RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.165 - MS (2021/0384671-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
R.P/ACÓRDÃO	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	G DOS A B
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DENÚNCIA REJEITADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECEBIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DOS PAIS DA MENOR. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO.

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação.

3. "Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade" (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021).

4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.

5. "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 e entidade familiar constitucionalmente protegida" (REsp n. 1.524.494/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando seguimento ao recurso especial, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz, e do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando-lhe provimento, sendo seguido pelo Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Laurita Vaz e e o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Laurita Vaz e o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 16 de maio de 2023 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator para acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.165 - MS (2021/0384671-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
RECORRENTE	:	G DOS A B
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu provimento ao recurso do Ministério Público, assim ementado:

> EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL MAJORADO – REFORMA DA DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO DENUNCIADO – VIABILIDADE – RECURSO PROVIDO.
> 1. Segundo expressa disposição legal (art. 217-A, § 5º, do CP), também consagrada em entendimento sumulado do STJ (súmula n.º 593), nos casos do art. 217-A do CP, é inadmissível a relativização da vulnerabilidade da vítima, sendo irrelevante o eventual consentimento desta para a configuração do crime. Assim, ressalvado meu entendimento pessoal sobre o tema, a orientação consagrada na Lei e majoritariamente na jurisprudência deve ser observada, até mesmo para fins de uniformização da jurisprudência, em nome da coerência e estabilidade do ordenamento jurídico, prestando-se obséquio aos princípios da segurança jurídica proteção à confiança e isonomia.
> 2. Assim, a ação penal deve ser processada e julgada nos exatos termos da denúncia, visto que ausentes qualquer das causas do art. 395 do CPP, não sendo o caso de absolvição sumária do denunciado com base na fundamentação que constou da decisão judicial ora desafiada.

Sustenta a defesa violação dos arts. 395, III e 397, III, do CPP e art. 217-A do CP.

Alega que "embora a vítima contasse com menos de 14 (quatorze) anos de idade na época dos fatos, a prova coligida aos autos não deixa dúvida de que a ofendida não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena consciência de suas atitudes e vontades ao consentir as relações sexuais com o namorado, ora recorrente, de forma regular e válida".

Ressalta que do relacionamento amoroso resultou no nascimento de um filho, o qual foi registrado pelo acusado; e requer o provimento do recurso, a fim de que seja restabelecida a decisão que rejeitou a denúncia.

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal

pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.165 - MS (2021/0384671-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — O agravante foi denunciado como incurso no art. 217-A do CP, tendo sido rejeitada a inicial acusatória pelo Juízo de origem.

O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Público, com base nos seguintes fundamentos (fls. 136/139):

> O Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso em sentido estrito, almejando, basicamente, a reforma da decisão judicial proferida pelo Magistrado da Comarca de Bela Vista/MS, que rejeitou a denúncia e absolveu sumariamente o acusado Gabriel dos Anjos Barbosa, na forma do art. 397, III, do CPP.
> Analisando os autos, é possível observar que Gabriel dos Anjos Barbosa foi denunciado pela suposta prática do crime de estupro de vulnerável majorado, pois, de acordo com a denúncia, "em meados do mês de maio do ano de 2019, em horário indeterminado, nesta cidade de Campo Grande/MS, o denunciado GABRIEL DOS ANJOS BARBOSA praticou conjunção carnal com Rayane de Almeida da Rosa, nascida em 19.02.2007, que na época dos fatos contava com apenas 12 (doze) anos de idade (fl. 07), resultando em gravidez, cuja criança do sexo masculino veio a nascer, no dia 11.08.2020 e a chamar-se João Guilherme Almeida dos Anjos, conforme certidão de nascimento de fl. 35, onde consta o nome do denunciado como pai".
> O magistrado de primeiro grau, ao realizar o juízo inicial de prelibação sobre a acusação, rejeitou a denúncia e absolveu sumariamente o denunciado, fundamentando que o fato narrado na denúncia evidentemente não constitui crime, visto que as práticas sexuais entre denunciado e vítima foram consentidas e ocorreram na constância de uma relação afetiva de namoro que contava, inclusive, com a concordância dos pais da vítima. Logo, defendendo a relativização da vulnerabilidade da vítima em razão dessas particularidades, concluiu que o fato descrito não se amolda ao tipo legal do estupro de vulnerável.
> Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso em sentido estrito. Em suas razões, o órgão acusatório postulou o recebimento integral da denúncia para o devido processamento do feito. Afirmou, basicamente, que estão reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos para a configuração do tipo penal imputado ao réu, destacando, ao final, que, em se tratando de estupro de vulnerável, a presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 (quatorze) anos é absoluta. Por fim, elaborou prequestionamento.
> A defesa ofereceu contrarrazões (fls. 89-101).
> A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 112-128, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e provimento do presente recurso.
> São esses, pois, os fatos que merecem relevância.
> Passo, portanto, ao exame recursal.
> Como é possível verificar, o ponto controvertido repousa em examinar se os fatos narrados na denúncia constituem ou não crime, o que passa, substancialmente, pela análise sobre se as relações sexuais consentidas envolvendo vítima menor de 14 (quatorze) anos são capazes de afastar a tipicidade do crime de estupro de

vulnerável.
No presente caso, pelos elementos que acompanharam o caderno inquisitorial, constata-se que, realmente, os atos sexuais entre réu e vítima foram consentidos, ou seja, a vítima quis manter relação sexual com o réu, tanto é que namoravam, de modo que em nenhum momento foi constrangida, por violência ou grave ameaça, para tal finalidade.
Acontece que, no âmbito desse tipo penal, apegando-se à literalidade da lei, o consentimento da vítima é irrelevante, pois constrangimento, que naturalmente decorrente de violência ou grave ameaça, é fruto de presunção absoluta em decorrência da pouca idade da pessoa ofendida. Noutro falar, a configuração do crime independe da vontade da vítima, isto é, se ela quis ou não praticar atos sexuais, pois se afirma que a vítima, quando menor de quatorze anos, levando em consideração o seu estágio de desenvolvimento, não tem maturidade sexual suficiente o bastante para consentir ou não com a prática de atos sexuais.
Assim, para a consumação do crime, basta a prática de atos de sexuais com pessoa menor de quatorze anos, que, por presunção legal absoluta, é vulnerável e, por isso, destituída de capacidade de consentimento, razão porque, nessas circunstâncias, também se presume que a vítima foi constrangida à prática desses atos.
É dizer, portanto, numa visão estritamente legal, que o consentimento da vítima não afasta a tipicidade do crime previsto no art. 217-A do CP.
Com efeito, para combater essa visão intransigente da lei, foi formado entendimento, ao qual particularmente me filio, no sentido de relativizar, em certas situações, a presunção de vulnerabilidade da vítima, admitindo que o consentimento por ela manifestado seja fator apto a afastar a tipicidade da conduta.
Sobre essa visão, já me manifestei dizendo que a relativização da vulnerabilidade da vítima é devida pois, em certos casos, especialmente quando há relação de namoro entre as partes, como visto concretamente no caso dos autos, a liberdade sexual da vítima, bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, não é afetada, eis que ela, a vítima, embora menor de quatorze anos na época do fato, pode praticar atos sexuais de forma absolutamente voluntária e consentida, sem dissenso.
Nessas situações, na minha compreensão, não há imposição de qualquer violência real por parte do réu, ou a oposição de qualquer tipo de resistência por parte da vítima, pelo que se conclui inexistir lesividade ao bem jurídico, situação que, numa análise final, afasta a necessidade de intervenção do direito penal, embora seja natural o repúdio por parte da família, especialmente pelos pais, no entanto, sem significar, por si só, a ofensa do bem jurídico tutelado, que é a liberdade sexual.
Todavia, esse posicionamento foi afastado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em julgamento pela sistemática de recursos repetitivos, sedimentou a conclusão de que, nos casos do art. 217-A do CP, é inadmissível a relativização da vulnerabilidade da vítima, sendo irrelevante o eventual consentimento desta para a configuração do crime.
Posteriormente, encerrando qualquer discussão sobre o tema, o próprio STJ editou a súmula n.º 593, segundo a qual "o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente." Desse modo, ressalvado meu entendimento pessoal acerca do tema, que se alinha ao que foi

