

Superior Tribunal de Justiça

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ
RECORRIDO : A R DE O
ADVOGADO : ANDRÉA REBELO FONTENELE
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ interpõe recurso especial com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça daquele Estado**, que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação manejado pela defesa para absolver o ora recorrido (fls. 182-204).

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público estadual aponta negativa de vigência do art. 217-A do Código Penal.

Alega que "o tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despiciendo o consentimento da vítima" (fl. 221).

Assim, insiste que é suficiente que o agente tenha conhecimento da idade da vítima (menor de 14 anos) e com ela mantenha conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, o que aconteceu no caso dos autos. Pondera, ainda, ser despicienda a ocorrência de violência ou grave ameaça para que a conduta seja tipificada como estupro de vulnerável. Para embasar sua argumentação, colaciona precedentes deste Tribunal Superior.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso especial a fim de que seja restabelecida a condenação imposta em primeiro grau.

Admitido o recurso na origem (fls. 230-231), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento (fls. 240-247), em parecer assim ementado:

Superior Tribunal de Justiça

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ERESP N° 1.152.864/SC. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Este recurso especial foi distribuído à minha relatoria e concluso ao Gabinete em 16/9/2014 (fl. 236).

Após manifestação da Defensoria Pública da União (fls. 339-360) – na qualidade de *amicus curiae* – o feito foi convertido em diligência, com o fim de que o réu fosse intimado para apresentar contrarrazões ao recurso especial. A peça foi juntada às fls. 627-632, juntamente com a procuração outorgada à nova advogada constituída (fl. 633).

Em seu arrazoado, o recorrido alega a incidência do Enunciado Sumular n. 7 do STJ, pois "o Tribunal a quo se convenceu, com base na prova dos autos que a conduta do acusado apesar da subsunção ao art. 217-A do CP, foi perpetrada em erro de elementar do tipo, bem como, que a violência presumida existente no tipo exige que a vítima encontre-se em situação de vulnerabilidade, o que não se verificou no caso em epígrafe" (fl. 629). Ressalta, ainda, que nos crimes de estupro de vulnerável "deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido" (fl. 630). Por fim, invoca a tese do erro de tipo, aplicável quando o agente desconhece que a vítima era, ao tempo do fato, menor de 14 anos.

Após nova vista dos autos, o MPF, por seu Subprocurador-Geral da República Hugo Gueiros Bernardes Filho, posicionou-se contrariamente ao provimento do recurso do Ministério Público do Estado do Piauí, postulando a manutenção da sentença absolutória do recorrido (fls. 655-664).

As partes foram intimadas acerca da data do julgamento deste REsp.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.480.881 - PI (2014/0207538-0) **EMENTA**

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, 3^a Seção, DJe 14/4/2010).

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

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

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

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a

Superior Tribunal de Justiça

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**

Superior Tribunal de Justiça

crime.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

I.1. Tempestividade do recurso

A Defensoria Pública, na condição de *amicus curiae*, por meio da petição de fls. 339-360, alega, em preliminares, a intempestividade deste recurso especial.

Para tanto, afirma que a contagem do prazo não se inicia com a data da remessa do feito ao Ministério Público – que no caso se deu em 7/5/2014, conforme certidão de fl. 207 –, mas sim do dia em que foi intimado pessoalmente.

Pondera, no entanto, que não há registro do recebimento do processo pelo membro do *Parquet*, pois o carimbo de ciência está em branco nas respectivas lacunas de data e de assinatura (fl. 205)

Logo, assere que o recurso foi protocolado no 16º dia do prazo, o que o torna intempestivo e que a dúvida quanto à data precisa do recebimento não milita em favor da parte recorrente.

Não obstante a argumentação dispensada pela Defensoria, nesta oportunidade, observo, primeiramente, que, no caso de dúvida quanto ao dia da efetiva ciência por parte do representante do Ministério Público, com fins à demarcação do termo *a quo* para a contagem do prazo, conclui-se em favor da parte recorrente.

Superior Tribunal de Justiça

O mesmo procedimento se dá quando o recurso é interposto pela Defensoria Pública. Isso porque a entidade representada não pode ser prejudicada pela ausência de indicação nos autos quanto ao dia do efetivo recebimento dos autos.

De toda sorte, após contato telefônico realizado pelo Gabinete com a Secretaria das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, **obteve-se a informação de que, consoante alegado na peça recursal, o Ministério Público teve a ciência pessoal do julgado a partir do dia 8/5/2015.**

A propósito, foi encaminhada, via correio eletrônico, cópia da página do **livro de protocolo de carga dos autos físicos – efetivada na aludida data** –, que ora faço juntar aos autos (fls. 680-681), o que **atesta a tempestividade do recurso especial** sob exame, uma vez que a ciência do acórdão ocorreu, necessariamente, no dia 8/5/2015 ou em data posterior.

I.2 Não incidência da Súmula 7 do STJ

As circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual, ou seja, não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito à espécie, motivo pelo qual afasto a alegação, trazida nas contrarrazões, de incidência do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

I.3. Demais requisitos

Verifico que o recurso indica a contrariedade a preceito de lei federal, nos moldes do permissivo constitucional, que o tema versado na impugnação foi prequestionada mediante discussão explícita no tribunal de origem, que a jurisdição ordinária foi esgotada e que a questão debatida é jurídica.

