada no respectivo sítio eletrônico indica que tal oscilação de entendimentos iniciou-se aproximadamente em 1992 e prosseguiu ao menos até fevereiro de 2014, quando foi julgado os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.152.864/SC, pela Terceira Seção do STJ, cuja relatoria coube à Ministra Laurita Vaz.*

*Logo, é possível concluir que na data do suposto crime apurado nestes autos (entre abril e maio de 2014), não havia consenso no âmbito do STJ se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual e, assim excluir a tipicidade penal do fato. Para a Sexta Turma, a resposta era positiva; em sentido contrário posicionava-se a Quinta Turma.*

*Portanto, se nem mesmo entre os e. Ministros da Superior Corte (aos quais incumbia uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil) havia entendimento uniformizado sobre o tema ao tempo da relação sexual em exame nestes autos, não considero razoável neste momento exigir que o réu, trabalhador e com 19 anos de idade ao tempo do fato, se comportasse de forma distinta àquela época.*

*Em verdade, não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado no REsp 1480881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada nestes autos, perpetrada quando persistia um contexto de incerteza sobre o tema, provocado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.*

*Em artigo sobre os limites à retroatividade do precedente uniformizador de jurisprudência, Gustavo de Medeiros Melo explicita que*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*a Constituição Federal de 1988 não autoriza que os tribunais superiores encarregados de uniformizar a jurisprudência para todo o território nacional formulem soluções com projeção radical para o passado, nos casos em que nem o próprio tribunal chegou a um consenso entre seus ministros e órgãos fracionários (CF, art. 5º, caput, inc. XXXVI).*

*E prossegue:*

*(...)*

*Conquanto referido texto seja direcionado ao Direito processual civil, as advertências nele constantes são aplicáveis ao presente caso.*

*Ora, o réu não pode ser apanhado de assalto com uma solução surpresa. Muito menos é lícito exigir que se comportasse de forma distinta se o próprio STJ não foi capaz de proporcionar confiança, certeza e previsibilidade em seus posicionamentos à época do fato criminoso imputado.*

*Poder-se-ia alegar que no âmbito penal é vedada apenas a novatio legis in pejus. Contudo, é inexorável que no sistema brasileiro o precedente extraído de recurso representativo de controvérsia adquire generalidade e abstração por construir norma jurídica em alguma medida.*

*É certo que os tribunais e dos juízes devem respeitar os precedentes jurisprudenciais fixados pelas Cortes Superiores. Mas isso deve ocorrer para conferir estabilidade e a previsibilidade necessária à pacificação judicial, o que não se dará caso o entendimento sufragado no REsp 1.480.881/PI seja aplicado retroativamente para alcançar o passado, quando perdurava uma fase de profunda controvérsia no seio jurídico.*

*Em resumo, o STJ pode proferir acórdãos representativos de controvérsia como síntese de sua orientação predominante já manifestada em outros precedentes. O que não é legítimo, nem justo, é a Corte Superior variar por anos seu entendimento a respeito de determinada matéria, a ponto de poder induzir o comportamento do jurisdicionado para um lado, mais depois reprová-lo com projeção radical para o passado.*

*Diante do exposto, divirjo do nobre Relator e voto no sentido de dar provimento ao recurso de D.R fim de absolvê-lo da imputação pela prática do crime do art. 217-A, do CP, por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do CPP ".*

Consta dos autos que o embargante foi condenado a 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, postulando pela absolvição do acusado, sob o argumento de atipicidade da conduta, vez que houve consentimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal. O apelo foi improvido por maioria, vencido o vogal que lhe dava provimento.

Em regra, tenho que a vulnerabilidade não deve ser relativizada, no entanto, o julgador deverá apreciar as particularidades de cada caso trazido à apreciação do Judiciário.

Nesse sentido, trago o escólio de Guilherme de Souza Nucci:



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*"(...) em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto. (...)”<sup>1</sup>*

Oportuna a exposição João Batista Herkenhoff<sup>2</sup> na obra "Como aplicar o Direito":

*"Contudo, o sistema penal vigente pode ser menos desumano, menos distante do povo, através da arte e da consciência do juiz. **Ou se terá um Direito mais justo, pela atuação do juiz, ou não se terá.** Em outras palavras: se o juiz falhar na sua missão de humanizar a lei, de estabelecer o ajustamento entre os valores da lei e os valores do povo -, muito pouco ou nada restará de útil, socialmente útil, na lei".*

Em análise detida dos autos, entendo viável a relativização da vulnerabilidade no presente caso.

Apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP n. 1.480.881-PI, de não relativização da vulnerabilidade, o contexto fático é diverso do presente, cuja vítima era criança e possuía apenas 08 anos de idade quando o réu iniciou o relacionamento amoroso e manteve relação sexual com a mesma quando tinha 11 anos de idade, sendo que outra solução não seria adequada senão a condenação. Para melhor compreensão do caso apreciado na Corte Superior, colaciono a ementa da lavra do Ministro Rogério Schietti Cruz:

*“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).*

*2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o*

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais: São Paulo, p.415

<sup>2</sup> Herkenhoff, João Batista. Como aplicar o direito: À luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política) ed., rev., ampl. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense 2002.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.*

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

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

(...)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 irrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

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

Ao estabelecer a vulnerabilidade, o intuito da lei foi proteger a pessoa que não possui o necessário discernimento ou que não pode oferecer resistência, seja em razão da idade, de enfermidade ou deficiência mental.

Nesse sentido, os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt<sup>3</sup>:

*"Observando-se as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da condição de vulnerabilidade, concluiremos, sem maiores dificuldades, que o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam 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*

<sup>3</sup> Código penal comentado/ Cezar Roberto Bitencourt – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.(...)"*.

Assim, em atenção aos princípios da ofensividade e razoabilidade, cabe ao magistrado observar as particularidades do caso concreto e de forma extremamente excepcional relativizar a vulnerabilidade.

Feitas estas considerações, passo à análise dos elementos trazidos à apreciação.

Em depoimento prestado em juízo, a ofendida relatou ter começado a ficar com o réu por sua vontade, bem como que já teria tido outros namorados e relação sexual (arquivo de áudio fls. 95-96):

*"(...) Começou a ficar com o réu e acabou indo morar na casa dele; este lhe pedia para voltar a residir com seus pais, ante as solicitações de sua mãe (mãe da vítima), contudo quis permanecer na residência do réu; asseverou que por sua própria vontade quis morar com o réu; exarou que foi dela a iniciativa no tocante ao relacionamento amoroso e não do acusado, bem como que já teve outros namorados e já havia tido relação sexual em oportunidade anterior".*

A mãe da vítima, Sr<sup>a</sup> Regina Aparecida dos Santos, na fase judicial, confirmou que a vítima não era mais virgem, que ela teria tido outros namorados, bem como que não aceitou o relacionamento do acusado com a vítima, porquanto no relacionamento anterior do réu, com sua outra filha, irmã da vítima, esta teria sofrido. Confira-se:

*"iniciou seu depoimento solicitando aos presentes que dessem uma chance pro réu; questionada sobre o que aconteceu, respondeu que o acusado se envolveu primeiro com uma de suas filhas e teve com ela um filho, e, após, com a outra filha (ora vítima) que estava com o pai no Estado de São Paulo e em seguida veio para a cidade da depoente, oportunidade em que se envolveu com o réu, contra a vontade da depoente; a vítima e o acusado moraram juntos e a vítima foi por sua própria vontade, sem qualquer ameaça por parte do réu; residiu com ele por curto período de tempo (um mês aproximadamente); ressaltou que não houve nada forçado e sim mediante a vontade da vítima, tendo ocorrido a relação sexual naturalmente; no mais, revelou que a menor já havia tido outros namorados e já não era virgem quando deu início ao relacionamento com o réu; esclareceu que apenas não aceitou o relacionamento do acusado com a vítima, porquanto no relacionamento anterior do réu, com sua outra filha, irmã da vítima, esta teria sofrido, e não gostaria que se repetisse com Kathlen, a vítima". (arquivo de áudio fls. 95-96).*

A irmã da vítima, Katilin Vilma Santos Cruz, a qual teria mantido relacionamento com o acusado, em juízo, esclareceu que o relacionamento entre a vítima e o acusado deu-se por iniciativa dos dois e que a vítima queria o relacionamento. Confirmou que a ofendida não era mais virgem e que tinha tido vários



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

namorados (arquivo de áudio fls. 95-96).

No mesmo sentido do depoimento prestado pela vítima e por sua mãe está o depoimento do acusado, que esclareceu que teria se relacionado com a ofendida, mas que teria ocorrido de forma natural:

*"(...) declinou que não ocorreu nada forçado, que a vítima foi residir consigo por sua própria vontade e chegou a solicitar para a mesma que voltasse para a casa de seus pais, mas esta não quis porque gostava dele; afirmou ter conhecido a vítima quando ela veio de São Paulo e então a pediu em namoro; porém quando a mãe da vítima soube do relacionamento, em razão de o apelante ter namorado anteriormente com a irmã da vítima, a mãe de ambas ficou com raiva e não aceitou, tendo dito à vítima "na hora do nervoso" que não ficasse mais em casa; assim, a vítima foi residir com suas colegas, e, em seguida pediu ao réu para morar em sua casa, o que aceitou haja vista ter sido o responsável por todo o problema; moraram juntos por cerca de 01 mês, um mês e meio; respondeu que possui 21 anos e que antes do relacionamento com a vítima teve relacionamento com a irmã desta, e possui com ela um filho. (arquivo de áudio fls. 95-96)*

Como se vê dos relatos transcritos acima, as declarações são harmônicas e coesas, não restando dúvida sobre a prática sexual, todavia, as peculiaridades do caso, recomendam cautela por parte do julgador.