> exposto na decisão ora desafiada, é imperioso o acatamento da decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, embora destituída de força vinculante, deve ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 927, IV, do CPC) para fins de uniformização da jurisprudência, em nome da coerência e estabilidade do ordenamento jurídico, prestando-se obséquio aos princípios da segurança jurídica proteção à confiança e isonomia.
> Tal exame, contudo, não impede a apreciação, no mérito, de eventual alegação de erro de tipo relacionada à ignorância do denunciado sobre os pressupostos fáticos que consubstanciam o tipo penal em questão, visto que não se confunde com o tema ora discutido, o que deverá ser efetivamente examinado após a realização da atividade instrutória na ação penal.
> Perante o exposto, a ação penal deve ser processada e julgada nos exatos termos da denúncia, visto que ausentes qualquer das causas do art. 395 do CPP, não sendo o caso de absolvição sumária do denunciado com base na fundamentação que constou da decisão judicial ora desafiada.
> Portanto, acolho a pretensão recursal acusatória.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da decisão que rejeitou a denúncia (fls. 57/72):

> O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em face de GABRIEL DOS ANJOS BARBOSA, qualificado nos autos, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 217-A, c/c. art. 234, III, do Código Penal, nos seguintes termos:
>
> > "Consta do incluso inquérito policial que no em meados do mês de maio do ano de 2019, em horário indeterminado, nesta cidade de Campo Grande/MS, o denunciado GABRIEL DOS ANJOS BARBOSA praticou conjunção carnal com Rayane de Almeida da Rosa, nascida em 19.02.2007, que na época dos fatos contava com apenas 12 (doze) anos de idade (fl. 07), resultando em gravidez, cuja criança do sexo masculino veio a nascer, no dia 11.08.2020 e a chamar-se João Guilherme Almeida dos Anjos, conforme certidão de nascimento de fl. 35, onde consta o nome do denunciado como pai.
> >
> > Salienta-se dos autos o seguinte trecho do depoimento da infante prestado a DEPCA (fls. 37-39): "Contou que namoraram por sete meses e quando terminaram o namoro não sabia que estava grávida. O namoro começou em maio do ano passado (2019) inclusive ela morava com Gabriel".
>
> Decido.
> Entendo que a denúncia deve ser rejeitada.
> Diz o art. 217-A do Código Penal, que é crime "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos".
> Analisando detidamente os autos, depreende-se que o fato imputado ao denunciado não configura a infração penal prevista no art. 217-A do Código Penal.
> Inicialmente, convém ressaltar que o direito penal não pode desconsiderar a realidade quanto à ocorrência de uma profunda alteração dos padrões de comportamento das crianças e adolescentes.
> Isto porque entendo que o bem jurídico tutelado (liberdade sexual) não foi violado, eis que é preciso analisar o contexto dos fatos para se verificar a efetiva vulnerabilidade da vítima.
> Pela própria denominação do Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), em seu Capítulo II (Dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis), do Código Penal, pressupõe-se que as vítimas do crime são pessoas com grau de vulnerabilidade que

as impede de exercer atos de natureza sexual mesmo com consentimento, por este ser considerado inválido.
Assim, conclui-se que "vulnerável", no contexto do art. 217-A, do Código Penal, é a pessoa que não possui capacidade suficiente para decidir sobre o próprio comportamento sexual.
Com isso, aquele que mantém conjunção carnal ou ato libidinoso com vulnerável responde por crime, mesmo quando houver consentimento, pois este de nada vale, presumindo a lei penal que a pessoa menor de 14 anos ainda não atingiu a maturidade suficiente para uma vida sexual.
Entretanto, entendo que há necessidade de se interpretar, sistematicamente, o art. 217-A, do Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente.
Isto porque entendo ser incompreensível que um adolescente entre 12 e 14 anos possa ter maturidade reconhecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para praticar um ato infracional e sofrer a aplicação de uma medida socioeducativa e, ao mesmo tempo, não possua capacidade ou maturidade para optar ou não em manter relação sexual, mormente no presente caso onde restou demonstrado que a vítima namorou com o acusado, ocasião em que engravidou e teve um filho com o denunciado.
O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei específica e que faz uma clara distinção entre criança (até os 12 anos) e adolescente (entre 12 e 18 anos).
Assim, não há dúvidas que entre os 12 e os 14 anos de idade, há uma zona limítrofe onde, simultaneamente, uma lei reconhece que a pessoa de 12 e 13 anos pode cometer um ato infracional (por possuir o mínimo de maturidade para receber uma medida socioeducativa e responder pelo ato praticado) e, por outro lado, uma outra lei tolhe a mesma pessoa quanto à sua liberdade sexual, sem sequer permitir a prova em sentido contrário em relação à vulnerabilidade para os atos sexuais.
Veja-se a lição de Nucci acerca do tema:
[...]
Deste modo, entendo que, levando-se em consideração o caso concreto, pode e deve ser discutida a presunção de vulnerabilidade (sem esquecer que cada caso deve ser analisado individualmente).
A vítima Rayane de Almeida, foi ouvida na Delegacia de Polícia (fls. 40/42), ocasião em que declarou, em síntese: **que manteve um relacionamento amoroso (namoro) com o acusado por sete meses; que chegou a morar com o acusado; que o acusado pediu aos pais dela que os deixaram namorar; que posteriormente terminou o namoro a pedido do pai; que engravidou e teve um bebê e que o acusado o registrou em seu nome; que as relações sexuais que teve com o denunciado foram consentidas.**
A mãe da vítima, Fabiana de Almeida dos Santos, foi ouvida na fase policial (fls. 29), tendo dito, em resumo: **que tinha conhecimento do relacionamento amoroso de sua filha com o denunciado; que no começo a vítima se encontrada com o denunciado em sua casa e com o passar do tempo permitiu que a vítima frequentasse a casa do denunciado; que a vítima, antes de namorar com o denunciado, era problemática, tendo episódios de rebeldia e que acredita que o relacionamento com o denunciado ajudou a vítima; que a vítima teve um filho e que o denunciado já registrou a criança em seu nome como pai; que atualmente a vítima mora com a declarante e que ela pretende morar com o denunciado.**
Assim, o convívio do denunciado com a vítima, com a ciência e consentimento da

família desta, está inserida em uma realidade social em que os jovens têm iniciação amorosa mais precoce.
Ressalte-se que embora a vítima contasse com menos de 14 (quatorze) anos de idade à época dos fatos, a prova coligida aos autos não deixa dúvida de que a ofendida não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena consciência do que estava fazendo, consentindo com o namoro de forma válida.
Assim, a vítima não foi enganada ou iludida e não teve a sua dignidade sexual violada, eis que restou demonstrado que a vítima possuía capacidade suficiente para consentir com o namoro e tal consentimento válido torna o fato materialmente atípico e, se a tipicidade material é a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, o consentimento válido afasta qualquer ofensa à dignidade sexual, que é o bem jurídico tutelado.
Convém salientar a profunda alteração dos padrões de comportamento das crianças e dos adolescentes, os quais têm se iniciado sexualmente mais cedo.
Assim, em que pese os mais diversos juízos de valor quanto a essa realidade, o fato é que o direito penal não pode desconsiderá-la.
Assim, vislumbra-se que não basta o enquadramento puro e simples do fato no dispositivo do Código Penal e não há como se passar uma régua e dizer que "todas" as pessoas entre 12 e 14 anos são vulneráveis sexualmente. Caso contrário, qual seria a utilidade/necessidade de um juiz para apreciar o caso concreto. Aliás, pergunta-se porque 14 anos? E não 13 ou 15?
Deste modo, há que se levar em conta a evolução da sociedade, mormente porque há tempos as informações são disseminadas de forma irrestrita e em alta velocidade, de modo que os adolescentes se desenvolvem intelectual e cognitivamente de forma cada vez mais precoce, sendo hipocrisia pensar ao contrário.
Neste contexto, a presunção absoluta de vulnerabilidade deve ser relativizada diante do caso concreto, eis que as mudanças sociais facilitaram a obtenção de informações, até mesmo de conteúdo sexual, tanto que, em certos casos, é evidente o desenvolvimento precoce de adolescentes em matérias relacionadas a relacionamento, o que se coaduna ao caso vertente, **porquanto a vítima mantinha um relacionamento amoroso com o acusado.**
Ressalte-se que embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal tenham, de certo modo, pacificado o entendimento em que se afasta a possibilidade de relativização da vulnerabilidade etária, filio-me ao entendimento, ainda que minoritário, daqueles que entendem possível a flexibilização da vulnerabilidade da vítima em razão da idade nos crimes sexuais, de acordo com as elementares e circunstâncias do caso concreto.
Sobre Vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, Bitencourt esclarece:
[...]
Deste modo, para se aferir a innocentia consilii, é razoável valorar as peculiaridades do caso, entre as quais se destacam especialmente, se a vítima é adolescente (mais de 12 anos), eventuais experiências anteriores, o consentimento, o desenvolvimento de relação afetiva de caráter duradouro, a diferença de idade entre o autor e a vítima e a eventual maturidade e capacidade de oferecer resistência da vítima.
Assim, há de se diferenciar o grau de vulnerabilidade de cada infante, reconhecendo-se que uma pessoa entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos pode eventualmente apresentar discernimento, de forma a desativar o comando previsto no art. 217-A, do Código Penal.
Isto porque, como dito anteriormente, a Lei nº 8.069/90 reconhece a condição de adolescente desde os 12 anos de idade e a partir de então, ele pode p.ex., viajar

desacompanhado por todo território nacional, responder por atos infracionais, sem contar que possui capacidade para consentir sobre a colocação em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção.

