

TEMA:

DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA, SOB ALENTE DO CRITÉRIO ETÁRIO, NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

Superior Tribunal de Justiça

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 (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). (...) 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". **Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.** 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. **6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.** 7. A modernidade,

a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.**

Trecho do voto condutor: No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com "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. (...) **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 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. (...) **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 conjugação 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 conjugação carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.**

(STJ - REsp 1.480.881/PI - Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ - **TERCEIRA SEÇÃO** - j. 26.08.2015) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6387**).

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPLICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades**

que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ. 2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. **Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.** 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. **Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.** (...) 6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7. Destaco, ainda, conforme recentemente firmado pela Quinta Turma, que **não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana".** A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. (REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). 8. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. (...) **No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.** (...) 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

Trecho do voto condutor: De pronto, reitero que **não há se falar em presunção de violência para tipificação do crime do art. 217-**

A do Código Penal. Com efeito, referido conceito constava do art. 224 do Código Penal, o qual foi revogado pela Lei n. 12.015/2009, e, à época da sua vigência, **prevalecia se tratar de presunção absoluta.** Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. **Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Contudo, diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.** (...) Como é de conhecimento, o conceito analítico de crime, segundo a teoria tripartite, é constituído pelo fato típico, antijurídico e culpável; o conceito formal diz respeito à conduta típica descrita no preceito incriminador; **já o conceito material se refere à efetiva violação ao bem jurídico tutelado.** (...) Nessa linha de inteligência, um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, **não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado.** De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a **efetiva constituição de núcleo familiar.** (...) Nesse encadeamento de ideias, considero que **a tese firmada no Recurso Especial n. 1.480.881/PI não se aplica à hipótese dos presentes autos, haja vista as particularidades trazidas, em especial a constituição de núcleo familiar, que retiram a tipicidade material da conduta.**

(STJ – AgRg no REsp 1.919.722/SP – Rel. Min. REINALDO SOARES DA FONSECA – QUINTA TURMA – j. 17.08.2021) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6388).

Supremo Tribunal Federal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. **ESTUPRO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.** ART. 213 C/C ART. 224, A, DO CP, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009. **VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 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.

(STF – RHC 97.664 AgR/DF – Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – SEGUNDA TURMA – j. 08.10.2013) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6389).

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, “A”). **PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO. **1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos**

é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10). 2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações. (...) 5. De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, **não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter.** 6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar.

(STF – HC 109.206/RS – Min. Rel. LUIZ FUX – PRIMEIRA TURMA – j. 18.10.2011) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6390).

Tribunal De Justiça

Ementa: Apelação Criminal. **Estupro de vulnerável. Sentença absolutória, fundada na atipicidade da conduta, verificados elementos de distinção entre o caso concreto e o enunciado da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, assim como da tese firmada por aquele Tribunal Superior no tema nº 918 da sistemática de recursos repetitivos (RE nº 1480881/PI).** Recurso ministerial almejando a reforma, para que o réu seja condenado nos termos da denúncia. Inviabilidade de provimento do apelo do Parquet, com manifestação contrária inclusive da D. Procuradoria Geral de Justiça. **Entendimentos sumulados e precedentes de caráter vinculante que, no intuito de uniformizar a jurisprudência, não podem se desviar da análise de elementos distintivos dos chamados “hard cases”, casos em que particularidades da situação concreta possam indicar que a aplicação literal da lei ou de precedentes possam representar situação de inegável injustiça, desproporcionalidade ou ofensa a princípios constitucionais.** Acerto da sentença recorrida, de exímia fundamentação, em reconhecer a distinção, ou “distinguishing”, no caso sob apreço, afastando os entendimentos acima referidos para reconhecer a atipicidade da conduta e a ausência de relevância criminal. Réu, de vinte e dois anos, e vítima adolescente, de treze, que mantiveram e continuam a manter relacionamento de caráter sexual e afetivo com início aos treze anos de idade da vítima, com ciência e anuência da mãe da ofendida. Casal que depois passou a morar junto, primeiro com o genitor do acusado e, depois, por eles próprios, em relacionamento apoiado pelos familiares que já perdura cerca de três anos, indicativo de formação de núcleo familiar. Persecução penal oriunda de mera eventualidade, não decorrente de denúncia da pessoa vitimada ou de familiares. Confissão formal do réu durante o inquérito e em juízo, confirmada pelos relatos da vítima, na fase inquisitiva e na instrução - em depoimento especial -, em relatos seguros de integral consensualidade dos atos praticados e do relacionamento mantido. Relato da vítima e de sua mãe de precocidade sexual que autorizam essa contextualização. **Relativização da presunção à**

incapacidade de consentir. Ausência de efetiva violação ao bem jurídico protegido. Imposição de pena, na hipótese, que se revelaria absolutamente desproporcional à gravidade real dos fatos, tanto mais ante a forma delitiva continuada descrita na denúncia. Réu primário que não apresenta risco à sociedade ou à vítima, com quem continua a se relacionar, confrontado com potencial pena entre nove anos e quatro meses e treze anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, por relações sexuais que a prova indicou – de forma uníssonas, sem qualquer elemento divergente – terem sido queridas pela vítima. **Ausência absoluta de utilidade na imposição de pena, in casu, tanto mais na forma e quantidade previstas em lei.** “Distinguishing” reafirmado, destacada a excepcionalidade do caso, com adoção de precedentes distintivos do próprio Superior Tribunal de Justiça pela manutenção da absolvição em casos limítrofes assemelhados. Desprovisionamento do apelo ministerial.