A vulnerabilidade prevista na norma legal diz respeito à impossibilidade da vítima, em razão da imaturidade, enfermidade ou doença mental, precisar, conscientemente, a sua vontade; de governar-se, tornando presumível a violência.

Percebe-se, nas ocasiões em que foi ouvida, que a ofendida, adolescente com 13 anos de idade, foi enfática ao afirmar que manteve relações sexuais com o acusado Danilo Ramos, um jovem de 19 anos de idade, voluntariamente; que nunca foi induzida ou forçada por ele. Trata-se de uma relação sexual consentida que se consumou no decurso de um namoro entre os jovens.

É certo que a vítima e o acusado mantiveram relações sexuais. Todavia, nota-se, das declarações colhidas, que a ofendida possuía o necessário discernimento para consentir com as práticas, não se encontrando, assim, em estado de vulnerabilidade. Destaco, ainda, que oembargante é apenas alguns anos mais velho que a vítima e havia um envolvimento afetivo entre eles.

Destarte, não seria prudente, tendo em vista as particularidades do caso, considerar absoluta a presunção de vulnerabilidade e manter a condenação, o que resultaria em graves consequências para o recorrente.

De fato, a proteção conferida aos considerados vulneráveis, ainda é gerador de debates doutrinários e jurisprudencial. Tenho que somente poderá ser relativizada a vulnerabilidade em casos excepcionais, devendo restar comprovado,



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

mediante provas inequívocas dos fatos, que a vítima não teve sua dignidade sexual comprometida.

Nota-se que a vítima, no presente caso, possui plena capacidade de entendimento da relação sexual, não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real. Além disso, a menor e o réu, que possuem pouca diferença de idade, já se relacionavam há um certo tempo quando ocorreram as relações sexuais.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal de Justiça e outras Cortes Estaduais:

*"APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CONSENTIMENTO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO - IMPROVIDO. É atípica a conduta de namorado maior de idade que mantém conjunção carnal com a namorada, a qual assume ter querido o ato sexual a uma semana de completar 14 anos e declara judicialmente, após três anos do ocorrido, que tudo foi tranqüilo, sem qualquer abalo físico ou psicológico para a sua vida." (TJMS - Apelação Criminal n. 0015286-54.2013.8.12.0001, 1ª Câmara Criminal, julgado em 06/06/2017).*

*"EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, 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, somadas 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. EMBARGOS ACOLHIDOS." (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70057504359, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/03/2014)*

*"APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 18 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário - o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva -, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*afetiva, revestida de peculiaridades que permitem a relativização de sua vulnerabilidade. Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a confirmação da absolvição do réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afastada a tipicidade do fato imputado ao acusado, não há falar em conduta omissiva por parte da denunciada - mãe da vítima -, pelo que vai ratificado o decreto absolutório proclamado em seu favor. APELAÇÃO DESPROVIDA." (Apelação Crime Nº 70056571656, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 18/12/2013)*

Importante consignar que, consoante disposto no voto minoritário, não obstante a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1480881/PI, pela Terceira Seção, processado pelo rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil, sufragando a tese de que, para a configuração do artigo 217-A do Código Penal "*basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos*", sendo irrelevante o consenso da vítima, não se pode olvidar que somente se deu em 28.05.2015, não sendo aplicável ao presente caso.

Logo, é possível concluir que na data do suposto crime apurado nestes autos (entre abril e maio de 2014), não havia consenso no âmbito do STJ se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual e, assim excluir a tipicidade penal do fato. Para a Sexta Turma, a resposta era positiva; em sentido contrário posicionava-se a Quinta Turma.

Assim, não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado no REsp 1480881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada nestes autos, perpetrada quando persistia um contexto de incerteza sobre o tema, provocado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, a Seção Criminal deste TJMS, em 28.09.2016, entendeu que o representativo da controvérsia acima versado, prolatado em 28.05.2015, não poderia retroagir para atingir uma época na qual existia a controvérsia acerca da relativização das vítimas de estupro menores de 14 anos de idade, para tanto, veja-se referida decisão:

*" EMBARGOS INFRINGENTES – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO AMPARADO NO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E NO RELACIONAMENTO EFETIVO EXISTENTE ENTRE OS ENVOLVIDOS AO TEMPO DA CONDUTA IMPUTADA – REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (REsp 1.480.881/PI) – JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO – IRRETROATIVIDADE DO PRECEDENTE UNIFORMIZADOR EM QUESTÃO – ACÓRDÃO MANTIDO.*

*Ao Superior Tribunal de Justiça compete proferir acórdãos representativos de controvérsia como síntese de sua orientação predominante já manifestada em outros precedentes. Porém, não é*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*legítimo, nem justo, a Corte Superior variar por anos seu entendimento a respeito de determinada matéria, a ponto de poder induzir o comportamento do jurisdicionado para um lado, mais depois reprová-lo com projeção radical para o passado.*