Com isso, com tais poderes antes mencionados, não se pode compreender que este seja absolutamente incapaz de decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade, concluindo-se que os conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal conflitam, cabendo ao intérprete, analisar estes diplomas em conjunto, de modo a conferir lógica ao sistema legislativo.

No que diz respeito ao tema, Nucci ensina que:

[...]

Conforme dito anteriormente, o acusado e a vítima mantiveram relacionamento amoroso, tudo com ciência e consentimento da família da vítima.

Aliás, aqui abro um "parênteses": **o boletim de ocorrência (fls. 08), não foi lavrado pela vítima, seu pai ou sua mãe, mas sim por uma comunicação do Hospital Universitário, eis que a vítima lá estava internada e gestante.**

Em outras palavras, **se a vítima não tivesse engravidado, muito provavelmente, não estaríamos aqui e agora falando sobre este caso, haja vista que sequer a mãe ou o pai da vítima pensavam em lavrar uma ocorrência, eis que não vislumbravam qualquer tipo de abuso no relacionamento havido entre a vítima e o denunciado**.

Ao contrário, **como dito pela própria mãe da vítima e anteriormente mencionado, ela tinha conhecimento do relacionamento amoroso de sua filha com o denunciado e que a vítima pretende morar com o denunciado.**

Inaceitável assim, que, com base em um positivo exagerado, que uma relação de afeto mútuo como narrado nos autos, seja automaticamente subsumida ao tipo penal de estupro de vulnerável.

Em tal contexto, deve ser observado se a vítima apresentou alteração emocional ou de comportamento atrelada a vivência sexual supostamente violenta e traumática ou se se trata o caso de livre exercício da sexualidade por pessoa que ainda não atingiu a idade prevista na lei (14 anos), sendo este último o caso dos autos, até porque a própria mãe da vítima narrou **"que a vítima antes de se relacionar com GABRIEL era problemática, tendo episódios de rebeldia; que a declarante acredita que o relacionamento com GABRIEL ajudou a vítima"** (fls. 29).

Ademais, constou no termo de seu depoimento especial que **"A adolescente RAYANE foi submetida ao depoimento especial e o fez de forma espontânea, clara e bastante confiável durante todo o processo do referido depoimento "** (fls. 41).

No caso, ao contrário do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entendo, com todo respeito, que não se pode colocar na mesma situação e punir com idêntica severidade aquele que mantém namoro com uma adolescente e aquele doentio agente que se aproveita da fragilidade da criança ou do adolescente para cometer um abuso sexual.

Como ensina Nucci, a vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuística:

[...]

Deste modo, em que pese a posição predominante dos aludidos Tribunais Superiores, entendo que não se pode em nome de suposta e eventual segurança jurídica ou da estabilidade das relações, aceitar a mera subsunção formal da conduta ao tipo, desprezando a existência de peculiaridades que estejam aptas a relativizar a

> vulnerabilidade por critério etário, sobretudo sendo diferentes às circunstâncias em que o fato ocorreu.
> Com isso, condenar o denunciado em face de iniciação sexual antecipada da vítima, mas consentida, é desconsiderar a realidade social.
> Ademais, seria justo condenar o denunciado por manter relacionamento amoroso com a suposta vítima (o que contava com o consentimento da família dela)? **Seria justo que a criança recém nascida fique sem a presença e a ajuda do pai,** o qual seria condenado a, no mínimo, 08 anos de prisão, sem contar a aplicação da aumento pelo fato da vítima ter engravidado, o que aumentaria a pena para, pelo menos, 12 anos de prisão (iniciando-se em regime fechado)? Não me parece.
> Logo, não havendo violação ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, qual seja, a dignidade sexual, a absolvição do acusado é medida que se impõe em razão da atipicidade do fato, haja vista não se tratar o caso aqui de uma situação de abuso sexual, mas sim de precocidade sexual.
> Diante do exposto, rejeito a denúncia e absolvo sumariamente o acusado GABRIEL DOS ANJOS BARBOSA, o que faço com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

De acordo com o entendimento desta Corte, tratando-se de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. A propósito, veja-se precedente da 3ª Seção, submetido sob o rito dos recursos repetitivos:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).
> 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o 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 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 crime.
(REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).

Contudo, a presente hipótese enseja *distinguishing* quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, diante das peculiaridades circunstanciais do caso.

Ressalte-se que '**É possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (distinguishing)**, ou que o leve a sua superação total (overruling) ou parcial (overturning), de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico" (REsp 1656322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019) .

Na questão tratada no acórdão proferido, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a vítima era criança, com 8 anos de idade, enquanto que o imputado possuía idade superior a 21 anos.

No presente caso, consta dos autos que o imputado possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, praticou conjunção carnal no meado de maio de 2019 com a vítima, adolescente, "que na época dos fatos contava com apenas 12 (doze) anos de idade (fl. 07), resultando em gravidez, cuja criança do sexo masculino veio a nascer, no dia 11.08.2020".

A necessidade de realização da distinção feita no REsp Repetitivo 1480881/PI se deve em razão de que, no presente caso, a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma, bem como porque houve o nascimento do filho do casal, devidamente registrado, fato social superveniente e relevante que deve ser considerado no contexto do crime.

Na teoria tripartite, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são elementos constitutivos do crime. Dessa forma, a conduta, além de formalmente típica, por se adequar abstratamente à norma penal, precisaria ser materialmente típica, que "deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto" (HC 92531, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-03 PP-00571 RT v. 97, n. 876, 2008, p. 526-529).

Por sua vez, pela teoria quadripartida, o crime consistiria em fato típico, ilícito, culpável e punível concretamente, sendo este último definido pela possibilidade jurídica de aplicação de pena, por melhor categorizar o comportamento humano.

Nessa concepção de conceito integral de delito, a tipicidade e a antijuridicidade possuem classificação formal e absoluto sobre o fato praticado. Destaca-se que a culpabilidade e a punibilidade concreta têm conteúdo relativo ou dimensionável a permitir a valoração do comportamento do agente.

Na culpabilidade, avalia-se a reprovabilidade da conduta, tendo como consequência a responsabilidade subjetiva do sujeito, enquanto na punibilidade concreta, valora-se o significado social sobre o fato, sob o enfoque da gravidade da lesão ao bem jurídico, de acordo com às características do ilícito penal, a fim de ensejar ou não a punição do sujeito.

