

**APELAÇÃO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.
ESTUPRO DE VULNERÁVEL.**

**NO CASO CONCRETO, NÃO RESTOU
DEMONSTRADA A TIPICIDADE DO FATO DESCRITO
NA EXORDIAL ACUSATÓRIA, DIANTE DA
REALIDADE SOCIAL EM QUE VIVEM DENUNCIADOS
E VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE
VIOLÊNCIA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.
APELAÇÃO IMPROVIDA.**

APELAÇÃO CRIME

SEXTA CÂMARA CRIMINAL

Nº XXXXXXXXXXXX (Nº CNJ: COMARCA DE XXXXX XXXXXXX
YYYYYYYYYY)

M.P. APELANTE

..
V.P.J. APELADO

..
I.V. APELADO

..

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em** negar provimento ao apelo, mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES.^a BERNADETE COUTINHO FRIEDRICH (PRESIDENTE E REVISORA) E DES. ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO.**

Porto Alegre, 20 de abril de 2017.

DES.^a VANDERLEI TERESINHA TREMEIA KUBIAK,

Relatora.

R E L A T Ó R I O

DES.^a VANDERLEI TERESINHA TREMEIA KUBIAK (RELATORA)

V. P. J., I. V., E. D.S. e V. P., sucessivamente com 18, 42, 35 e 39 anos de idade à época dos fatos, foram denunciados, na Terceira Judicial da Comarca de **XXXXXXXXX. VALDIR P.J.** como incurso nas sanções do artigo 217-A c/c o artigo 226,

inciso I e artigo 61, inciso II, alínea “f”, todos do Código Penal, com a incidência das disposições da Lei n.º 8.072/90, na forma do artigo 71 do Código Penal; **I. V.** como incurso nas sanções do artigo 217-A c/c o artigo 226, inciso I e II e artigo 61, inciso II, alínea “f”, todos do Código Penal, com a incidência das disposições da Lei n.º 8.072/90, na forma do artigo 13, § 2º, alínea “a”, e do artigo 71, ambos do Código Penal; e **E. D.S. e V. P.** como incursos nas sanções do artigo 217-A c/c o artigo 226, inciso I e II e artigo 61, inciso II, alínea “f”, todos do Código Penal, com a incidência da Lei n.º 8.072/90, na forma do artigo 13, §2º, alíneas “b” e “c”, e do artigo 71, ambos do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

Em datas e horários não especificados nos autos, mas entre o mês de fevereiro e o dia 15 de abril de 2016, na Rua Quinze, nº 48, Bairro YYYYYYYY, em XXXXX XXXXXXXX, por diversas vezes, V. P.J., em comunhão de esforços e conjunção de vontades, com I. V., E. D. S. e V. P., prevalecendo-se das relações domésticas, teve conjunção carnal e praticou outros atos libidinosos com a adolescente F.V.d.A., com 12 anos de idade. Nas ocasiões, em reiteradas e sucessivas vezes, V. P. J., aproveitando-se da vulnerabilidade da adolescente, bem como da omissão de seus pais e da mãe da vítima, passou a conviver com F.V.d.A, na residência de E. D. S. e V. P.. oportunidades em que manteve conjunção carnal, bem como praticou outros atos libidinosos, quais sejam, sexo oral e anal (conforme Laudo Pericial da fl. 07).

A denunciada I. V. incidiu na conduta típica de estupro contra vulnerável mediante omissão de seu dever legal de cuidado, proteção e vigilância, inerente ao poder familiar em relação a sua filha F.V.d.A., uma vez que tinha ciência de que a adolescente estava convivendo com V.P.J., na residência dos pais do denunciado, e com ele estava mantendo relações sexuais.

A acusada, contudo, nada fez para evitar o resultado que, como mãe, tinha o dever legal de evitar, se demitindo de seus deveres legais e morais.

Por sua vez, E. D.S. e V. P. incidiram na conduta típica de estupro contra vulnerável, mediante omissão, ao permitirem que V. P.J. passasse a conviver com F.V.d.A. na residência do casal, e com ela mantivesse relações sexuais, mesmo sabendo do estado de vulnerabilidade da vítima, em razão da sua idade.

Os acusados responderam ao processo em liberdade.

O magistrado singular reconheceu a atipicidade do fato narrado na inicial acusatória e, por conseguinte, rejeitou a denúncia (fls. 43/45).

Irresignado com a decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. Em suas razões recursais, pugnou, em síntese, pela reforma da decisão, com o consequente recebimento da denúncia, frisando que as tipicidades formal e material foram ratificadas pelo caderno probatório, uma vez que basta o que o agente mantenha conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos para a configuração do delito. Requereu o provimento do apelo (fls. 46/54).