***Deveras, não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado no REsp 1.480.881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada nestes autos, perpetrada há quase seis anos, quando não havia consenso no âmbito do STJ se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual.***

*O réu não pode ser apanhado de assalto com uma solução surpresa. Muito menos é lícito exigir que se comportasse de forma distinta se o próprio STJ não foi capaz de proporcionar confiança, certeza e previsibilidade em seus posicionamentos à época do fato criminoso imputado. Poder-se-ia alegar que no âmbito penal é vedada apenas a novatio legis in pejus. Contudo, é inexorável que no sistema brasileiro o precedente extraído de recurso representativo de controvérsia adquire generalidade e abstração por construir norma jurídica em alguma medida. Enfim, o precedente uniformizador em questão (REsp 1.480.881/PI) TJ-MS FL.407 l poderá, eventualmente, ser aplicado aos fatos posteriores, a fim de conferir estabilidade e previsibilidade ao ordenamento jurídico e evitar surpresa aos jurisdicionados.*

*Ademais, cuida-se de acórdão anterior à referida decisão paradigmática, a qual, portanto, não foi descumprida. Acórdão mantido." (Embargos Infringentes em Apelação Criminal nº 0000005-27.2011.8.12.0034/50000 – Glória de Dourados. Rel. Ruy Celso Barbosa Florence).*

Diante do exposto, deve prevalecer o voto minoritário proferido pelo vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

**Contra o parecer, acolho os embargos**, a fim de absolver o embargante da imputação pela prática do crime do art. 217-A, do CP, por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do CPP.

**O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Revisor)**

**Acompanho o e. Relator** para acolher os embargos infringentes opostos por D.R., a fim de absolver o embargante da imputação pela prática do crime do art. 217-A, do CP, por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do CPP.

**A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. (1<sup>a</sup> Vogal)**

**DANILO RAMOS** opõe Embargos Infringentes em face do acórdão de fls. 224-241, proferido pela 2<sup>a</sup> Câmara Criminal, que, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, Des. José Ale Ahmad Netto.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Requer que prevaleça o voto minoritário exarado pelo vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que lhe dava provimento, absolvendo o embargante da prática do crime descrito no art. 217-A, do Código Penal, por atipicidade da conduta.

O ilustre Relator acolhe os embargos por entender que *“...a vulnerabilidade não deve ser relativizada, no entanto, o julgador deverá apreciar as particularidades de cada caso trazido à apreciação do Judiciário. A ofendida, adolescente com 13 anos de idade, foi enfática ao afirmar que manteve relações sexuais com o acusado, um jovem de 19 anos de idade, voluntariamente; que nunca foi induzida ou forçada por ele. Trata-se de uma relação sexual consentida que se consumou no decurso de um namoro entre os jovens. O consentimento da vítima, manifestado em um relacionamento afetivo, aliado à pouca diferença de idade entre acusado e ofendida, torna inviável a condenação.*

*Não obstante a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1480881/PI, pela Terceira Seção, processado pelo rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil, sufragando a tese de que, para a configuração do artigo 217-A do Código Penal "basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos", sendo irrelevante o consenso da vítima, não se pode olvidar que somente se deu em 28.05.2015. Logo, é possível concluir que na data do suposto crime apurado nestes autos (entre abril e maio de 2014), não havia consenso no âmbito do STJ se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual e, assim excluir a tipicidade penal do fato. Assim, não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado no REsp 1480881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada nestes autos, perpetrada quando persistia um contexto de incerteza sobre o tema, provocado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça...”.*

### **Dirirjo do ilustre Relator para manter a condenação lançada.**

Consta na denúncia que:

*“...em datas não exatamente esclarecidas, aproximadamente no período compreendido entre início de abril até o dia 19 de maio de 2014, na Rua José Lopes Sejópoles, n. 2022, Jardim Oiti, nesta cidade e Comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado Danilo Ramos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, praticou conjunção carnal com a menor Kathlen Talia Santos Cruz, de apenas 13 (treze) anos de idade (certidão de nascimento de f. 33).*

*Conforme apurado, o denunciado Danilo passou viver em união estável com a vítima Kathlen Tália aproximadamente no mês de abril de 2014.*

*No dia 19 de maio de 2014, uma guarnição da polícia militar, composta pelo Policial Militar Sargento Valter Caldeira de Souza, foi abordada pela genitora da ofendida, Regina Aparecida dos Santos, a qual informou aos milicianos que sua filha Kathlen, de apenas 13 (treze) anos de idade saiu de casa, sem o seu consentimento, um mês antes do dia em questão, para residir com Danilo, ora denunciado.*

*Apurou-se que a vítima e o denunciado conviviam maritalmente na residência dele, contra a vontade da genitora de Kathlen, e que durante esse período mantiveram relações sexuais consistentes em conjunção*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*carnal.*

*Inquirido (fl. 08/08-v) o denunciado confirmou os fatos, afirmando que estava mantendo união estável com Kathlen na sua residência, e que mantinham relação sexual.*