A teoria quadripartida foi adotada pela 6ª Turma, em que, analisando a questão relacionada ao aspecto material, o Ministro Rogério Schietti, no voto proferido no RHC 126.272/MG, defendeu a existência de um quarto elemento, qual seja, punibilidade concreta, sob os seguintes fundamentos extraídos da decisão:

> A dimensão da afetação do bem jurídico não se ajusta satisfatoriamente na tipicidade porque esta, assim como a ilicitude, é uma categoria de conteúdo absoluto, que não possibilita sua graduação (diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a culpabilidade); a seu turno, não se pode ter em conta a conduta social do sujeito, para a definição da tipicidade do fato, porque esse dado não integra o fato típico.
> [...]
> Efetivamente, **o comportamento social do sujeito não é um elemento do tipo, tampouco integra o fato típico, pois é formado por condutas anteriores à prática delitiva específica**. Por esse motivo, a tipicidade – mesmo em sua vertente assim chamada material – não é uma categoria adequada para abrigar esse aspecto que, embora, afete o sentido cultural do fato no âmbito ético-social, não compõe o fato típico.
> Creio, conforme ora se passa a sustentar, que **a punibilidade da conduta responde melhor à necessidade de categorizar o comportamento humano que, muito embora constitua um ilícito penal, não deve gerar sancionamento criminal.**
> Sob essa perspectiva, é preferível adotar um conceito integral de delito, o qual inclui a punibilidade como um quarto elemento da sua estrutura – a qual seria a de um fato típico, antijurídico, culpável e punível – e que pode ser definida como a **possibilidade jurídica de incidência de uma pena, ou seja, no poder estatal de aplicar a sanção, dada a dignidade penal do fato, derivada da constatação da relevância social do ilícito penal**.
> Em suma, pode-se afirmar que o **significado da forma e da extensão da afetação do bem jurídico define a relevância social do fato e configura sua dignidade penal**. **Esse aspecto, por sua vez, fundamenta a punibilidade concreta, que complementa o conceito tripartido (formal) de delito, atribuindo-lhe um conteúdo material e, logo, um sentido social**.
> A punibilidade concreta, desse modo, se implementa em decorrência da dignidade penal do fato, **aferida com base no seu significado social, para o que devem ser consideradas as características da afetação do bem jurídico implementada em decorrência da realização do fato típico** (EISELE, Andreas. A punibilidade no conceito de delito. Salvador: Juspodium, 2019, p. 95-99).

Aplicando o aludido posicionamento na presente hipótese, extrai-se da decisão que rejeitou a denúncia que o "acusado e a vítima mantiveram relacionamento amoroso, tudo com ciência e consentimento da família da vítima", consignando também que a mãe da vítima, ao prestar depoimento na fase inquisitorial, mencionou **"que a vítima teve um filho e que o denunciado já registrou a criança em seu nome como pai; que atualmente a vítima mora com a declarante e que ela pretende morar com o denunciado".**

Consta do julgado que a vítima e o denunciado moraram juntos, diante da concordância dos pais com o relacionamento amoroso, tendo resultado no nascimento de um

filho, o qual foi registrado pelo genitor, ora recorrente.

Não se evidencia relevância social do fato a ponto de resultar a necessidade de sancionar o acusado, tendo em vista que o Juízo de origem não identificou comportamento do denunciado que pudesse colocar em risco a sociedade, ou o bem jurídico protegido.

As particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal, de modo que não se evidencia a necessidade de pena, consoante os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.

Não se registra proveito social com a condenação do recorrente, pois o fato delituoso não se mostra de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Diversamente, e ao contrário, o encarceramento se mostra mais lesivo aos valores protegidos, em especial, à família e à proteção integral da criança, do que a resposta estatal para a conduta praticada, o que não pode ocasionar punição na esfera penal.

A eventual condenação de um jovem pelo delito de estupro de vulnerável com a causa de aumento prevista no art. 234-A, III, do CP acarretaria uma sanção de, no mínimo, 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime fechado, a ponto de destruir uma entidade familiar, colocando em grave risco a própria vítima e o filho, que não terá o suporte material e emocional do pai, cujo genitor terá que suportar a estigmatização pela sociedade, diante da etiqueta de estuprador.

O filho do casal também é merecedor de proteção, de modo que, de acordo com o princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança, "A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; **sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material**; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe".

Consoante a jurisprudência desta Corte, "A proteção integral da criança e do adolescente, defendida pela Organização das Nações Unidas (ONU) com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança e erigida pela Constituição da República como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana (art. 227), exerce crucial influência sobre o intérprete da norma jurídica infraconstitucional, porquanto o impele a compreendê-la e a aplicá-la em conformidade com a prevalência dos interesses do menor em determinada situação concreta" (REsp 1911030/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 31/08/2021).

Das premissas fáticas delineadas no julgado, constata-se que a punição do réu ocasionaria em face da vítima "a vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua

dignidade enquanto pessoa humana" (REsp 1524494/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 28/05/2021).

A propósito, sirva de ilustração, *inter alios*, o seguinte precedente desta Corte Superior:

> 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 TIPICIDADE 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, sobrevindo 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.
4. A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).
5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo 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, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017).
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, § 3°). 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.**
9. Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. **E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso um bebê).**
Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da união estável, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao

> **impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.**
> - Essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009). (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).
> 10. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1919722/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2021/0384671-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.977.165 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024484-71.2020.8.12.0001 00244847120208120001 00244847120208120001500000

PAUTA: 24/05/2022 JULGADO: 07/06/2022
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	G DOS A B
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Denúncia/Queixa - Rejeição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro.

RECURSO ESPECIAL Nº 1977165 - MS (2021/0384671-5)

RELATOR	:	**MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
RECORRENTE	:	G DOS A B
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

VOTO-VISTA

I. BREVE RELATÓRIO

G. DOS A. B. interpõe recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual **deu provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Público local, a fim de cassar a decisão que rejeitara a denúncia ofertada contra o ora recorrente pela suposta prática do delito de estupro de vulnerável**.

Nas razões deste recurso, a defesa aponta violação dos arts. 395, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal, e 217-A do Código Penal. Para tanto, resumidamente, afirma que a vítima, apesar de menor de 14 anos de idade à época dos fatos, "não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena consciência de suas atitudes e vontades ao consentir as relações sexuais com o namorado, ora recorrente, de forma regular e válida". Ainda, menciona que a vítima engravidou e teve o filho, devidamente registrado pelo ora recorrente.

As circunstâncias narradas, segundo a defesa, afastariam a ilicitude da conduta e a justa causa para o exercício da ação penal.

Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja restabelecida

a decisão que rejeitou a exordial acusatória.

O Ministro Olindo Menezes – Desembargador convocado do TRF da 1ª Região, ao examinar o caso, considerou tratar-se caso de ***distinguishing*** diante da conclusão alcançada no **REsp julgado sob o rito dos Recursos Repetitivos n. 1.480.881/PI.** Isso porque, nos termos do voto do Ministro Relator, "a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma, bem como porque houve o nascimento de um filho do casal, devidamente registrado, fato social superveniente e relevante que deve ser considerado no contexto do crime".

À luz dos princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, sopesaram-se a vontade da vítima, o nascimento da criança e as condições pessoais do acusado, para se concluir que a punição e o eventual encarceramento do acusado representariam maior prejuízo social e familiar do que a afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Nesse sentido, ponderou-se a desproteção da própria criança, fruto desse relacionamento, que ficaria alijada dos cuidados afetivos e materiais com a condenação do pai.

Assim, evocando julgado anterior, proferido pela Quinta Turma desta Corte Superior, o REsp n. 1.524.494/RN, da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, também na direção do *distinguishing* que aqui se desenvolve, propôs o provimento deste recurso especial para restabelecer a decisão que rejeitou a exordial acusatória.

Diante da complexidade e da relevância da questão fático-jurídica, pedi vista dos autos para seu exame mais acurado.

II. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO

O presente recurso especial, conquanto desafie profundas reflexões, a serem feitas mais adiante, deve ter seu seguimento negado.

As razões são muito simples, porque evidentes. Basta a leitura da petição de recurso especial, especialmente alguns trechos ali mesmo destacados pelo recorrente, para se chegar à conclusão de inviabilidade da impugnação. Senão vejamos.

Conforme orientação firme e reiterada desta Corte e dos demais tribunais do país, "o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente" (Súmula 593).

Esse entendimento sumular decorreu de sólida jurisprudência do STJ que se foi consolidando no sentido do enunciado, notadamente com o julgamento do Recurso Especial nº REsp 1.480.881/PI, submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 3ª S, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015).

Isso implica concluir que há mais de 7 anos este Tribunal vem decidindo – e assim orientando a jurisdição dos demais tribunais e juízes do país – no sentido de **não relativizar a presunção de vulnerabilidade das vítimas desse delito, como já foi praxe no passado.**

O entendimento é tão incontroverso que se editou lei em 2018 para acrescentar ao art. 217-A um parágrafo reproduzindo quase integralmente o que diz a mencionada súmula: "§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime." (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

O que se verifica, entretanto, com a leitura das razões do recurso especial é a **tentativa de repristinar essa antiga jurisprudência**, que acabava por delegar ao juiz a **avaliação subjetiva** – porque não amparada em nenhum dado científico ou documentalmente comprovado – sobre a vulnerabilidade da vítima, tomando como referência o seu comportamento no evento criminoso imputado a quem com

ela manteve conjunção carnal, ciente de sua idade inferior a 14 anos.