Preenchidos os demais requisitos legais e regimentais, conheço do recurso especial.

II. Mérito

II.1. Delimitação dos fatos

A controvérsia posta nesta via especial centra-se na discussão relativa à **incidência do tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal,**

Superior Tribunal de Justiça

notadamente **quando a vítima**, apesar de contar menos de 14 anos de idade, **consentir com o ato sexual.**

Com o objetivo de contextualizar a prática do delito, oportuna é a transcrição do seguinte excerto da denúncia, ofertada em 20/7/2010 (fls. 2-4, destaquei, *sic*):

I - DOS FATOS

01. No dia 13 de julho do ano em curso, foi preso por ordem judicial o denunciado acima nominado e qualificado, em razão do mesmo vir mantendo há aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S., nascida no dia 14 de abril de 1997 – certidão de nascimento às fl. 07 –, visando obtenção de prazer sexual.

02. Discorre a peça investigativa que o denunciado frequentava a residência do genitor da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor.

03. Narra ainda o caderno investigativo que a vítima era virgem quando manteve o primeiro ato sexual com o acusado. O fato só descoberto depois de um ano, porque a genitora da menor desconfiou, a levou para fazer exame, foi então que a mesma diante do resultado, como não tinha mais como negar, confessou que estava sendo abusada sexualmente pelo acusado.

04. Interrogado acerca da prática delituosa, o denunciado confessou que realmente vinha mantendo relações sexuais com a menor a cerca de um ano.

05. Ouvida também pela autoridade policial a menor disse que só manteve relações sexuais com o acusado e que a última vez foi em maio do ano em curso, pormenorizando todo *iter criminis*.

06. Extrai-se das provas apuradas no inquérito policial que E. M. P. S., ainda quando criança começou a sofrer coação psicológica, diante o estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado pelo denunciado, pois desde seus nove anos que é perseguida pelo acusado.

[...].

III - DA TIPIFICAÇÃO DO DELITO:

09. Os *iter criminis* descritos no procedimento investigatório evidenciam, de forma clara, que a atitude reiterada do denunciado A. R. DE O. se amolda à figura típica e antijurídica capitulada no art. 217-A (crime de estupro de vulnerável) c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Superior Tribunal de Justiça

Afirma o recorrido em seu interrogatório (fl. 93):

Que em Dezembro de 2009, quando a menor tinha treze anos, depois de muita insistência da menor, não se controlou mais, pois começou a gostar e se apaixonar pela menor e começaram a namorar e ter relações sexuais.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi **condenado à pena de 12 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado**, pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do CP. Da sentença, da lavra da Juíza Maria do Perpétuo Socorro Ivani de Vasconcelos, Juíza de Direito em exercício na Comarca de **Buriti dos Lopes – PI**, destaco os seguintes trechos (fls. 110-112):

De acordo com as alegações das partes e as provas dos autos, entendo que merece ser acolhida a pretensão punitiva Estatal, vez que foi formada a convicção deste juízo sobre a veracidade dos fatos alegados pela acusação.

Restou demonstrado que acusado A. R. DE O. começou a manter relações sexuais com a vítima E. M. S. P. desde que esta tinha 11 anos de idade.

Foi essencial para a conclusão, a confissão do acusado quanto ao crime narrado na peça acusatória, tendo o réu confessado à prática delitiva tanto em juízo, quanto em sede policial, tudo corroborado pelos depoimentos das testemunhas, da vítima e pelo exame de corpo de delito constante às fls. 11 dos autos, onde o perito concluiu que a vítima havia iniciado sua vida sexual acerca de um ano em razão da cicatriz himenal.

A vítima relatou pormenorizadamente em juízo, todo o seu envolvimento com o acusado, que usou sua experiência para adquirir a confiança da menor, tendo esta desde os 08 (oito) anos de idade começado a nutrir um sentimento incompatível com sua idade, o que levou, anos depois, à vítima a iniciar sua vida sexual com apenas 11 anos de idade, cedendo aos apelos sexuais de um homem de 25 anos de idade.

No depoimento em juízo a vítima confirma que teve sua primeira relação sexual com o acusado aos 11 anos de idade, conforme se vê às fls. 79, tendo a menor, na fase investigativa afirmado que o réu fazia muitas promessas, dizendo até que iria se casar com a vítima quando a mesma ficasse maior de idade, conforme se vê às fls. 18/19.

O denunciado para conseguir obter êxito em sua empreitada

Superior Tribunal de Justiça

delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima.

A instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame. Tais fatos foram obtidos pela conjugação dos depoimentos da VÍTIMA e das testemunhas A. M. A. P. (mãe da vítima), A. C. DE S. B. (padrasto da vítima), L. V. DA S. (pai da vítima) tanto no inquérito policial como na instrução processual.

A vítima afirmou em seu depoimento constante às fls. 79, que **começou a namorar de 08 para 09 anos com o acusado e só depois que tinha 11 anos foi que teve a 1ª relação sexual com o acusado**, confirmando ainda que manteve mais de uma relação sexual com o acusado.

No depoimento da **testemunha F. J. P. DA S. F., colacionado às fls. 84**, esta afirmou que chegou a advertir ao acusado que **namorar com menor poderia dar problemas**.