(TJSP – Apelação Criminal n. 1502161-98.2019.8.26.0047 – Rel. Des. FREIRE TEOTÔNIO – 14ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 27.05.2022) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6391**).

Ementa: APELAÇÃO. Estupro de vulnerável. Recurso ministerial. Réu que foi absolvido pelo d. juízo a quo. Pleito de condenação do acusado nos termos exatos propostos na inicial acusatória. Inviabilidade. **Necessidade de se admitir, excepcionalmente, a relativização da presunção de vulnerabilidade da ofendida, menor de 14 anos, em virtude das singularidades do caso concreto.** Reconhecimento da validade de seu consentimento. Ato sexual praticado em meio a relacionamento de namoro, que se mantém e do qual decorreu o nascimento de um filho. Réu assumiu a paternidade do filho e contribuiu para seu sustento. **Ponderação no sentido de que a aplicação de pena afastaria o acusado do convívio familiar e não interessaria à própria ofendida. Prevalência da proteção à entidade familiar. Atipicidade da conduta. Precedentes do E. STJ.** Sentença absolutória mantida. Negado provimento ao recurso.

(TJSP – Apelação Criminal n. 1500214-63.2021.8.26.0168 – Rel. Des. LEME GARCIA – 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 15.02.2022) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6392**).

Ementa: Estupro de vulnerável – absolvição – recurso do MP – decisão mantida – vítima de 13 anos e réu com 19 anos – namoro conhecido e consentido pela mãe da garota – relações sexuais consentidas – gravidez da ofendida – **assunção da paternidade e responsabilidades pelo acusado – planos de casamento e de criação conjunta da criança** – despropósito da condenação – **prejuízos social e individual na punição – bebê que seria vitimizado pela ausência do pai** – plausibilidade do alegado desconhecimento da ilicitude da conduta – arts. 21 do CP e 386, VI, do CPP – **relativização do rigor formal da lei no caso concreto.**

(TJSP – Apelação Criminal n. 1500043-78.2019.8.26.0200 – Rel. Des. VICO MAÑAS – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 09.09.2020) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6393**).

Ementa: Apelação. Estupro de vulnerável. Art. 217-A, do CP. Absolvição sumária. **Atipicidade material da conduta.** Recurso do Ministério Público, pugnado pelo prosseguimento do feito. Impossibilidade. **Consentimento para a prática de relações**

sexuais. Excepcionalidade. **Constituição de família, formada pelo apelante, vítima e dois filhos comuns.** Decisão de primeiro grau mantida, pois bem fundamentada. Recurso não provido.

(TJSP – Apelação Criminal n. 0011172-11.2011.8.26.0597 – Rel. Des. REINALDO CINTRA – 7ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 16.03.2022) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6394**).

Nosso comentário: O preceito penal incriminador relativo à hipótese típica de estupro de vulnerável, em sua atual conformação, não traz a descrição de qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Diante dessa previsão legal, a jurisprudência majoritária do STJ tem se orientado pela máxima proteção da criança e do adolescente, de forma a considerar irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou mesmo a existência de relacionamento amoroso com o agente, bastando para a configuração típica que haja conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos – entendimento que restou materializado no enunciado sumular 593, do STJ. No *leading case* em que se ancorou tal posicionamento, foi salientado que, em arrimo argumentativo, o tipo penal do art. 217-A, do CP, não traz em sua elementar a expressão “vulnerável”, mas apenas, ao revés, delinea três situações – entre as quais, o critério etário – em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade (REsp 1.480.881/PI). Nessa mesma toada segue o STF, para quem a violação do dito critério etário se traduz em presunção de violência em caráter absoluto (RHC 97.664 AgR/DF). No entanto, como um imperativo da responsabilização penal subjetiva, o STJ, em recente julgado (AgRg no REsp 1.919.722/SP), ponderou não haver presunção absoluta de violência na tipificação do crime previsto pelo art. 217-A, do CP, porquanto as particularidades do caso concreto reclamam por uma análise não apenas formal, como especialmente material, sobretudo pelo prisma da efetiva vulneração do bem jurídico. Assim, nos denominados *hard cases*, o STJ admite a incidência da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo – a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ) – para realizar o citado exame de tipicidade material, sendo que o referido entendimento tem reverberado no TJSP, possibilitando a remediação da vitimização secundária decorrente da quebra da entidade familiar (hipótese mais comum de *distinguishing*).

Compilação e curadoria científica de:
**Anderson Bezerra Lopes e
Eliakin Tatsuo Yokosawa Pires dos Santos**