Em abono a essa constatação, vejam-se os seguintes trechos que o próprio recorrente destaca em negrito, na sua peça recursal, extraídos da decisão judicial que rejeitou a denúncia e absolveu sumariamente o denunciado**:**

> **Analisando detidamente os autos, depreende-se que o fato imputado ao denunciado não configura a infração penal prevista no art. 217-A do Código Penal.**
> [...] Isto porque entendo que **o bem jurídico tutelado (liberdade sexual) não foi violado, eis que é preciso analisar o contexto dos fatos para se verificar a efetiva vulnerabilidade da vítima.**
> [...] Entretanto, entendo que há necessidade de se interpretar, sistematicamente, o art. 217-A, do Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente.
> [...] Deste modo, entendo que,
> [...]
> Assim, embora a vítima contasse com menos de 14 (quatorze) anos de idade na época dos fatos, a prova coligida aos autos não deixa dúvida de que a ofendida não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena consciência de suas atitudes e vontades ao consentir as relações sexuais com o namorado, ora recorrente, de forma regular e válida. Neste sentido, a vítima não foi enganada e não teve a sua dignidade sexual violada.

E conclui a Defensoria Pública, nas razões do recurso especial:

> Fez-se, pois, necessário, analisar o grau de vulnerabilidade no caso determinado quando as "vítimas" maiores de 12 (doze) e menores de 14 (quatorze) anos demonstrarem experiência em assuntos sexuais, observando-se o grau de desenvolvimento dos adolescentes para compreenderem o que vem a ser a prática sexual.

Resulta nítido, portanto, o **propósito de se voltar a tempos em que todo processo por estupro de vulnerável acabava por julgar não a conduta do acusado da conduta delitiva, mas a vítima**, para aferir se ela, pela sua maturidade, por sua experiência sexual anterior, pelo tipo de relacionamento que mantinha com o acusado ou pela existência de consentimento ao ato sexual, era merecedora de proteção jurídico-penal ou não.

Os que se recordam desse tempo bem sabem o **grau de insegurança jurídica** que essa jurisprudência produzia, pois induzia todo tipo de argumentação, pelo acusado, para demonstrar que a vítima não era concretamente vulnerável.

Efetivamente, **abre-se uma perigosa porta de subjetividade judicial**, nefasta aos interesses de crianças e adolescentes vítimas dessa grave conduta criminosa a decisão que absolve sumariamente o denunciado e rejeita a denúncia oferecida pelo titular da ação – antes, portanto, de qualquer prova produzida judicialmente – ao argumento de "que o bem jurídico tutelado (liberdade sexual) não foi violado, eis que é preciso analisar o contexto dos fatos para se verificar a efetiva vulnerabilidade da vítima", e que "pode e deve ser discutida a presunção de vulnerabilidade (sem esquecer que cada caso deve ser analisado individualmente)".

Note-se que S. Exª o juiz da causa chegou a afirmar – **sem comprovação judicial**, insisto – que "a vítima não foi enganada ou iludida e não teve a sua dignidade sexual violada, eis que restou demonstrado que a vítima possuía capacidade suficiente para consentir com o namoro e tal consentimento válido torna o fato materialmente atípico [...]"

Ou seja, de acordo com a "**opinião**" do magistrado, **é preciso**, para a configuração do crime de estupro de vulnerável, **que a vítima seja enganada ou iludida** e que se ela consentir com o namoro **(estamos falando de uma adolescente de menos de 14 anos**), tal consentimento torna a relação sexual havida com um adulto irrelevante, até porque, em suas palavras, "não teve a sua dignidade sexual violada".

É bem verdade que o eminente Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado) apoiou-se em consistentes argumentos jurídicos e metajurídicos, a partir de uma **realidade fática que entendeu ser bem diversa da que serviu de lastro para o julgamento do referido recurso especial em 2015. Propôs, então, um *distinguishing* em relação ao enunciado sumular do verbete nº 593**, sem reproduzir, embora levando ao mesmo resultado, os argumentos absolutamente contrários ao que esta Corte de vértice, no exercício de sua

competência para dar a última e correta interpretação da lei federal, vem entendendo.

Mas, ao assim agir – pelas razões que vamos mais adiante analisar – o ministro relator **desbordou dos fundamentos jurídicos invocados pelo recorrente** para postular o provimento do Recurso Especial, sem atentar, com a devida vênia, que **deveria haver negado o seu seguimento**, por divergir, frontalmente, de súmula e de consolidada jurisprudência em sentido oposto e, mais decisivamente ainda, por contrariar expresso texto legal: "Art. 217-A, § 5º - As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018".

Deveras, em casos como o dos autos – em que a conclusão esposada pela Corte de origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior -, o relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a **negar provimento** ao recurso especial contrário a súmula do STF ou do STJ ou contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, nos termos do art. 932, IV, alíneas “a” e “b”, respectivamente, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, “b”, do RISTJ.

III. AS RAZÕES INVOCADAS NO VOTO DO RELATOR

Aduziu o Ministro Olindo Menezes que:

> Na questão tratada no acórdão proferido, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a vítima era criança, com 8 anos de idade, enquanto que o imputado possuía idade superior a 21 anos.
> No presente caso, consta dos autos que **o imputado possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade**, praticou conjunção carnal no meado de maio de 2019 com a vítima, **adolescente**, "que na época dos fatos contava com apenas **12 (doze) anos** de idade (fl. 07), resultando em gravidez, cuja criança do sexo masculino veio a nascer, no dia 11.08.2020".
> A necessidade de realização da distinção feita no REsp Repetitivo 1480881/PI se deve em razão de que, no presente caso, a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma, bem como porque houve o nascimento do filho do casal, devidamente registrado, fato social

> superveniente e relevante que deve ser considerado no contexto do crime.

Mais adiante, em reforço à sua convicção, anotou, in *verbis*:

> Não se evidencia relevância social do fato a ponto de resultar a necessidade de sancionar o acusado, tendo em vista que o Juízo de origem não identificou comportamento do denunciado que pudesse colocar em risco a sociedade, ou o bem jurídico protegido.
> As particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que **não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal**, de modo que **não se evidencia a necessidade de pena**, consoante os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade. Não se registra proveito social com a condenação do recorrente, pois o fato delituoso não se mostra de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

É possível, assim, inferir da leitura do voto do relator que S. Exª se apoia, resumidamente, nas seguintes circunstâncias para dar provimento ao recurso da defesa:

1. O presente caso é diferente do precedente julgado em recurso especial repetitivo (RESP nº 1.480.881/PI), pois aqui o acusado tinha 19 anos e a vítima, 12, ao tempo do crime, enquanto naquele feito o acusado contava mais de 21 anos e a vítima, 8.

2. Houve, em razão do conúbio sexual entre agente e vítima, o nascimento de uma criança devidamente reconhecida e registrada pelo pai.

3. A vontade da vítima e as circunstâncias pessoais denotam ausência de afetação relevante do bem jurídico, a resultar na não necessidade da pena.

Em atenção a tais considerações, podemos ponderar, como contraponto, que:

1. Sim, **o caso é factualmente diferente**, pois as idades do perpetrador e

da vítima do crime de estupro de vulnerável não coincidem; todavia, **essa diferença etária não altera a *ratio decidendi*** dos julgados que levaram este Superior Tribunal a editar a Súmula nº 593 do STJ. A não ser assim, sempre se poderá acolher a tese de que ocorre um *distinguishing,* a autorizar a não incidência da jurisprudência sumulada desta Corte, quando as idades não coincidirem com a do precedente-mor citado.

2. **A diferença de idade** entre autor e vítima do estupro efetivamente é menor no presente caso, mas isso **não autoriza a desconstituição de um crime** que, para aperfeiçoar-se, exige apenas a imputabilidade do agente e a vulnerabilidade da vítima, sob pena de criarmos um critério não abrigado em lei e sempre sujeito a avaliações subjetivas do julgador (voltaremos essa questão mais adiante). E, quanto à circunstância de que "houve o nascimento do filho do casal", parece-me que tal fato torna ainda mais gravosa a conduta do agente, porquanto **precocemente impõe a maternidade à vítima, cuja idade implica riscos à sua saúde física e mental, bem como subtrai-lhe a vivência da adolescência como tal e lhe adjudica tarefas e responsabilidades de uma pessoa adulta, sem ter ainda, para tanto, o necessário amadurecimento de sua constituição física e psíquica**. Não por outro motivo, o legislador penal estabeleceu uma causa de aumento de pena para o delito em apreço, quando da ação delitiva resultar gravidez da vítima (art. 234-A, III, do CP).