Além da prova oral, a pericial por si só já evidencia a materialidade do crime de estupro de vulnerável, pela constatação de que a paciente E. M. P. S. não era mais virgem, não havendo indícios de desvirginamento recente, com carúnculas himenais de aspecto cicatricial remoto, tal como consta do auto de exame de corpo de delito para constatação de conjunção carnal, acostado às fls. 11.

[...].

Incide, pois, na sanção do art. 217-A do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.

Assim, concluo que a instrução não revela discrepancia e os depoimentos das testemunhas tanto em sede policial, quanto em juízo, bem como por toda análise minuciosa dos fatores abordados, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame.

O próprio acusado não desmente que manteve conjunção carnal por várias vezes com a vítima, defendendo-se apenas dizendo que não conseguiu se controlar, pois começou a gostar muito da menor, demonstrando plena consciência quanto a idade da vítima e do caráter delituoso de sua conduta.

Superior Tribunal de Justiça

Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a **2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em 2/4/2014, deu provimento, para absolver o recorrido da acusação de estupro de vulnerável,**

O órgão colegiado, por unanimidade, acompanhou o voto do relator, Desembargador Erivan Lopes, assentado nos seguintes fundamentos (fls. 192-203, destaquei):

Sobre os fatos, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade. A discussão deve ser travada exclusivamente a respeito do Direito a ser aplicado frente ao caso concreto. Se a aplicação se der em mera forma de subsunção dos fatos à norma jurídica do art. 217-A do CP, a sentença condenatória deverá ser mantida. Porém, para fazer uma interpretação mais ampla, fundada nos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana e nos **valores culturais internalizados (a tradição)**, é preciso se analisar toda a dinâmica dos fatos, personalidade e comportamento dos atores envolvidos na cena.

Na fase inquisitiva, a vítima E. M. P. S., menor de 14 anos, prestou declarações no dia 18.06.2010 e aduziu: que **começou a se envolver com R. quando tinha uns nove anos**, que R. era muito de dentro da casa do pai da depoente, que admite que **foi ela que disse a R. que gostava dele, que só depois que a depoente se declarou para R. é que o mesmo passou a retribuir as cortesias, que no começo havia só abraço e beijos**, que passou muito tempo só em carícias, sem sexo, porém que se recorda que **mais ou menos há um ano atrás foi que manteve pela primeira vez relação sexual com R.**; que se recorda nessa época **ter doze anos aproximadamente**; [...] que há algum tempo atrás namorou com um menino da região; que a última vez que manteve relação sexual com o R. foi exatamente há três semanas atrás, dias 29 e 30 de maio de 2010; que **R. dizia que quando a depoente ficasse maior de idade iria casar com a mesma**; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que **se apaixonou por R.**; que **afirma não saber que era contra a lei que um maior mantivesse relação sexual com uma menor**; que não tem intenção de prejudicar R. (fls. 18/19); que não teve relação sexual com nenhum outro homem, apenas com R., mas admite que foi ela que deu em cima de R.; que teme sua mãe saber que

Superior Tribunal de Justiça

ela escreveu o bilhete constante nos autos, mas afirma que é sua letra no bilhete, que escreveu e mandou por um amigo de R. (fls. 43/44)

Em juízo (no dia 13.09.2010), a vítima E. descreve com riqueza de detalhes como ocorreram os fatos, ao afirmar: que conhece o acusado desde pequena, **ele sempre ia à casa de seus pais;** que quando saiu o boato do seu namoro com o acusado, seu pai não queria; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que **fez um pacto com o acusado, que ninguém iria contar que namoravam escondidos;** que acha que seus sentimentos são recíprocos com R.; que no início do namoro eram só **beijos e abraços com o acusado;** que **começou a namorar de 8 para 9 anos com o acusado, só depois quando tinha 11 anos foi que teve a primeira relação sexual com o acusado;** que manteve mais de uma relação sexual com o acusado; que já tinha menstruado quando manteve a primeira relação; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que nunca viu o acusado com outras namoradas; que quando o acusado esteve preso pediu para sua mãe para ir conversar com ele, mas sua mãe não deixou; que depois de solto, o acusado ligou para sua mãe, mas ela não deixou que ele falasse com a depoente; que fez 13 anos em abril; que quando começou a namorar com R. seus pais já estavam separados; **que começou a paquerar com o acusado quando tinha oito anos;** que seus pais estão separados há aproximadamente uns quatro anos; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela. (fls. 79)

Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vitima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual. O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real.

[...].

Como se vê, é **incontroversa a ocorrência de relação sexual entre acusado e vítima.** Ambos confirmaram o fato, relatando com detalhes e o auto de exame de conjunção carnal, às fls. 11, corrobora essa afirmativa. **Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro, 25 anos) e a vítima (menor de 14 anos), no caso em análise, a questão cinge-se**

Superior Tribunal de Justiça

em saber se a vítima, con quanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável. É cediço que a violência que coage, constrange, força o menor de 14 (catorze) anos a ato sexual é merecedora de intensa reprovação social e penal. Contudo, a mesma reprovação merece ser dada nos casos em que existe o discernimento em relação ao fato, o consentimento, a livre vontade e concordância do menor? Nos casos em que existe envolvimento afetuoso estabelecido entre acusado e vítima e/ou nos casos em que o menor já desempenha sua vida sexual? Não admitiria, pois, cada situação, uma apreciação mais minuciosa, considerando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos?