A defesa de **V.P.J.** e de **I. V.** apresentaram contrarrazões, respectivamente, às fls. 64/71 e às fls. 80/83.

Neste grau de jurisdição, o nobre Procurador de Justiça, Dr. *Roberto Bandeira Pereira*, opinou pelo provimento do apelo (fls. 85/87).

Vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

V O T O S

DES.^a VANDERLEI TERESINHA TREMEIA KUBIAK (RELATORA)

Eminentes Colegas, trata-se de recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, inconformado com a decisão que rejeitou a denúncia, diante da atipicidade da conduta.

Examinando detidamente os elementos de convicção constantes do caderno processual, mantenho a decisão recorrida, de lavra do ilustre magistrado, *Dr. ZZZZ ZZ ZZZZZZZZ*, que, com propriedade e precisão, deu a exata solução que se impunha ao fato trazido à apreciação.

E, para não incorrer em desnecessária repetição, de nenhum efeito prático, contando com o consentimento do prolator, adoto seus fundamentos, integrando-os ao voto, como razões de decidir e ratificar a bem lançada sentença:

“O Ministério Público denunciou os réus V.P.J., I.V., E.D.S., e V.P. pela prática, em tese, do delito de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, em razão da prática de conjunção carnal e outros atos libidinosos com a adolescente EF.V.D.A., com 12 anos de idade na época do fato, em

relação ao primeiro indiciado, e por omissão quanto aos demais autores do fato.

Ocorre que, com a devida vênia do Parquet, tenho que o fato narrado na denúncia não constitui fato típico.

Não se desconhece a presunção de vulnerabilidade do adolescente menor de 14 (catorze), consoante tipificação prevista no artigo 217-A do Código Penal, porquanto não possuiria, em regra, desenvolvimento mental completo e maturidade sexual que permitiria o livre consentimento para a prática de ato sexual ou libidinosos.

Todavia, não se mostra viável a aplicação da Lei Penal, na sua literalidade, levando-se em consideração, tão somente, a idade da vítima, sem que seja analisado o contexto fático em que ocorreu a atuação descrita como criminosa, sopesando, assim, a sua vulnerabilidade.

Atualmente, podemos verificar que as informações são disseminadas de forma quase irrestrita e com velocidade acentuada, de modo que os jovens se desenvolvem intelectual e cognitivamente de forma cada vez mais precoce.

Assim, sendo a análise isolada da faixa etária da suposta vítima, sem levar em consideração a realidade social, em alguns casos, como o dos autos, revela o não acompanhamento da transformação dos comportamentos na sociedade contemporânea.

Destaca-se, ademais, que o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece como adolescente todo indivíduo com mais de 12 (doze) anos de idade, ao passo que o Código Penal protege de maneira rígida os adolescentes menores de 14 (catorze) anos.

Nesse passo, merece ser ressaltada a lição de Guilherme de Souza Nucci (crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, pp. 37-38):

“A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto --, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porem, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14 anos. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual”.

Tenho, pois que, no caso dos presentes autos, merece ser relativizada a vulnerabilidade da vítima.

Ora, o conhecimento acerca do fato narrado na peça incoativa se deu a partir do cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do acusado V.P.J., em razão de investigação que em nada se relaciona com o fato apreciado nos presentes autos, consoante relatado no histórico do boletim de ocorrência da fl. 04.

A vítima, ouvida perante a autoridade policial, referiu que namorava com o indiciado V.P.J. e desde o mês de fevereiro de 2016 passou a residir com ele e seus pais de seu companheiro consentiram a relação e têm conhecimento acerca da prática sexual do casal. Relatou que sua genitora visita o casal com frequência quase que diária. Afirmou que as relações sexuais praticadas com o companheiro são consentidas.

Os denunciados E.D.S. e V.P. aduziram que a vítima e o indiciado V.P.J. vivem maritalmente na sua residência, freqüentando a adolescente a escola normalmente.

A genitora da vítima, também denunciada, afirmou que tinha conhecimento acerca da prática sexual do casal, referindo que trabalha o dia todo e nos finais de semana e, ao invés da filha permanecer sozinha, preferiu que passasse a residir com o primeiro denunciado, que a pedira em namoro, mantendo, porém, as visitas, prestação de auxílio material e orientações à filha.

Não há nos autos qualquer relato ou indício de violência efetiva praticada em face da adolescente F.V.D.A., que possuía à época do fato 12 (doze) anos de idade (fl. 14).