3. **Não há vontade válida da vítima em casos tais**, quer para **consentir livremente** o ato sexual, quer para, posteriormente, **decidir se o réu deve ou não ser processado**. A lei é clara (art. 217.A, § 5º "As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Ademais, a ação penal é pública incondicionada, não demanda representação ou nenhuma manifestação da vítima para seguir seu iter até a sentença definitiva.

IV. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Nesse ponto, é preciso relembrar as razões postas no voto condutor do acórdão no REsp Repetitivo n. 1.480.881/PI. O acórdão então recorrido também referiu 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.

Na ocasião, ao proferir voto como relator, salientei:

> **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 **"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 **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 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.
[...]
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.
>
> [...]
>
> 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.

Especificamente acerca da **inaplicabilidade da adequação social**, o julgado foi ainda mais esclarecedor:

> 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.

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 c 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].
>
> **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).

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).

V. CASAMENTO INFANTIL E GRAVIDEZ PRECOCE COMO PANO DE FUNDO DA QUESTÃO EM EXAME

Segundo a Agência Câmara de Notícias,

> o Brasil ocupa **o quarto lugar no mundo em casamentos infantis, segundo pesquisa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef)**. Perde apenas para Índia, Bangladesh e Nigéria. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), o casamento infantil é a união formal ou informal em que pelo menos uma das partes tenha menos de 18 anos" (Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/853645-dados-do-unicef-apontam-que-o-brasil-ocupa-o-4o-lugar-em-casamentos-infantis-no-mundo/, grifei).

A matéria pontua que o tema foi debatido na Comissão Externa sobre Violência Doméstica contra a Mulher e que, na oportunidade, foram destacadas as agruras enfrentadas pelas meninas brasileiras submetidas a uniões conjugais precoces, entre elas o abandono escolar e a convivência com maridos mais velhos, não sem olvidar de gestações indesejadas, as quais geram riscos à saúde física e mental dessas crianças e adolescentes.

A propósito, nos dizeres de Cardoso, Valério, Ramos e Machado:

> [...] o casamento infantil é uma situação existente no Brasil,

> e abordá-lo exige o reconhecimento dos fatores que o predispõem. **Os impactos do matrimônio infantil podem ser individuais e coletivamente extensivos, e mesmo que as questões que o propiciam variem entre culturas, as desigualdades socioeconômicas, a ausência de vínculo escolar e o acesso limitado aos cuidados em saúde sustentam essa prática**. Além disso, existem indícios consideráveis de que a prática do casamento infantil perpetua a **discriminação de gênero e põe em risco as chances de saúde e vida, em especial de meninas e mulheres**" ("Casamento infantil no Brasil: uma análise da Pesquisa Nacional de Saúde". Ciência e Saúde Coletiva, v. 2, n. 27, fev. 2022. DOI https://doi.org/10.1590/1413-81232022272.41692020. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/csc/a/zxRcykHLwb5cb7PbCwCg7rH/ >, destaquei).

Ainda, de acordo com recente matéria jornalística, publicada no portal do médico Drauzio Varella, "[p]ara a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS/OMS), a gravidez na adolescência continua sendo um dos principais fatores que contribui para a mortalidade materna e infantil e para o ciclo de doenças e pobreza" (RIBEIRO, Maiara. *Gravidez na adolescência: quais são os impactos*?. Drauzio. 28 dez. 2022. Disponível em: https://drauziovarella.uol.com.br/saude-publica/gravidez-na-adolescencia-quais-sao-os-impactos/).

A autora explica que “[p]ara a menina gestante, existe maior risco de mortalidade materna, **eclâmpsia**, **diabetes gestacional**, **hipertensão**, **anemia**, **infecções urinárias** e **infecções sexualmente transmissíveis (IST)**. Para o bebê, existe maior probabilidade de **parto prematuro**, baixo peso ao nascer (menos de 2,5 kg), desnutrição fetal nos casos em que a mãe têm anemia, malformações e **síndrome de Down**”. Sobre os impactos psicológicos e sociais da gravidez na adolescência, ficou registrada a dificuldade que as meninas têm para entender a situação, bem como o lamento em ter de abandonar os estudos, além de terem de lidar com a questão da autoimagem, o que pode impactar a autoestima e a maneira como a menina se enxerga.

Acerca dos prejuízos à saúde física e mental decorrentes de gravidez em

crianças e adolescentes, Oliveira, Coimbra e Pereira assinalam:

> Segundo Tavares e Barros (1996) **tem sido descrita uma maior prevalência de doenças associadas à gravidez em adolescentes por comparação com grávidas mais velhas, o que leva a classificar a gravidez na adolescência por si só, como uma gravidez de risco**. Também a WHO (2006) refere que existem riscos para a saúde associados à gravidez na adolescência, que estão intimamente ligados ao facto de a maioria das adolescentes serem primíparas, de terem **maior probabilidade de parto pré-termo, maior probabilidade de mortalidade no parto e ainda a elevada taxa de mortalidade de recém-nascidos filhos de mães adolescentes.** Outros estudos apresentam como **principais intercorrências clínicas as infeções urinárias, anemia, pré-eclâmpsia** (Magalhães et al., 2006); **doença hipertensiva associada à gravidez, parto pré-termo, baixo peso à nascença, desproporção feto-pélvica, placenta prévia, sofrimento fetal agudo intraparto, complicações no parto e puerpério** (Ribeiro et al., 2000; Jolly et al., 2000; Nogueira et al., 2001 cit. por Yazlle, 2006); **desnutrição, sobrepeso, hipertensão e depressão pós-parto** (Belarmino et al., 2009; Freitas & Botega, 2002; Furlan et al., 2003, Michelazzo et al., 2004; Silveira et al., 2004; Yazle et al., 2002 cit. por Dias & Teixeira, 2010).
>
> O consumo de substâncias nocivas, nomeadamente o tabaco e o álcool também contribuem para a ocorrência de complicações na gravidez adolescente (Magalhães et al., 2006). Apesar disso, as diferenças de saúde observadas entre jovens e mães mais velhas, têm sido menos evidenciadas em estudos recentes, o que se pensa ser devido à melhoria nos cuidados de saúde dirigidos a jovens mães. De facto, alguns autores referem que as complicações podem ser reduzidas se as adolescentes iniciarem precocemente a vigilância pré-natal e receberem acompanhamento adequado durante o período da gestação, o que nem sempre acontece devido essencialmente à dificuldade em reconhecer e aceitar a gravidez (Yazle, 2006).
>
> Também Coley e Chase-Lansdale (1998) se encontram em consonância com os estudos de Yazle (2006) **ao considerarem que os problemas de saúde diagnosticados nas grávidas adolescentes se encontram, muitas vezes, mais associados à pobreza e à ausência de cuidados pré-natais do que à idade per se.** De facto, a gravidez na adolescência é muitas vezes acompanhada por percursos pautados pela pobreza e **exclusão social, ocorrendo sobretudo junto das adolescentes que vivem nas situações mais desfavorecidas do ponto de vista social, económico, pessoal e cultural** (Figueiredo, Pacheco & Magarinho, 2004). Diferentes estudos têm apresentado o baixo estatuto socioeconómico dos pais, baixas qualificações académicas, más condições de habitação, a exclusão do sistema escolar e profissional, o desconhecimento da contraceção e planeamento familiar e a pobreza, como características prevalentes na gravidez adolescente (Figueiredo, Pacheco & Magarinho, 2004; Grande, 1997; Tavares & Barros, 1996). Para a Associação para o

> Planeamento da Família (2007) **a maternidade adolescente é um fator de reprodução da pobreza, dificultando o empoderamento, a inclusão social** e reduzindo as oportunidades das raparigas em quebrar o ciclo da pobreza (OLIVEIRA, Maria; COIMBRA, Vânia; PEREIRA, Ana. Complicações na gravidez adolescente em situação de risco social. Revista E-Psi, 35-50. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/110052/2/241904.pdf, destaquei).