[...].

Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, **entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário.**

Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato.

Dessa forma, analisando o caso concreto, **entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos** – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; **que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade;** que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela (fls. 43/44 e 79).

As declarações prestadas pela mãe da vítima [...] e as declarações prestadas pelo pai da vítima [...] corroboram a ideia de que, embora escondido, existia um relacionamento afetivo e não apenas relações sexuais, entre o acusado e a vítima; que existiu uma anuênciam, mesmo que indireta, dos pais para com

Superior Tribunal de Justiça

esse relacionamento; que existe o apoio dos pais caso se concretize a união do acusado e vítima, o que autoriza concluir que **não existiu comportamento agressivo ou ameaçador por parte do acusado e nunca houve violência real para a prática de ato sexual, tendo ocorrido, inclusive, com o consentimento e vontade da vítima**, uma vez que a mesma nutria um sentimento pelo acusado, sentimento este que aparentemente era recíproco. (fls. 80/81)

Pela análise das provas colhidas nos autos e das circunstâncias em ocorreram os fatos, sendo incontestável a existência de relacionamento afetuoso e sexual entre acusado (solteiro, 25 anos) e vítima (menor de 14 e anos), bem como o discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para a prática do ato, não vejo como considerar típica a conduta do acusado, não havendo que se falar na existência de crime previsto no art. 217-A do CP.

As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime.

[...]

Dessa forma, **afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta.**

Em virtude do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para absolver o acusado da acusação pelo crime de estupro de vulnerável, por ausência de tipicidade, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

II.2. Violação do art. 217-A do Código Penal

Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos de que se valeu a Corte estadual para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, **encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem**, por entender violado o dispositivo de lei federal invocado na impugnação especial.

Registre-se que, ainda na vigência da alínea "a" do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da **Lei n. 12.015/09**), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuênciam da vítima**, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos.

Superior Tribunal de Justiça

Nesta Corte de Precedentes, o tema ensejou, no passado, interpretação oscilante nas duas Turmas da Terceira Seção. Em abril de 2014, a **matéria foi pacificada** por força do julgamento dos Embargos de Divergência em **Recurso Especial n. 1.152.864/SC**, da relatoria da Ministra **Laurita Vaz**, assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLENCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração 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.

2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida." (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER,

Superior Tribunal de Justiça

Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas.

(EREsp n. 1.152.864/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3^a S., DJe 1/4/2014, destaquei).

Antes disso, também em Embargos de Divergência em Recurso Especial, a **Terceira Seção já tivera oportunidade de assentar a irrelevância do consentimento da vítima**, para fins de caracterização do crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3^a Seção, e da 5^a e 6^a Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos.

(EREsp. n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro **Felix Fischer**, 3^a Seção, DJe **14/4/2010**).

Na Corte Suprema, o assunto também mereceu igual compreensão, como se percebe dos argestos colacionados:

1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.
2. [...].

Superior Tribunal de Justiça

3. Ordem denegada.

(**HC n. 119.091/SP**, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, 2^a T., DJe 18/12/2013).

1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o **caráter absoluto da presunção de violência** no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, “a”, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo **irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima**. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(**AgRg no RHC n. 97.664/DF**, Rel. Ministro Teori Zavaski, 2^a T, DJe 21/10/2013, destaquei.)

[...] 2. **O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.** 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do alvoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima.

(**HC n. 105.558/PR**, Relatora Min. Rosa Weber, 1^a T., DJe 12/06/2012, destaquei)

Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos "crimes contra os costumes" – **as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09** ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, **não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.**

Superior Tribunal de Justiça

O acórdão recorrido alude a que "a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade" (fl. 197).

Disse ainda: "As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime" (fl. 198).

Vê-se que o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu.

A referência à imagem da “criança libertina” ou “criança provocadora”, mencionada pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre *História do estupro*, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradiças as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de instrução para a tenra idade”, **fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia.** (VIGARELLO, G. *História do estupro. Violência sexual nos séculos XVI – XX.* Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com

Superior Tribunal de Justiça

"grau de discernimento", segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade". Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo.

Da alusão feita, no acórdão, ao comportamento da mãe da vítima se infere quão atual é a antiga observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que “elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais” (DEL PRIORE, M. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

O voto condutor do acórdão faz menção também a "**valores culturais internalizados (a tradição)**", o que parece justificar a permanência de práticas coloniais e imperiais como as relatadas pela referida historiadora:

O preconceito racial de estrangeiros não raro se misturava com a aversão europeia pela “corte amorosa à brasileira”. O fato de meninas, muito meninas, passarem da reclusão familiar às mãos dos maridos os fazia crer num precoce interesse pelo sexo oposto, interesse, aliás, muito mal visto. Os viajantes criticavam a precocidade com que adquiriam modos e conhecimentos impróprios para a sua idade: [...] A percepção destes estrangeiros é de que havia certa precocidade sexual nas moças do Novo Mundo" (DEL PRIORE, M., op.cit., p. 168).