*Oportuno consignar que pouco tempo antes de passar a conviver com a vítima Kathlen, o denunciado conviveu por 02 (dois) anos com a irmã da ofendida, Ketilin Vilma Santos Cruz, sendo que a convivência começou quando ela, também, tinha apenas 13 (treze) anos, e da união resultou o nascimento de um filho.*

*A ofendida é menor de 14 (catorze) anos, conforme faz prova a certidão de nascimento acostada à fl. 33.*

*(...) (f. 01-04)...”.*

Restou comprovado nos autos que o relacionamento sexual entabulado entre a vítima, de 13 anos de idade, e o embargante, foi consentido, e que ambos se encontravam em um relacionamento e convivência do tipo união estável, na residência do acusado, porém, de curtíssima duração. Vejamos:

A vítima Kathlen Tália Santos Cruz, em juízo, no áudio às f. 96, afirmou que **começou a ficar com o réu e acabou indo morar na casa dele**; este lhe pedia para voltar a residir com seus pais, ante as solicitações de sua mãe (mãe da vítima), contudo quis permanecer na residência do réu; asseverou que por sua própria vontade quis morar com o réu; exarou que foi dela a iniciativa no tocante ao relacionamento amoroso e não do acusado, bem como que já **teve outros namorados e já havia tido relação sexual em oportunidade anterior e, atualmente, não mais convive com o recorrente.**

Regina Aparecida dos Santos, mãe da vítima, na fase judicial, f.96, relata que **o embargante se envolveu primeiro com uma de suas filhas e teve com ela um filho, e, após, com a outra filha (ora vítima)** que estava com o pai no Estado de São Paulo e em seguida veio para a cidade da depoente, oportunidade em que se **envolveu com o réu, contra a vontade da depoente; a vítima e o recorrente moraram juntos e a vítima foi por sua própria vontade**, sem qualquer tipo de ameaça de Danilo; Que **Kathlen residiu com ele por curto período de tempo (um mês aproximadamente)**; ressaltou que não houve nada forçado e sim mediante a vontade da vítima, tendo ocorrido a relação sexual naturalmente; no mais, revelou que a menor já havia tido outros namorados e já não era virgem quando deu início ao relacionamento com Danilo; esclareceu que apenas **não aceitou o relacionamento do acusado com a vítima, porquanto no relacionamento anterior do réu, com sua outra filha, irmã da vítima, esta teria sofrido, e não gostaria que se repetisse com Kathlen, a vítima.**

O embargante Danilo Ramos, em juízo, às f. 96, **confessa a prática delitiva, mas que a relação sexual com a vítima foi por esta consentida**, e que não ocorreu nada forçado, que a vítima foi residir consigo por sua própria vontade e chegou a solicitar para a mesma que voltasse para a casa de seus pais, mas esta não quis porque gostava dele; afirmou ter conhecido a vítima quando ela veio de São Paulo e então a pediu em namoro; porém **quando a mãe da vítima soube do relacionamento, em razão de o apelante ter namorado anteriormente com a irmã da vítima, a mãe de**



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

**ambas ficou com raiva e não aceitou, tendo dito à vítima "na hora do nervoso" que não ficasse mais em casa; assim, a vítima foi residir com suas colegas, e, em seguida pediu ao réu para morar em sua casa, o que aceitou haja vista ter sido o responsável por todo o problema; moraram juntos por cerca de 01 mês, um mês e meio; respondeu que possui 21 anos e que antes do relacionamento com a vítima teve relacionamento com a irmã desta, e possui com ela um filho.**

Posta assim a questão, cabe assinalar desde logo que a contundente orientação pacífica da jurisprudência é para que não se relativize o conceito de vulnerabilidade etária, uma vez que se entende que um adolescente abaixo de 14 anos não tem suficiente maturidade para o exercício pleno de sua liberdade sexual, faltando-lhes capacidade de entendimento e autodeterminação nesse aspecto, mesmo que tenha a experiência de relacionar-se sexualmente, ainda não é capaz de avaliar consequências desse fato, sobretudo as que possam ser prejudiciais.

A proteção legal conferida aos menores de 14 (quatorze) anos, considerados vulneráveis não mais admite questionar se a "vulnerabilidade" é absoluta ou relativa, seu consentimento para a prática sexual será completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada, pois o fato de não ser a "primeira vez" da vítima, não elide o que a lei visa evitar, que é o induzimento de menores a relacionamento sexual onde os adultos simplesmente se aproveitam da falta de maturidade de adolescentes, para aliciá-los a relacionamentos que, para eles adultos, podem nada significar, mas que para os menores significam importante etapa de sua vida, que deve ser cercada de pleno consentimento informado a respeito de consequências.

Há por vezes casos em que pode sim ser questionado sobre a relativização da vulnerabilidade, situações especiais em que, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual, sua experiência anterior, se demonstra que pode tal experiência sexual não se revestir daquele viés de exercício de poder adulto-criança / adolescente, porém, como veremos, não vejo que seja esse o caso presente, como se explica em seguida.