Sobre as **consequências emocionais que marcam crianças e adolescentes gestantes**, Silva e Abrão enfatizam o **impacto psíquico da gravidez** na categoria objeto da pesquisa:

> Para Bergamaschi e Praça (2008), a gravidez na adolescência pode se sobrepor à crise da adolescência, pois exige, além de todo um mecanismo para reestruturar a sua identidade, ao abandonar o papel e os padrões infantis. **A gravidez, ocorrendo nessa fase da vida, aciona uma nova busca para redefinição de papéis, com novos conflitos capazes de acarretar uma maior desestruturação da personalidade, articulada com mudanças orgânicas e psíquicas.** O processo de constituição da maternidade inicia-se antes da concepção do bebê, ou seja, desde as primeiras relações e identificações da mulher, passando pela atividade lúdica, infantil, adolescência, o desejo de ter um filho e a gravidez propriamente dita. A gravidez é um momento de significantes reestruturações na vida da mulher e no papel que esta exerce, porque ela tem de passar da condição de só filha para também de mãe e reviver experiências anteriores (Piccinini, Gomes, Nardi &Lopes, 2008). Segundo Dadoorian (2003), não só no Brasil, mas no mundo todo, a incidência de gravidez na adolescência vem aumentando significativamente. Aqui, de acordo com os dados estatísticos apresentados pelo SUS, no ano de 2000, dos 2,5 milhões de partos realizados nos hospitais públicos do país, 689 mil eram de mães adolescentes com menos de 19 anos de idade, sendo que a maioria das adolescentes grávidas pertencia às classes populares (Dadoorian, 2003). No contexto brasileiro, embora a fecundidade das jovens entre 15 e 19 anos tenha declinado nos primeiros anos do século XXI, ainda se pode afirmar que há um rejuvenescimento da fecundidade, no país, visto que foram registrados 559.991 nascimentos de mães com menos de 19 anos, em 2013 (Vieira, 2017). De acordo com uma notícia publicada pela Organização das Nações Unidas (2018), a estimativa mundial é de que, para cada mil nascimentos, 46 deles sejam frutos de gestantes de 15 a 19 anos de idade. Relevante citar que o Brasil supera a estimativa mundial, elevando, em seu território, a taxa para 68,4 nascimentos, o que supera inclusive a taxa prevista na América Latina e no Caribe, os quais apresentam uma estimativa de 65,5 nascimentos.
> [...]
> Com os dados obtidos e analisados, é possível afirmar que ter um

> filho, no período da adolescência, **não seria prioridade na vida das adolescentes participantes**. Engravidar, nessa etapa da vida, além de gerar medo e insegurança, tem ocasionado para elas uma pausa nas atividades normalmente desenvolvidas e proporcionado maior dependência com relação aos familiares. O impacto da notícia e o despreparo para ter um filho com tão pouca idade estão presentes em ambas as participantes. **Ora, mesmo para a que aparenta viver um contexto um pouco mais adulto, pelo fato de estar casada e não morar com os pais, a repercussão da notícia, num primeiro momento, veio como algo negativo e inesperado**. No entanto, tanto pelo discurso, mas especialmente pela técnica do desenho-estória com tema, ficou evidente que a adolescente casada está mais preparada e enxerga um pouco mais a realidade vivida do que a outra adolescente, pois, ao desenhar as duas adolescentes solicitadas, uma antes da gravidez e outra depois, a adolescente casada desenhou os olhos das figuras com contorno e os preencheu internamente. Todavia, a outra adolescente, a qual ainda não se casou e não possui a estrutura de uma vida adulta, desenhou apenas o contorno dos olhos das adolescentes, sem preencher a região interna, algo um tanto simbólico, diante da sua falta de visão perante a sua nova realidade (SILVA, Graziela Vasconcelos da; ABRAO, Jorge Luiz Ferreira. Experiências emocionais da gravidez na adolescência: entre expectativas e conflitos. **Bol. - Acad. Paul. Psicol.**, São Paulo , v. 40, n. 98, p. 63-72, jun. 2020 . Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2020000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 3 fev. 2023, destaquei).

Outros relevantes aspectos que envolvem os prejuízos sofridos por crianças meninas levadas ao matrimônio, ainda que acreditem fazer essa escolha, foram traçados por Veiga e Zanello Loyola no artigo científico “Escolher é ser escolhida: meninice, pobreza e casamento infantil no Brasil”. De início, as pesquisadoras nos revelam os números que envolvem o casamento infantil no Brasil:

> A recorrência da maternidade na adolescência é um dado apontado pelo Censo de 2010 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE], 2014). **Segundo este relatório, mais da metade (56,8%) das adolescentes entre 15 e 17 anos com filhos estavam fora da escola e do mercado de trabalho, enquanto apenas 9,3% daquelas que nunca foram mães encontram-se nessa mesma condição**. Nessa mesma linha, Sousa et al. (2018), em pesquisa quantitativa com meninas de 15 a 19 com filhos de dois anos, constataram que **94,4% das jovens interromperam os estudos em algum momento da vida e meninas com gravidez recorrente e trabalhando foram as mais propensas a abandonarem de vez os estudos**. (VEIGA, M. V. A.; ZANELLO

LOYOLA, V. M. (2020). Escolher é Ser Escolhida: Meninice, Pobreza e Casamento Infantil no Brasil. Psicologia: Teoria e Pesquisa, 36(Especial). p. 2. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0102.3772e36nspe18 Acesso em 27 abr. 2023)

Ademais, com base em pesquisa fruto de entrevistas realizadas com crianças e adolescentes casadas, as autoras categorizaram o conteúdo dos resultados obtidos em "ser escolhida", "a invisibilidade das agressões no casamento infantil" e "relações familiares e violações cotidianas". Cumpre lembrar que **a escolha das participantes se deu tanto por busca em casos judicializados de estupro de vulnerável com indicadores de casamento infantil** como por meio de conhecimento da rede local de proteção da criança e do adolescente (Ibid. p. 3).

A primeira categoria explicita a chamada "agência das meninas", que, "na falta de outros caminhos subjetivos para além do papel de esposa e mãe, e os marcadores interseccionais que permeiam", sofre uma série de violações. Essas pessoas são, em regra, negras e da classe trabalhadora precarizada, elementos que se apresentam como "**vias desprotetivas que auxiliam na decisão de escolher ser escolhida**" (Ibid., p. 6).

A segunda categoria, que agrupou os discursos acerca das vivências cotidianas de controle das meninas esposas por parte de seus maridos, não mostrou episódio de agressão física, mas "**outras formas menos visíveis, como ciúmes, proibições e manipulações, não havendo, portanto, o reconhecimento de tais ações como violentas**" (Ibid., p. 7).

A terceira categoria estudada elencou vivências, que, em resumo, demonstram "**pedagogias concretas, violências domésticas e no cotidiano comunitário, desatenção continuada e carência de rede de apoio** – em conjunto, configuram **caminhos (des)privilegiados de manutenção do desamparo e violações de direitos que, ao se manifestarem na relação profundamente gendrada e sexista que configura, em geral, o casamento infantil**" (Ibid., p. 9).

Em conclusão, as autoras rememoram que "[o] gatilho para iniciar as

relações, em geral, é o **ser escolhida por um homem** que além de mostrar interesse, esteja disposto a validá-la perante a família e à comunidade", mas que esse processo "**perpetua o desamparo por meio da manifestação dos maridos de controlá-las, produzindo agressões invisíveis às meninas, mas não por isso, menos ressentidas: a conjugalidade e experiência de maternidade cindem a expectativa pregressa de liberdade e, em última instância, de autonomia**" (Ibid., p. 9).

Toda essa explanação se faz pertinente para **afastar eventual romantização das circunstâncias apresentadas em um processo criminal de estupro de vulnerável**, que não permite a profunda investigação, como a realizada na acurada pesquisa retro mencionada. Diante de todos os elementos do art. 217-A do CP, **ao julgador é indevido presumir que a punição do agressor ensejará prejuízo maior à vítima, porque não se tem a dimensão exata da violência passada por ela sofrida e do que o matrimônio e a maternidade precoces representaram e representarão em seu futuro**.

VI. ANÁLISE DA QUESTÃO JURÍDICA SUBJACENTE

Em resumo, podemos concluir, sem hesitação, que **responde pelo crime de estupro de vulnerável**, na forma da lei (art. 217-A, do Código Penal) quem mantém relação sexual ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente (Súmula 593 do STJ e § 5º do art. 217-A do CP).