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe ARIÈS (*História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a “toda sorte de grosserias e indecências”. Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as conclusões do François de Dainville (*La Naissance de L'humanisme Moderne*, Paris. Beauchesne. 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: "O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo”.

Superior Tribunal de Justiça

Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório **centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento.** A denúncia imputou ao réu, ora recorrido, a prática do crime de estupro de vulnerável. Manteve o réu, por "aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S.", quando tinha menos de 14 anos, e "que o denunciado freqüentava a residência da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor" (fl. 3, destaquei).

Registrhou-se, aliás, por mais de uma vez, que o recorrido e a vítima iniciaram um relacionamento amoroso **quando esta última contava 8 anos de idade**, momento em que, a despeito de ainda não manterem relações sexuais, trocavam "beijos e abraços" típicos do namoro, o que, como é cediço, já bastaria para configurar o crime de estupro de vulnerável, haja vista que tais carícias são compreendidas como modalidades de atos libidinosos.

Sem embargo, a absolvição inverte o objeto do juízo criminal ao dizer que a adolescente não foi vítima "**de violência real**" (fl. 198), que "**não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos**" (fl. 197).

O desvio teleológico da função de julgar passou ao largo da análise dos demais integrantes do órgão julgador. Preferiram reduzir a questão a uma lógica tão simples quanto perversa: **se a criança (tinha menos de 12 anos quando o réu com ela manteve a primeira relação sexual) desejou, ou mesmo buscou, o contato íntimo, caracterizado pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para prática do ato"** (fl. 198), no sentido de que sabia o que fazia, o comportamento do réu é irrelevante para o direito penal.

Não se vê no acórdão impugnado qualquer referência à história de vida da vítima, de tal modo a se poder aferir se os magistrados que decidiram absolver o recorrido, por conta da alegada livre e lídima vontade da vítima de com ele manter prática sexual, apoiaram seu convencimento em elementos probatórios encontrados nos autos que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, sua conduta familiar e social etc.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente

Superior Tribunal de Justiça

decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia concilli* da vítima.

Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado.

Deveras, 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 afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Senão vejamos.

Até o Código Penal de 1940, crianças e adolescentes não recebiam proteção penal específica em relação aos crimes de natureza sexual. De fato, tanto o Código Criminal do Império (1830) quanto o Código Penal da República (1890) não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de 14 anos e nem sequer previam recrudescimento da pena prevista para tais situações.

A partir do Código Penal de 1940, passou-se a presumir, para fins penais, a ocorrência de violência em quaisquer atos libidinosos cometidos contra meninas e meninos menores de 14 anos, sob o fundamento – constante da

Superior Tribunal de Justiça

Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (n. 70) – de que tal ficção legal decorre da *innocentia consilii* do sujeito passivo dessa modalidade delitiva, a denotar “sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Também se entendeu importante e necessário – para a efetiva e proporcional proteção penal – punir especialmente o crime cometido contra crianças e adolescentes e previu-se, inclusive, a hipótese de cometimento de estupro e de atentado violento ao pudor “com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador” (art. 225, II, CP, em sua versão original), hipótese que, a par da iniciativa pública da ação penal, também mereceu agravamento da reprimenda do infrator, inicialmente “de quarta parte” (art. 226, II) e, agora, “de metade” (*ex vi* da redação dada ao dispositivo pela Lei n. 11.106/05).

Essa mesma expressão normalmente utilizada: “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” foi responsável também por cominar diversos crimes contra crianças e adolescentes, em rol constante de marcante legislação infanto-juvenil, que sucedeu, sob nova realidade político-constitucional, o antigo Código de Menores. A referência, por óbvio, é ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90, o qual vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para conferir maior proteção penal a essa faixa etária.

Assim é que, a par da criminalização das condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes de modo geral, novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes.

Após reformas penais de menor grandeza (como a da Lei n. 10.764/03, que alterou o art. 241 do ECA, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de menores em cenas de sexo explícito), veio à tona a Lei n. 11.829/08, que, conforme enunciado em sua ementa, altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Outra importantíssima alteração legislativa a destacar, ocorrida no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/09, baniu – e aqui reside a questão versada neste recurso – a possibilidade de relativizar a presunção de violência do antigo artigo 224 do CPB, ao inovar, em técnica legislativa, o tratamento

Superior Tribunal de Justiça

jurídico-penal dos “crimes contra os costumes”, que passaram a se denominar “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo-se, no que interessa por ora, como “estupro de vulnerável”, na letra do art. 217-A, a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Registre-se, por derradeiro, a recente edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/90, para **classificar como hediondo** o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Esse lento, porém constante, **progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente** não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil:

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

ARTIGO 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Constituição da República

Art. 227. 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 toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

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

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalentar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

Não. A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta.

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. **O tema é essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado.** A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária.

Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada (art. 224, “a”, do CPB). É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais.

Superior Tribunal de Justiça

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade.

A esse respeito, creio oportuno trazer à colação, entre tantos arestos sobre o tema, o da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP**, referido linhas atrás, da relatoria do Ministro **Felix Fischer**, de cujo voto extraem-se importantes ponderações:

[...] **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 da 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 inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, **justamente pela evolução dos costumes, não se comprehende 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 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 vitima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas

Superior Tribunal de Justiça

como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna.

