



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR LUIZ SILVIO RAMALHO JÚNIOR

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL – Processo nº 0001677-13.2012.815.0241

RELATOR : Desembargador Luiz Silvio Ramalho Junior

APELANTE : Wilio Gellus da Silva

DEFENSOR : Inácio Justimo Maracajá

APELADO : Justiça Pública Estadual

PENAL. Apelação criminal. Dos crimes contra a liberdade sexual. Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade relativa. Menor de catorze anos. Plena consciência acerca da sua sexualidade. Iniciação precoce da vida sexual. Direito de liberdade da menor. Dignidade da pessoa humana. Princípio fundamental constitucional. Inexistência de constrangimento, sedução ou corrupção da menor. Atipicidade da conduta. Absolvição. Provimento.

_ O crime previsto no art. 217_A do CP, pune qualquer pessoa que mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Acontece que se deve aferir a vulnerabilidade do menor, não se podendo considerá-la absoluta, sobretudo, nas hipóteses de que a vítima menor de catorze anos, por livre e espontânea vontade, sem a incidência de qualquer constrangimento, corrupção ou sedução, resolve iniciar sua vida sexual precocemente.

_ A liberdade de dispor do seu próprio corpo é um direito que lhe é garantido constitucionalmente, e limitá-lo afronta o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º.III, do CP).

_ Dessa forma, verificando a ausência da vulnerabilidade, que é elementar do crime de estupro de vulnerável, deve-se considerar o fato atípico e, por consequência, absolver o réu.

_ Provimento.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS estes autos, em que são partes as acima identificadas.

ACORDA a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em dar provimento à apelação, para absolver o apelante, e, determinar que seja posto em liberdade imediatamente, se por outro motivo não estiver preso, nos termos do voto do relator e em harmonia com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por **Wílio Gellus da Silva**, que tem por escopo impugnar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Monteiro, que o condenou à pena de 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente no regime fechado, por infringir o artigo 217-A, do Código Penal¹ (sentença fs. 78/83).

Infere-se da denúncia, que no dia 04/07/2012, por volta das 21h00min, o acusado manteve conjunção carnal com a vítima **Fabiana da Silva**, menor de quatorze anos à época do crime.

Narrou a denúncia que a genitora da menor procurou a Polícia Militar para informar que sua filha estaria na residência do acusado consumindo bebida alcoólica, e que os policiais juntamente com os Conselheiros Tutelares ao chegarem na residência do acusado encontraram-no despido, bem como a menor **Fabiana**, que estava nua dentro do quarto.

Contou que o acusado negou ter mantido relação sexual com a vítima naquele dia mas confessou que havia se relacionado sexualmente com ela na semana passada.

Em suas razões, alega, inicialmente, que é réu primário e possui bons antecedentes e que nunca praticou ato contrário aos costumes da sociedade.

Aduz que a vítima já havia mantido relações sexuais antes de conviver com o acusado e que os atos sexuais ocorridos entre os dois foram consentidos por ela.

¹Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

AC. 0612-97 (Art. 217_A estupro de vulnerável)_05.doc

Afirma que nunca agrediu a vítima e tal fato foi confirmado por ela, asseverando, ainda, que a vítima não incrimina o réu.

Sustenta que não houve o crime de estupro, pois as relações sexuais mantidas foram consentidas, e, apesar de se tratar de menor de quatorze anos, a vítima “*sabia perfeitamente o ato que estava praticando*”.

Elucida que a prova colhida não permite afirmar que houve o crime de estupro de vulnerável, e que inexistem elementos caracterizadores do crime.

Insurge-se contra a figura típica penal do art. 217-A ao explicar que o tipo não faz referência à violência ou grave ameaça, mas apenas a condição particular da vítima, “*parecendo ser um crime de leitura fechada*”.

Sugere que a proibição de se relacionar com menor de quatorze anos, cria conflito com o direito que a própria menor tem de viver sua liberdade sexual, e esclarece que o Direito Penal tem como escopo proteger os bens jurídicos relevantes e garantir as liberdades individuais e coletivas, mas não pode o legislador suprimir a liberdade de alguém a pretexto de querer protegê-la.