Outrossim, ressalta-se que existe pequena diferença de idade entra a vítima e o denunciado V.P.J., uma vez que possuía ele 18 (dezoito) anos de idade na época do fato narrado na denúncia.

Ainda que os elementos de convicção não tenham sido produzidos na fase judicial, merece ser reconhecida a necessidade de relativização da vulnerabilidade da vítima, no caso concreto.

É nesse sentido o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

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)

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 13 ANOS DE IDADE E ACUSADO COM 21 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 treze anos e ele com vinte e um, mantiveram relacionamento amoroso, com o consentimento da mãe da ofendida, e que resultou em união estável por considerável período, 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. 3. Ademais, inviável a condenação da mãe da menina por omissão, porquanto sabedora que não conseguiria tolher o desejo sexual de sua filha, preferiu dar-lhe orientação e acolher o casal em sua casa, tudo a fim de evitar mal maior. APELAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70066788662, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 16/12/2015)

Em que pese a atuação da vítima e seu companheiro não retrate a conduta esperada, em tese, por indivíduos em idade análoga, percebe-se que permanecem resguardados os direitos do adolescente, até mesmo porque há relatos de que frequenta regularmente a escola e encontra-se assistida material e afetivamente pela genitora e pela família do companheiro, que a acolheu em sua residência. Nesse mesmo norte, não merece a conduta dos genitores do casal ser caracterizada como omissão, visto que, ao invés de ignorar o relacionamento entre o indiciado V.P.J. e a adolescente, optaram por mantê-los protegidos, dando-lhes, dando-lhes orientação e assistência.

Por todo o exposto, tratando-se de caso de relativização da presunção de violência, reconheço como atípico o fato narrado na exordial e rejeito a denúncia apresentada.”

Em que pese a pouca idade da ofendida que, na oportunidade, contava com quase 13 anos de idade, o certo é que a menor demonstrou que tinha plena consciência dos seus atos e a conjunção carnal deu-se com o seu consentimento e com a ciência de seus familiares.

O contexto evidencia que a vítima **F.V.d.A** e o acusado **VPJ** mantinham um relacionamento afetivo, de certa forma duradouro, havendo o pernoite na casa do namorado o qual residia com a família.

Não se trata exatamente de uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena aos denunciados, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo, as meninas despertem para essa realidade.

Nesse passo, nos casos em que há um relacionamento amoroso e consentimento da menor nas práticas sexuais, com a tolerância familiar, resta relativizada a presunção de violência, em razão da idade da ofendida.

Assim, compartilho do entendimento do nobre jurista, Guilherme de Souza Nucci¹ acerca da vulnerabilidade:

"Deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual. (...) 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."

Ainda, alerta Nucci (citado por Rogério Sanches Cunha, 2013)²:

“Agora subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com treze anos, absolutamente vulnerável, a ponto de

¹ NUCCI, Guilherme de Souza et al. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*. Revista dos Tribunais: São Paulo, dez. 2010.

² NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual, p. 37-38. In CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Especial (arts. 121 ao 361). Salvador: Editora Jus Podivm, ano 2013.

seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e Adolescente proclama ser adolescente o maior de doze anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de doze anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual”.

Nesse sentido, já houve julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224 DO CP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a presunção de violência do art. 224 do Código Penal se revela de natureza relativa (*iuris tantum*).

2. A corrente majoritária, doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção da violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados fatores impõe, em situações tais, o afastamento da presunção.

3. No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal – revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade.

4. Incidência da Súmula 83/STJ.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Resp 1214407/SC, Sexta Turma, STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13.09.2011)

“ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp nº. 1.303.083/MG, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, julgado em 19/04/2012)

Diante dessas considerações, não vejo como impor aos denunciados o pesado ônus de um processo criminal que o tipo penal supostamente infringido impõe, porque se vislumbra *ab initio* a inexistência de justa causa para a ação penal.

Assim, inviável o prosseguimento do feito pela prática do delito previsto no artigo 217-A do Código Penal, devendo ser mantida a decisão que rejeitou a denúncia, diante da realidade social em que vivem denunciados e vítima, devendo ser relativizada a presunção de violência.

ISSO POSTO, nego provimento ao apelo, mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

DES.^a BERNADETE COUTINHO FRIEDRICH (PRESIDENTE E REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a BERNADETE COUTINHO FRIEDRICH - Presidente - Apelação Crime nº **XXXXXXX**, Comarca de **YYYYYY YY YYYYYY**: "NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: **ZZZZZZ ZZ ZZZZZZ**