Iniciando por abordar a questão do caráter absoluto da vulnerabilidade, sobre o assunto já assentou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, cito os julgados mais recentes que são contundentes:

*"Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito."*<sup>4</sup>

A questão tem sido reiteradamente decidida pela absoluta irrelevância de consentimento da vítima nestes casos, justamente para maior proteção da infância.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.

<sup>4</sup> AgRg-REsp 1435416/SC, 6ª T., rel.ª Min.ª MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 14/10/2014.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*ESTUPRO [...] VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO OU PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA. RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 2. Por força do recente julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato de libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 3. A tese assentada é clara: 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. 4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1465769/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO [...] OFENDIDA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA*

*VÍTIMA E RELACIONAMENTO AMOROSO COM O AGENTE. IRRELEVÂNCIA. CARÁTER ABSOLUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 3. É absoluta a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de forma que o suposto consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não tornam atípico o crime de estupro de vulnerável. 4. Agravo regimental improvido.*

*(STJ. AgRg no AREsp 673.596/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015).*

*[...] ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. É impossível afastar a presunção de violência na prática do delito imputado ao paciente, já que é pacífico nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que após a Lei 12.015/2009, a conjunção carnal ou os atos libidinosos diversos cometidos com menos de 14 (catorze) anos configuram o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, independentemente de grave ameaça ou violência real ou presumida, o que torna irrelevante o consentimento ou autodeterminação da vítima. Precedentes. [...]*

*(STJ. HC 322.696/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015)*

Com efeito, não se pode negar que, nos dias atuais, crianças e adolescentes têm contato com o mundo do sexo cada vez mais precocemente, haja vista a rápida disseminação de informações nos meios de comunicação e nas escolas.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Entretanto, tal fato não induz a concluir que só por isso devemos presumir pleno discernimento em questões sexuais, até porque uma coisa é a informação didática, das escolas, dos meios de comunicação e dos livros de divulgação, e outra coisa é experimentar realizar a prática sexual. Uma mulher virgem, apenas porque leu um manual sobre prática sexual, não deixa de ser inexperiente em questões de sexo, pois a prática sexual é uma experiência que seria ridículo concluir que se possa aprender meramente lendo livros. Ademais, mesmo que uma adolescente tenha tido outra experiência sexual, até pelo pouco tempo de vida dela, há-de ser minimizado esse tempo de experiência possível, como sendo apto a que ela seja considerada uma “mulher experiente” que não se deva enquadrar no conceito de pessoa vulnerável.

Não se pode entender que os meios de informação possam destruir a presunção ou o pressuposto legal da invalidade do consentimento da vítima menor de 14 anos, nos crimes contra a liberdade sexual.

Ainda que a sociedade seja mais aberta e promova compartilhamento de mais informação a todos, sob o ponto de vista biopsicológico é patente que uma pessoa com idade inferior a 14 (quatorze) anos não tem condições de consentir validamente com o ato sexual – como em nada mais, também, conforme preceitua o Código Civil.

Cabe citar a propósito decisão do STJ, que abordava já em ainda há alguns anos já abordava tal questão:

*“(…) Não é de se confundir 'inocentia consilli' com mero conhecimento, objetivo, do que é um ato sexual. Aquela diz com a maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto, 'venia concessa', dificilmente existe numa pessoa de 13 anos.*

*Portanto, a questão de ser absoluta ou relativa a denominada presunção diz, em verdade, com o dolo. Qualquer outra consideração, como, v. g., a demonstração de consentimento 'válido', escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. E não é só. Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso de expressão 'de menor'. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconseqüente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. Por outra, a nossa legislação - repetindo - protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. Data venia, a lei não pode levar a esta forma de conclusão.*

*Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular com respaldo na lei, repugna.”*<sup>5</sup>

A questão pode ser grosseiramente resumida no seguinte: se as meninas hoje têm informação sobre a sexualidade, também os homens adultos têm hoje mais do que nunca informação de que devem respeitar a adolescência das jovens e que praticar sexo com alguém tão imaturo é crime.

Em geral, e no caso concreto também, é de se aplicar o que ficou exposto acima no julgado citado: "*(...) justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa.*".

**É exatamente o caso presente, vemos muito claramente que tudo não passou, para o réu, de uma mera aventura sexual bastante fácil de realizar, pelo aliciamento da jovem imatura, que se deixou atrair por ele, pois demonstrado nos autos que conviveram por apenas um mês ou um mês e meio, e hoje não estão mais juntos.**

**Ele por outro lado, era já um adulto (mesmo jovem) adulto ademais com já um filho, angariado em relacionamento anterior com ninguém menos que a irmã da ora vítima, e também menor de 13 anos de idade, com quem ele também se envolveu sexualmente para mera satisfação de sua lascívia, pois com essa outra menina ele também não ficou, mesmo tendo um filho com ela.**

A mãe das vítimas em suas declarações claramente anteviu que o mesmo que passou a primeira filha, a segunda também poderá passar, isto é: sofrer e passar por desgosto, pelo fim de uma união tão breve, que para o réu não passou de mero entroveiro sexual sem maiores consequências nem responsabilidades.