Discorre que a vítima, à época dos fatos era maior de doze anos, já considerada adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com perfeita formação das gônadas sexuais e que possui relevante grau de entendimento, ainda que adolescente, e que se sentia bem ao seu lado, tanto que ia procurá-lo, o qual mantinham um relacionamento estável.

Requer o provimento da apelação para que lhe seja concedido a absolvição do crime de estupro, em virtude de não ter sido demonstrada a tipicidade do crime (fs. 92/104).

Requer o provimento da apelação para que seja absolvido, e, caso seja mantida a condenação, que seja diminuída a pena (fs. 138/145).

Contrarrazões às fs. 106/109.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (fs. 113/118).

É o relatório.

_ V O T O _ Desembargador Luiz Silvio Ramalho Junior (Relator)

1. TEMPESTIVIDADE:

AC. 0612-97 (Art. 217_A estupro de vulnerável)_05.doc

O recurso é tempestivo. O réu foi intimado em 17/04/2013 (f. 84), e a apelação foi interposta em 22/04/2014 (f. 86), portanto, no prazo legal de cinco dias.

1. MÉRITO.

O recurso deve ser provido.

Com efeito, o art. 217-A do CP, pune com pena de reclusão de oito a quinze anos, aquele que manter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de acordo com a redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009.

Infere-se que, pela literalidade do texto da lei, qualquer pessoa que mantiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de catorze anos cometerá o crime de estupro de vulnerável, sem que importe a anuência ou não da menor.

Vê-se que não há que se falar em presunção ou não de violência, pois essa expressão ficou ultrapassada, em virtude da lei passar a considerar a **vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos de idade**.

Entendeu o legislador que o menor de catorze anos não é apto para discernir sobre a prática de ato sexual, e resolveu punir, como crime, na figura do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), o indivíduo que se relacionar sexualmente com menor de catorze anos de idade. Destarte, o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual do menor de catorze anos que tenha dificuldade em discernir a prática de ato sexual.

Acontece que, *in casu*, a vítima tinha plena condições de discernir a respeito da prática sexual, pois, em nenhum momento, afirmou que foi constrangida ou ludibriada pelo acusado para manter relações sexuais com ela, ao contrário, contou que antes do recorrente, já havia se relacionado sexualmente com mais dois homens, e que viveu maritalmente com o apelante pelo período de 4 (quatro) meses, e que mesmo separada dele, continuou a se encontrar toda noite com ele. Eis o que disse perante a autoridade judicial:

“QUE conheceu o acusado acerca de seis meses. QUE passou a namorar com o acusado. QUE inicialmente a depoente passou a arrumar a casa do acusado, até que este perguntou quando ela iria trazer suas roupas. QUE depois daquela a depoente foi em casa, pegou suas roupas e passou a viver maritalmente com o acusado. QUE a depoente tem 12 anos. QUE a mesma já havia mantido relações sexuais com outra pessoa antes de viver com o acusado. QUE a depoente chegou a se separar do acusado e sempre voltava o relacionamento. QUE com a chegada da polícia a depoente estava tomando banho com o acusado. QUE as relações sexuais mantidas com o acusado sempre foram consentidas pela

depoente. QUE nunca foi agredida fisicamente pelo acusado. QUE no dia do fato não havia ingerido bebida alcoólica. QUE a mãe da depoente tinha conhecimento do relacionamento entre o casal, inclusive consentia. (...) QUE a depoente quem sempre procurava o acusado, mesmo sem o consentimento da genitora. (...) f. 57

A mesma história foi contada pelo apelante durante o seu interrogatório prestado em juízo. Vejamos:

“QUE o depoente conviveu maritalmente com a menor por cerca de 04 (quatro) meses. QUE a mesma morava na residência do depoente. QUE a genitora da menor tinha ciência do relacionamento do casal, inclusive tinha dado autorização para que a menor fosse residir em sua casa. QUE a vítima tinha falado para o depoente que tinha 13 anos de idade. QUE a vítima não fazia uso de drogas quando vivia com o depoente. QUE no dia do fato o depoente já estava ingerindo bebida alcoólica quando da chegada da menor. QUE a vítima não chegou a beber com o depoente. (f. 62)

Infere-se que a mãe da menor também afirmou que a sua filha viveu maritalmente com o apelante e era a vítima quem “*normalmente o procurava*”, tendo informado ainda que a menor era usuária de drogas. Eis o que disse:

“QUE a depoente tinha conhecimento do relacionamento do acusado com a vítima e era sempre a vítima quem normalmente procurava o acusado. QUE no dia do fato a sobrinha da depoente informou que tinha visto Fabiana na casa do acusado e que esta havia saído do comércio de Nenem levado para casa um refrigerante e uma latinha de chachaça. QUE Fabiana já morava com o acusado. QUE a menor tem 12 anos de idade e convivia maritalmente com o acusado por cerca de seis meses. QUE a menor fez uso de drogas e certa vez havia entrado na residência do Senhor e, por conta disso, o referido cidadão acabou preso. QUE a depoente já deu conselhos para que sua filha se afastasse de Wilio. QUE a depoente já havia procurado o Conselho Tutelar acerca do fato. (f. 56) (grifo nosso)

Ora, percebe-se que a menor, apesar da pouca idade, iniciou cedo a sua vida sexual, antes de conhecer o apelante, pois a vítima afirmou que antes dele já havia mantido relações sexuais com mais dois homens, além do fato, conforme dito pela sua genitora de que a vítima era quem procurava o recorrente. Dessa forma, percebe-se a ausência da elementar do crime que é a **vulnerabilidade**, já que não há dúvidas de que a menor tinha plena consciência do ato que estava praticando e o fez, por diversas vezes, por ato voluntário, porque mantinha um relacionamento amoroso com o apelante, sem que tenha sido submetida a qualquer constrangimento ou promessa de ganhar presente ou dinheiro para se relacionar sexualmente com o réu, ora recorrente.

Vislumbra-se, pois, que não há a figura do estupro de vulnerável. Sabe-se que um dos intuitos do art. 217_A é evitar a exploração sexual infantil, mais especificamente, a prostituição infantil, e, o caso em apreço passa longe disso, porquanto a menor não foi seduzida, nem corrompida pelo apelante. Ela já tinha experiência sexual. Como dito pela própria vítima, eles conviveram maritalmente. Portanto, punir o apelante por manter um romance com a vítima que tinha plena consciência do ato sexual que **livremente** queria praticar com o recorrente é invadir a intimidade dos dois, tanto da vítima quanto do apelante.

Não se pode admitir que a lei restrinja o direito da menor, como na questão *sub judice*, de escolher o momento da sua iniciação sexual, já que possui o direito de dispor do seu próprio corpo. Repita-se que, particularmente nesse caso, não houve crime, ainda que seja menor de catorze anos, e, entender de modo contrário, afronta o princípio da dignidade da menor (art. 1º, III, CF/88), que optou em iniciar precocemente sua vida ativa sexual, pois é cediço que, nos dias atuais, infelizmente, tem-se tornado comum o começo da atividade sexual dos jovens, fato que não pode ser olvidado pelos operadores do direito.

Dessa forma, não tem sentido punir o apelante porque se relacionou sexualmente com alguém, no caso menor de catorze anos de idade, em virtude da lei, objetivamente, taxá-la de vulnerável em razão da faixa etária, porquanto, conforme explanado, na presente hipótese analisada, a menor não possui a vulnerabilidade prevista na lei.

Destarte, o legislador brasileiro ao subsumir a figura típica do art. 217-A ao limite etário, não acompanhou a evolução da sociedade no cenário sexual.

Vê-se que, a presunção da violência inserta no contexto da vulnerabilidade, quanto ao aspecto puramente etário, deve ser relativa, se coadunando com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça², que admitia a relatividade da presunção da violência prevista no art. 224 do CP, que foi revogado pela Lei n. 12.015/2009, pois, caso contrário, ao admitir a presunção da violência de forma absoluta, estar-se-ia diante de produção legislativa totalmente desconforme e desproporcional à realidade vigente, já que a facilidade excessiva de acesso dos adolescentes a programas

²PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A", DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. **A violência presumida prevista no revogado artigo 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado.** 2. Embargos de divergência acolhidos. ((STJ - EREsp 1021634 / SP EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2011/0099313-2 Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 23/11/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 23/03/2012). AC. 0612-97 (Art. 217_A estupro de vulnerável)_05.doc

televisivos com essa temática e também à internet possui o condão de conferir a tais indivíduos plena compreensão do ato sexual e de outras questões a ele atinentes, sendo, ademais, possível a obtenção por eles, mesmo no âmbito escolar, de orientação nesse sentido.