Ao impor um **dever geral de abstenção** (cfr. João Mestieri) **da prática de atos sexuais com menores** (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual.” (**Embargos de divergência desprovidos**.

(EREsp. n. 762.044/SP, rel. Ministro Nilson Naves, rel. para o acórdão Ministro **Felix Fischer**, 3^a S., DJe 14/4/2010).

A esse “dever de abstenção”, de que já falava Manzini no início do século XX, contrapunha Nelson Hungria, comentando o art. 224 do Código Penal, outra explicação para a validade da presunção positivada nesse preceito penal. Dizia que “a indução de violência, na espécie, fundou-se no argumento [...] segundo o qual *qui velle no potuit, ergo noluit*. Quem não podia consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissintiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento”.

Reconhecendo que “fora do ponto de vista jurídico não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir”, Hungria conclui – sem embargo de mais adiante coonestar o caráter relativo da presunção – que “o estado de **indiferença** ou a ausência de consentimento **válido** podem ser assimilados à **falta de consentimento válido**, justificando a **presunção** de violência.” (HUNGRIA, Nelson; CORTES DE LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno C. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 226. Destaques no original).

É, no entanto, em voto ora parcialmente transscrito, proferido quando oficiou como juiz do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal, que Nelson Hungria (op. cit., p. 188-194) externa ácida reprovação ao posicionamento de seus pares, acerca de situação submetida a julgamento, versando o crime de sedução de menores. Confira-se:

Recusei o fundamento do acórdão, que, nos termos em que está

Superior Tribunal de Justiça

concebido, representará, em que pese seu ilustre relator, um caso típico de **jurisprudência aberrante**. Para forçar uma conclusão ao jeito de uma praxe indefensável, deslocou-se o problema para o terreno de um naturalismo ultrapassado e já arquivado no museu jurídico. Fez-se tábula rasa da moral positiva, que é a ciência do útil social. Mais um pouco de coragem, e o nobre relator do acórdão teria proclamado o **amor livre**, o hedonístico desenfreio do instinto sexual. Do princípio ao fim, é o acórdão uma série de equívocos. Perdendo de vista o sentido profundamente ético-social da ordem jurídica, não vacila em admitir a prevalência da **animalidade**, que é a força bruta, contra o direito, que é norma de cultura e condição específica da vida em sociedade. Eis a tese central do acórdão: a conjunção carnal é um ato natural e, portanto, não há proibi-la, a pretexto algum, se realizada entre pessoas fisiologicamente idôneas e livremente ajustadas. A **própria virgem adolescente, que *sponte sua*, ou por exclusivo impulso de sexualidade exaltada, se entrega, para o ato genésico, ao sátiro impudente e gozador, não pode ter a proteção penal**. Não o exige o interesse social, não o reclama a ordem jurídica. É o que diz o acórdão com todas as letras. [...]

II.3. Improriedade da relativização do consentimento do menor

Feitas todas essas considerações, entretanto, entendo que a discussão quanto à relativização do consentimento do menor de 14 anos encontra-se hoje superada com o advento da Lei n. 12.015/2009 que introduziu o art. 217-A ao Código Penal, assim redigido:

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.

§ 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.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Superior Tribunal de Justiça

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Embora parte da doutrina sustente o entendimento de que ainda se mantém a discussão, agora sob nova roupagem, sobre *vulnerabilidade absoluta* e *vulnerabilidade relativa* – outorgando ao juiz, diante do caso concreto, verificar "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" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública, 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100) – não vejo como prevalecer tal posicionamento.

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo "estupro de vulnerável". Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.

Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso:

1 - Com menor de 14 anos;

2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato;

3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo –, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.

A propósito, reporto-me a Rogério Greco:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se

Superior Tribunal de Justiça

convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. **Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.**

[...].

O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*.

[...].

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. **Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima.** Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de *estupro de vulnerável*. (*Curso de Direito Penal*, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534, negrito).

Acentua Luiz REGIS PRADO que "as previsões legais *ex novo* têm em vista vítimas específicas – pessoas vulneráveis – que são os menores de 14 (catorze) anos e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Com acerto, **o legislador atual elimina a figura da presunção e cria em seu lugar tipos penais autônomos**" (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2: parte especial, arts. 121 a 249, 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 846).

Nesse sentido se alinha a jurisprudência da 5^a e 6^a Turmas desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. MATÉRIA DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Manifesta a vulneração ao art. 217-A do Código Penal, por quanto a absolvição do aggravante, no que concerne ao estupro de vulnerável, se embasou apenas no consentimento da menor e não na ausência de provas da ocorrência da relação sexual, cuidando-se, portanto, de matéria unicamente de direito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no AREsp. n. 191.197/MS, rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), 5^a T., DJe 19/12/2014, destaquei).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. [...].

2. 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.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp. 1.435.416/SC, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 3/11/2014, destaquei).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, § 1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL

Superior Tribunal de Justiça

DENOMINADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE.

1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, *in casu*, porquanto suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp. n. 1.418.859/GO, rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6^a T., DJe 10/4/2014,).