Adianto que em alguns casos singulares já entendi por absolver jovens adultos, quando o fator "afetividade", em época de iniciação sexual na adolescência, era tão relevante que destruía por completo o elemento constrangedor e aliciador da vontade da vítima, representado pela conduta do autor, assim como não representava, nesses casos, os malefícios de um constrangimento à liberdade e dignidade sexual.

Isso pode ocorrer quando há uma precoce sexualidade praticada em contexto de afetividade e envolvendo jovens com pouca diferença de idade, que juntos iniciam a exploração de suas vidas sexuais, em contexto de busca recíproca de uma satisfação sexual legítima, porque embasada em premissas de respeito e dignidade.

Numa análise superficial do caso presente, a priori poderíamos ser levados a entender que este pudesse tratar-se de um caso desses.

<sup>5</sup> REsp 762.044/SP, 5ª T., rel. Min. FÉLIX FISCHER, j. 21/02/2006.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Porém, melhor examinando os autos e as provas, **concluo com absoluta segurança que não, que a conduta foi grave e justifica sim a intervenção do Estado, pois não estamos aqui perante a célebre situação de um relacionamento sexual entre jovens iniciando sua vida sexual, à moda de "Romeu e Julieta".**

**Não, nada disso.**

**O que ocorre é a prática reprovável do agente, homem adulto que na época já tinha tido a experiência de aliciar a menina irmã da ora vítima, também menor de idade sendo que essa outra experiência sexual ocorreu quando a menina KETILIN cruz, irmã da ora vítima Kathlen, contava com a idade de 13 anos!**

**Ao fim de dois anos de convivência, e nascido um filho, pouco tempo após, este cidadão repete a experiência com a irmã menor de 14 anos de Ketilin, que é a Kathen!**

**Impossível admitirmos que, de parte do apelante, tais relacionamentos sexuais possam ser vistos como “ descobertas de sexualidade” ou “uniões amorosas e namoros entre jovens de idades próximas”!**

**Nada disso. Ao fim de dois mantendo convivência sexual com uma garota que tinha 13 anos, e tendo nascido um filho, e tendo ela sofrido quando tudo acabou, como relatado pela mãe de ambas, o apelante passa agora a relacionar-se com a outra garota também de 13 anos, irmã da primeira, então isso não pode ser considerado “ descoberta sexual”, ao fim de dois anos de relacionamento sexual e um filho oriundo de tal relacionamento.**

**O apelante já se apresenta perante a segunda vítima como homem adulto, que tinha mantido convivência sexual com a jovem Ketilin por dois anos, e com ela procriado e nascido uma criança, então, ele era pessoa de bastante experiência de vida, inclusive experiência sexual e familiar, e um filho.**

**Este apelante conhecia estas meninas e sua família, sabia muito bem de sua pouca idade, e mesmo assim não teve pejo de, sem interesse nem propósito de namoro ou relacionamento estável com esta segunda adolescente, simplesmente se aproveitar de sua inexperiência e "paixão de adolescência" para simplesmente a desprezar, induzindo-a em sua inexperiência, acolhendo-a em sua casa, quando deveria rejeitar tal solução, e envolvendo-a na prática sexual que, para ela, poderia ser (admite-se) uma troca de afeto, e, para ele, significou apenas uma mera prática sexual, pois não se sustentou tal união, como deflui do que ficou provado )estão separados).**

**Se, entre adultos, tal ocorre muitas vezes (a prática de sexo para um significa uma coisa, para outro significa outra muito menos relevante), e nem por isso deixa de representar sofrimento quando o mais apaixonado se vê abandonado, mesmo assim a situação nada mais é do que desilusão de amor que com maior ou menor dificuldade se supera, e , enfim, está dentro das desilusões normais da vida de cada um.**

**Mas, se a jovem é menor de 14 anos, é evidente que a situação é diversa, e tal foi assim definido pela lei. A vulnerabilidade derivada da idade impõe ao homem adulto o dever de respeitar, de não aliciar, de não invadir com uma aproximação eivada de artifícios a esfera da sexualidade que está ainda se iniciando, com toda a inexperiência de alguém que nunca praticou sexo ou, se o praticou, pela pouca idade decerto pouca foi essa prática, e que pode ser "arrastada" a situações que estão fora de seu controle em virtude da sua**



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

vulnerabilidade, e que lhe proporcionam logo em seguida sofrimento acrescido, pelo desencanto e desilusão, e a constatação de ter sido feita de "objeto sexual".

No caso presente, vejo que isso ocorreu muito claramente, e não vejo como absolver o réu nessa situação.