Dessa forma, deve-se considerar vulnerável e, portanto, aplicar-se o art. 217_A do CP, aquele menor que realmente se mostrar impossibilitado de externar o seu consentimento racional, seguro e pleno. Ora, não há dúvidas de que um adolescente da nossa época já possui capacidade intelectual para compreender a seriedade do ato sexual, podendo, por conseguinte, externar sua opinião e desejo ao se deparar com tal situação.

A respeito, Guilherme de Souza Nucci³, acertadamente, assevera que:

“(…) agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar a relativa vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá jamais modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.”

Deste modo, punir o apelante porque se relacionou com a vítima que tinha plena consciência e livre vontade de se relacionar sexualmente é, na verdade, injusto e invasivo quanto à privacidade e intimidade de ambos, seja da vida íntima da vítima ou do apelante.

Acerca do assunto, trago à baila a opinião do Juiz de Direito Rodrigo da Silva Perez Araújo⁴. Leia-se:

“(…) O panorama acima retratado é verificado de forma mais corriqueira nas regiões Norte e Nordeste do nosso País, sobretudo nas localidades mais carentes e afastadas dos grandes centros, em que muitos adolescentes, com idades inferiores a catorze anos, por se tornarem pais muitos jovens acabam por vivenciar verdadeiras uniões estáveis, assumindo, assim, compromissos e afazeres de adultos. Nesse contexto, fechar os olhos para essa realidade seria o mesmo que tornar criminosos

³NUCCI, Guilherme de Sousa. Crimes contra a dignidade sexual. 3ª ed. Rev, atual, e ampliada. Editora: Revista dos Tribunais.

⁴<http://jus.com.br/artigos/21594/o-estupro-de-vulneravel-e-sua-aplicabilidade-e-interpretacao-a-luz-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente#ixzz3ANBe17NQ>

AC. 0612-97 (Art. 217_A estupro de vulnerável)_05.doc

muitos pais de família que por terem desposado suas mulheres ainda adolescentes, incidiriam, não obstante o dever conjugal de coabitação entre eles existente, de forma reiterada na figura típica do estupro, praticado em continuidade delitiva, até o alcance por sua esposa/convivente da idade catorze anos.

Contudo, vê-se que o STJ⁵ entende pela aplicação literal da lei (art. 217_A), condenando o indivíduo que se relaciona com menor de catorze anos, independente do seu consentimento e da sua prévia experiência sexual, entretanto, na hipótese em análise, e, por tudo que foi explicado, manter a condenação do apelante pelo crime de estupro, estar-se-ia cometendo uma grande injustiça. Porquanto não há crime em virtude da inexistência da **vulnerabilidade** da menor de catorze anos **Fabiana da Silva**, e a função do magistrado não é seguir a lei “ao pé da letra”, mas sentenciar buscando os verdadeiros interesses sociais, e considerando as profundas mudanças ocorridas, sobretudo, no tocante à descoberta da sexualidade.

Dessa forma, reconheço a atipicidade da conduta, não sendo a hipótese do estupro de vulnerável (art. 217_A, CP).

Ante o exposto, **dou provimento à apelação criminal**, para absolver Willio Gellus da Silva do crime previsto no art. 271_A do CP, e, determinar, nos termos do art. 386, parágrafo único, I, do CPP, que o apelante seja posto em liberdade, **imediatamente e, em caráter de urgência**, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador, **Arnóbio Alves Teodósio**, Presidente, em exercício, da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargador **Luiz Sílvio Ramalho Júnior**,

5RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP . ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal , denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código 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, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71 , ambos do Código Penal , e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1371163 DF 2013/0079677-4 (STJ) Data de publicação: 25/06/2013) AC. 0612-97 (Art. 217_A estupro de vulnerável)_05.doc

Relator, **Carlos Martins Beltrão Filho**, Revisor, e o Juiz de Direito, **Wolfram da Cunha Ramos** (convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador Joás de Brito Pereira Filho).

Presente à sessão o Procurador de Justiça, o Excelentíssimo Senhor Paulo Barbosa de Almeida.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 02 de dezembro de 2014.

Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior
RELATOR