Na espécie, destaque-se que o recorrido, para "obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima" (fl. 111). Além disso, **possuía conhecimento pleno acerca da idade da ofendida**, bem como da ilicitude de sua conduta, na medida em que é incontrovertido que as relações sexuais com a infante começaram quando esta tinha apenas 11 anos de vida (fl. 110) e que chegou a ser alertado, em depoimento de testemunha referido na sentença condenatória, de que "namorar com menor poderia dar problemas." **Refuto, também por essas considerações destacadas na sentença, a tese de erro de tipo** – por desconhecimento da idade da vítima –, trazida nas contrarrazões ao recurso especial. Essa afirmação não condiz com a insistência acerca das intenções do réu de estabelecer relacionamento estável e duradouro, pois, obviamente, conhecia a ofendida e sua idade não seria dado ignorado.

II.4. Inaplicabilidade do princípio da adequação social

A Defensoria Pública, em sua manifestação de fls. 339-360, **invoca o princípio da adequação social para justificar (e despenalizar) a conduta do réu**. Para tanto, lembra que "a mãe da vítima casou-se com 13 anos, conforme anotado no Acórdão ora vergastado" (fl. 355). Nesse sentido, ressalta que "na comunidade em que Recorrido e a menor estão inseridos, a relação sexual praticada com menores de 14 anos é aceita, desde que o propósito seja o de constituir matrimônio" (fl. 355). Destaca, por fim, que houve pedido de

Superior Tribunal de Justiça

soltura do acusado, assinado pela população do povoado, o que deixou claro "seu papel de homem trabalhador, sério e interessado em constituir família" (fl. 355), que servia como abonador de suas práticas sexuais com a menor.

No escólio de Francisco de ASSIS TOLEDO, "... A adequação social exclui desde logo a conduta em exame no âmbito da incidência do tipo situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos" (*Princípios básicos do direito penal*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, página 120)

Assim também pontuam NILO BATISTA e Maurício RIBEIRO LOPES, *verbis*:

Como ensina Roxin, "só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos". A conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, 3ª ed., p. 91).

A teoria da adequação social formulada por Welzel surgiu como um princípio geral de interpretação e compreensão dos tipos penais. **Não são consideradas típicas aquelas "condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social, histórico, normal da vida porque são socialmente adequadas"** (...) A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social (RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio *Princípio da insignificância no direito penal*, São Paulo: RT, p. 117)

Superior Tribunal de Justiça

Ora, a conduta imputada ao recorrente não é apenas imoral e muito menos é aceita como algo dentro da "normalidade social", a não ser que admitamos que o Direito Penal deva adaptar-se a tantos quantos forem os costumes e a moral de cada uma das microrregiões desse imenso país, o que, a par do *nonsense* jurídico que subjaz à ideia, consubstanciaria verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas.

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – o qual, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.

Com efeito, a aclamada **aceitação do relacionamento**, por parte da comunidade em que vivem os envolvidos, **desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional** (art. 227 da CF), bem como na **Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º)**.

Em uma palavra, a relatada anuência a esse convívio amoroso (e sexual), por parte das pessoas próximas ao acusado e à vítima, não legitima o ilícito penal em questão, sendo totalmente desimportante, para fins penais, o fato de a mãe da vítima (ou qualquer outra pessoa de seu povoado) ter contraído matrimônio aos 13 anos de idade (ou menos).

A tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista – ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, como a descrita nos autos – segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas.

Superior Tribunal de Justiça

A tradição, neste caso, não deve servir para abrandar a conduta ilícita do réu, pois à criança são assegurados, nos níveis constitucional e infraconstitucional, direitos inerentes à condição de infante e a ela não podem ser impostas obrigações típicas de um adulto. É de conhecimento geral que meninas que se casam em tenra idade – ainda que por opção e consentimento –, são impedidas (também pelos costumes, ou pela própria realidade) de estudar e exercer atividades infantis, para poder gerar filhos e cuidar da pesada carga de afazeres domésticos.

Nesse sentido, oportunas são as considerações de João JOSÉ LEAL e Rodrigo JOSÉ LEAL, em *Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado* (Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 32, out-nov/2009, p. 65-66):

[...] Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode-se dizer que a incriminação da conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida. Parece-nos que **o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a ideia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser penalmente garantida contra qualquer ato de natureza sexual.**

Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece-nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade - no caso, uma criança ainda - atenta contra os bons costumes ou, como diz a nova rubrica do Título VI do CP, "contra a dignidade sexual. Em consequência, a lei considera tal conduta sexual ou libidinosa como um ato sexual de evidente violência, que precisa ser reprimido de forma mais severa. O rigor penal se manifesta pela quantidade maior de pena legalmente cominada e, também, pela hermenêutica jurisprudencial, que admite o beijo na boca ou na genitália como ato capaz de configurar o crime de estupro (antes, de atentado violento ao pudor)¹⁷.

Superior Tribunal de Justiça

Entende o Direito Penal que, durante a infância, período de vida fixado até determinada idade, a criança encontra-se num processo de formação, seja no plano biológico, seja no plano psicológico e moral. Dessa forma, se o agente mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso com alguém menor de catorze anos, o bem jurídico penalmente protegido é considerado indisponível de pleno direito (Destaquei).