Então, no presente caso, voto pela condenação do apelado, expondo em seguida os elementos de prova que me fizeram chegar a tal conclusão.

O acusado confessou a prática da relação sexual e do envolvimento com a adolescente (f. gravação audiovisual – f. 130).

A vítima declarou ter mantido relações sexuais com o apelante, por vontade própria, e este confessou o mesmo e claro que ele tinha ciência de que ela contava com apenas 13 (treze) anos de idade, porque afinal ela estava na situação de “cunhada mais nova” da anteriormente convivente do apelante, a garota Ketilin, afinal ele se relacionou com esta família por mais de dois anos e tem um filho com Ketilin.

A meu ver, na hora que a mãe da ora vítima mostrou desagrado e discordância com a nova união do embargante com outra de suas filhas menores de 14 anos, e a garota ora vítima saiu de casa e foi pedir guarida ao embargante, este deveria, como homem adulto e com experiência exatamente do mesmo tipo de relacionamento com menina abaixo de 14 anos, ter recusado acolhimento, para preservá-la de maior constrangimento e uma experiência que sabemos costuma ser de más consequências socio-econômicas, para não falar das afetivas (desilusões e frustrações).

Com efeito, pegando como exemplo o caso da irmã da vítima, a chegada de um filho na adolescência, com toda a carga de responsabilidade interrompendo estudos e sendo capaz de frustrar a formação profissional da menina, por certo deveria ser suficiente para alertar o embargante a evitar repetir tal tipo de relacionamento, e afinal, em vez de recusar acolhê-la, progrediu nesse relacionamento sexual que afinal não durou quase nada.

Os fatos e circunstâncias relatados mostram que a vítima estava sim em clara situação de **"vulnerabilidade absoluta" da vítima.**

Não se pode presumir de todo em todo que esta menina quisesse consentir apenas com uma prática sexual inconsequente, como qualquer mulher adulta pode querer e praticar livremente, sem maior envolvimento afetivo e sem recear depois sofrer por não persistir o relacionamento, pois o normal e esperado é que, se buscou ser acolhida pelo embargante, em situação de fragilidade, demonstrou afetividade e carência afetiva que, da parte dele, mereceu rápido aproveitamento em seu benefício no sentido de relacionamento sexual que não evitou.

Não parece evidente que houvesse de parte dele ânimo de "afetividade", e isso seria necessário demonstrar, como fator impeditivo do tal constrangimento sério da vontade da vítima.

Ao contrário, **bem clara ficou a atitude oportunista do apelado, aproveitando-se da carência e relativo clima de conflito da garota com sua mãe (mais e normal na adolescência) para se aproveitar de sua inexperiência e sentimento de interesse sexual ou paixão que esta nutria por ele, para consumir a prática sexual.**

**A situação de vulnerabilidade absoluta da vítima ficou clara e evidente.**

**A lei quis proteger certos grupos de pessoas física, biológica,**



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

social ou psiquicamente fragilizadas ou imaturas, evitar-lhes iniciação sexual precoce, buscando que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas de difícil dimensionamento. O intuito da lei é preservar para esses adolescentes que vivam, plenamente, o tempo da meninice e juventude sem antecipar experiências da vida adulta muito antes da idade em que poderão desfrutar melhor de tais experiências, com mais maturidade psíquica também para entender os desencantos e as frustrações e responsabilidades que podem advir de tais práticas.

Diversamente do que entende o e. relator, tenho que restou comprovado nos autos que Danilo estava convivendo maritalmente com a vítima Kethelen (13 anos), sendo que, antes disso, já convivera com a irmã dela, Keitlin, em um relacionamento que também se iniciou aos 13 anos de idade desta (Keitlin) e gerou um filho, demonstrando a preferência do embargante em aproximar-se sexualmente de meninas/adolescentes de pouca idade, mesmo que sob a “justificativa” ou “máscara” de “casamento” “relacionamento sério” etc, que, no caso de Keitlin, ficou desmentido na prática, pois não perdurou.

Entendo grave a situação concreta, e impeditiva da absolvição, se não é a primeira vez que o embargante se envolve com adolescentes de 13 anos, e este envolvimento atual não se demonstra que venha acompanhado de clima de afetividade para com a vítima, com algum propósito mais nobre além de simplesmente relacionar-se sexualmente sem maiores compromissos, sequer afetivos.

A meu ver, a intenção marcadamente sexual do embargante fica ainda mais nítida pelo fato do “relacionamento” deste com a vítima não ter durado mais de 01 mês.

Por tais motivos, dirijo do ilustre relator e nego provimento aos embargos, mantendo a condenação imposta na decisão embargada.

**O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º Vogal)**

Acompanho o voto do relator.

**O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (3º Vogal)**

Acompanho o voto do relator.



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONTRA O PARECER, PROVERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDA A 1ª VOGAL (DES<sup>a</sup>.MARIA ISABEL), QUE NEGAVA PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Emerson Cafure, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 21 de março de 2018.

Zm/cz/eg