Pertinentes, a esse propósito, são as informações extraídas de documento publicado pelo Unicef (*Minimum age of sexual consent*) acerca da idade mínima para o consentimento sexual. O texto deixa claro que o objetivo de se estabelecer critério etário mínimo para incursão na vida sexual é a proteção de crianças e adolescentes de abusos e das consequências da atividade sexual prematura sobre seus direitos e desenvolvimento. Um dos pontos destacados é a gravidez antecipada de adolescentes, circunstância que determina o abandono das escolas pelas meninas. O documento assevera ainda:

[...]

As normas internacionais não indicam qual a idade mínima para consentimento sexual. O Comitê de CRC considerou 13 anos como "muito baixo". A idade deve, porém, evitar o excesso de criminalização dos comportamentos dos adolescentes e impedir o acesso aos serviços. Assim, deve respeitar a capacidade de desenvolvimento da criança e não ser estabelecida em patamar muito elevado. Também deve ser considerado como critério a diferença de idade entre os parceiros envolvidos, como uma indicação do equilíbrio de poder entre eles, para tratar os casos em que dois adolescentes menores de idade estão envolvidos.

Em toda a região, a esmagadora maioria dos países estabeleceu a idade mínima para consentimento sexual entre 14 e 16 anos. No entanto, alguns países fixam uma idade inferior a 14 anos ou acima de 16 anos.

Em vários países, a legislação discriminatória persiste, com base em gênero e orientação sexual (Tradução livre do texto encontrado em http://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm, acesso em 21/8/2015).

Superior Tribunal de Justiça

Ao concluir, acentuam-se os riscos à saúde a que estão submetidas crianças e adolescentes que cedo ingressam na vida sexual, particularmente porque, dada a falta de informações, estão mais vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis. Por fim, deixa claro que **o estabelecimento de idade mínima para que a adolescente possa livremente consentir ao ato sexual é algo presente na generalidade dos países da América Latina.** Confira-se:

Quatro países da região estabeleceram a idade mínima para o consentimento sexual abaixo de 14 anos. São eles Argentina, Costa Rica, México e Uruguai. Outros dez estabeleceram essa idade em 14 anos. A maioria dos países do Caribe definiram a idade mínima em 16 anos. Na República Dominicana e no Equador, a idade é fixada em 18 – que pode ser considerada particularmente elevada, tendo em vista que naquele país, por exemplo, os dados indicam que 28,4 por cento dos adolescentes são mães com a idade de 18 anos e as meninas podem se casar aos 15 anos de idade, com o consentimento dos pais (Tradução livre).

II.5. Alinhamento do direito pátrio a outros diplomas penais

O exame da legislação de países centrais reforça a ideia de que é universal a preocupação de conferir plena proteção penal a crianças e adolescentes ainda não totalmente amadurecidos psíquica, física e emocionalmente.

Superior Tribunal de Justiça

Nos Estados Unidos, a quase totalidade dos estados federados possui legislação proibindo e punindo o sexo consentido com pessoa abaixo de certa idade. Sob variada denominação (*statutory rape, sexual assault, unlawful sexual intercourse, rape of a child, corruption of a minor, carnal knowledge of a minor* etc), alguns estados punem com maior rigor o agente que mantém relações sexuais com adolescente quando a diferença de idade é significativa. Delaware, por exemplo, pune com pena maior quem é 10 ou mais anos mais velho do que a adolescente. Na Geórgia a pena chega a 10 anos de prisão quando o agente é maior de 21 anos. A Flórida aprovou uma lei – lá chamada *Romeo and Juliet Law* – temperando o rigor punitivo quando o adulto não possui grande diferença de idade em relação à adolescente. (Cf. State Legislators' HANDBOOK for Statutory Rape Issues. Noy S. Davis and Jennifer Twombly. American Bar Association. Center on Children and the Law. Disponível em: <<http://ojp.gov/ovc/publications/infores/statutoryrape/handbook/statrape.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015. Para um estudo comparativo entre todos os estados, com as respectivas penas para o crime de *statutory rape*, consultar a tabela disponível em: <<http://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003<R-0376.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2015).

Na Itália, para citar um país com tradição jurídica similar à nossa, pune-se com pena entre 5 e 10 anos de reclusão quem mantém relações sexuais com pessoa, que no momento do fato: 1) não completou 14 anos ou 2) não completou 16 anos, na hipótese de ser o réu ascendente, genitor, inclusive adotivo, padrasto, tutor ou outra pessoa com quem o menor tenha relação de cuidado, educação, instrução, vigilância ou custódia (*art. 609-quater, Codice Penale Italiano*).

A compreensão essencial extraída dessas leituras é, portanto, a de que **praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente – e, mais ainda, com uma criança** – e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional.

A propósito, enfatizo uma vez mais que **o ora recorrido, que nasceu em 25/4/1985 (certidão de nascimento à fl. 32), já era maior de 21 anos quando iniciou o relacionamento amoroso com a ofendida (nascida em 14/4/1997 – certidão de nascimento à fl. 12), então com 8 anos de idade (sentença fl. 111).**

Superior Tribunal de Justiça

III. Dispositivo

À vista de todo o exposto, e por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal e, nos aspectos assinalados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de fls. 109-114, proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI.**

IV. Tese assentada

Por se cuidar de julgamento de Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C), proponho a seguinte tese, a derivar das conclusões extraídas deste julgamento:

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.