Ademais,

1. a vulnerabilidade da vítima por sua idade não é sujeita a avaliação judicial e não pode ser relativizada, com argumentos que tornem írrito o comando legal e a proteção que merecem todas as crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, conforme exaustiva e repetidamente asserido na jurisprudência do STJ sobre o tema;

2. a diferença de seis anos entre a idade do autor do ato e a da vítima não exclui a tipicidade e a antijuridicidade da conduta, por ausência de previsão legal;

3. a gravidez da vítima, em decorrência do conúbio sexual, e o nascimento de uma filha dessa relação não diminui a responsabilidade penal; ao contrário, por força de lei, incrementa a reprovabilidade da ação, atraindo mesmo uma causa de aumento de pena (art. 234-A, III, do CP);

4. a circunstância – favorável – de o autor da conduta haver reconhecido o filho havido da relação, bem como a circunstância de ter morado com a vítima não excluem, *de per se*, a punibilidade da conduta (como quarta condicionante da estrutura quadripartida) do crime, ainda que, excepcionalmente, possa levar a tal resultado, desde que comprovado judicialmente e de modo incontroverso, que houve a constituição de uma família e que ela se mantém.

Sobre este último tópico, creio haver necessidade de algumas reflexões, tendentes a demonstrar que, a despeito de ser uma compreensão já acolhida por alguns integrantes da Seção Criminal deste Tribunal (em julgados da Quinta Turma), de que, em situações excepcionais o crime de estupro de vulnerável não deve ensejar a punição de seu autor – por razões humanitárias e de ponderação dos interesses e dos bens em conflito –, **a situação versada nos autos não permite igual direcionamento decisório**.

Para tanto, já se antecipam duas premissas que, na minha visão, desautorizam invocar os julgados referidos no voto do relator:

1. **A absolvição sumária neste feito ocorreu por ocasião do juízo de admissibilidade da acusação, com base em três depoimentos prestados perante a polícia** (pela vítima, por sua genitora e pelo autor da conduta), **sem que houvesse contraditório judicial e sem que se comprovassem as informações contidas em tais depoimentos**; é dizer, não houve produção de prova, no sentido próprio e jurídico da expressão, mas apenas a colheita de elementos informativos que não foram corroborados em juízo, com a participação das partes e sob supervisão judicial.

2. **Os julgados citados** (REsp n 1.524.494/RN AgRg no REsp 1.919.722/SP) versaram hipóteses em que **houve não apenas a condenação do acusado como também a constituição de uma família, não bastando, para reclamar igual tratamento no presente caso, a mera informação – não comprovada, insista-se – de que o autor da conduta e a ofendida passaram a conviver.** Aliás, não custa lembrar que **o legislador não apenas reformou o Código Penal para incluir como causa de aumento de pena a gravidez da vítima resultante do estupro**, como, bem antes (pela Lei nº 11.106/2005), já **revogara o dispositivo, presente na versão original do Código, segundo a qual a punibilidade era extinta pelo "casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes**", ou "pelo casamento da vítima com terceiro [...] se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração" (art. 107, VII e VIII, do CP).

Efetivamente, quanto ao antecipado na alínea "a", é preciso – se desejamos colocar de lado o comando legal e a farta e estável jurisprudência do STJ no tocante à configuração do crime de estupro de vulnerável – que a hipótese fática levantada na origem haja sido submetida ao crivo de um devido processo legal, mediante a produção de provas colhidas em contraditório judicial, na presença das partes, assegurando ao Ministério Público (como representante da sociedade, fiscal do direito e titular da ação penal) a possibilidade de demonstrar o que alega na denúncia, refutando, por seu turno, a argumentação defensiva tendente a não fazer incidir a norma penal à espécie.

O que, todavia, se viu nos autos foi dar como provado algo que ainda é uma hipótese – mesmo que plausível – extraída de três depoimentos prestados de forma inquisitorial.

Com efeito, esses depoimentos (da mãe da vítima, dela própria e de seu namorado, o indiciado, ora recorrente) sugerem que o acusado e a ofendida iniciaram um namoro; que a mãe consentiu com esse relacionamento e também que a filha ficasse com ele na casa em que morava; que ela engravidou e deu à luz a

uma criança: e que depois de um tempo, eles romperam e ela voltou para a casa da mãe.

Não se sabe se estão juntos até hoje; não se sabe se ele é um pai presente e se auxilia de fato na criação da filha; não se sabe, enfim, se formam ainda um casal em união estável ou se apenas foi mais um relacionamento efêmero que não se prolongou até o presente momento.

Essas dúvidas precisariam ser esclarecidas no *locus* próprio, i.e., **o processo, mediante**, repita-se, a atividade probatória das partes, com a tomada de depoimentos dos envolvidos que pudesse esclarecer melhor os fatos e a situação atual, a par da produção de outras provas – como, *v.g.*, uma vistoria na residência da vítima e uma perícia psicossocial – para que se possa, com base em um aporte robusto e seguro de evidências, tomar a decisão correta.

O que não se há de aceitar é que algo tão sério – um estupro de vulnerável – seja solucionado com uma decisão judicial precipitada, exarada antes da atividade probatória das partes e eivada de considerações subjetivas do magistrado que, nem de perto, seguem os múltiplos precedentes desta Corte, sua súmula de jurisprudência e a própria lei penal.

O caso retrata um voluntarismo judicial, incompatível com um processo penal no qual a opinião ou os vieses cognitivos de um juiz não se sobrepõem a normas e à jurisprudência consolidada da Corte a quem a Constituição da República outorgou a competência para dar a correta interpretação ao texto legal e dele extrair a norma do caso concreto.

VII. DECISÕES COLEGIADAS APARENTEMENTE EM SENTIDO NÃO COINCIDENTE COM O PRECEDENTE QUALIFICADO

Considero importante, como *obter dictum*, dizer algo sobre uma questão muito fortemente usada em situações aparentemente similares à versada nos autos: a afirmada **desnecessidade ou inadequação da pena** privativa de liberdade a

quem mantém relações sexuais com uma adolescente e desse relacionamento resulta o nascimento de uma criança e a constituição sólida de uma família.

Essa dramática situação tem despertado a sensibilidade do julgador, diante das graves consequências do encarceramento do réu condenado por crime de estupro de vulnerável, especialmente em face do desfazimento de um lar formado pelo casal e pelo filho havido do relacionamento entre o sentenciado e a mãe da criança.

Nesse sentido, menciono decisões importantes, oriundas da Quinta Turma deste Superior Tribunal, para ilustrar o pensamento daquele órgão colegiado:

> [...] 1. O réu I L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha. 2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido. 3. O namoro entre réu e vítima teve continuidade, já depois de a moça atingir a idade permitida pela legislação, culminando em seu casamento. Posteriormente, desta união foi gerado um segundo filho, de modo que existe uma unidade familiar constituída livremente pela ofendida, quando esta já tinha idade para consentir. 4. A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana. 5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, dois filhos pequenos, sem o apoio de seu marido. 6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la. 7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e a família por ela constituída. 8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (**AREsp n. 1.555.030/GO**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021,

DJe de 21/5/2021.) No mesmo sentido, e da mesma relatoria, o **REsp 1.524.494/RN**, julgado em 18/05/2021, DJe 28/05/2021.

[...] 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 que estavam namorando e que dessa relação sobreveio uma filha que, destaca-se, vem tendo a devida assistência do pai. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao *distinguishing* ou distinção. 4. A condenação do agravado, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 10 anos e 10 meses de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional). 5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo 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, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017). 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. Importante destacar que a Constituição da República consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), proclamando, ainda, 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. 9. Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me ao nascimento da filha das partes que merece absoluta proteção. Submeter a conduta dos envolvidos à censura penal ocasionará na vítima e em sua filha traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material. Essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009). (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (**AgRg no REsp n. 2.019.664/CE,** rel. **Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022**.) No mesmo sentido, outros arestos, da mesma relatoria: AgRg no RHC 136.961/RJ, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021); AgRg no REsp n. 1.919.722/SP, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021; AgRg no AgRg no AREsp n. 2.177.806/CE, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022; e AgRg no REsp n. 2.029.009/RN, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022.

Vê-se, já a partir da ementa – e pelo teor dos votos – de **todos esses casos julgados** pela Quinta Turma, que **o réu foi processado e condenado a**

penas elevadas, bem **diferentemente do que ocorreu no caso ora em exame**, no qual, como assaz enfatizado, **o réu nem sequer chegou a ser processado**, visto ter havido rejeição da denúncia.

Embora compartilhe das preocupações que levaram os eminentes pares a sufragar tal entendimento, tenho algumas reservas a considerações que dão lastro aos julgados, o que, porém, deixo para externar no momento oportuno, visto que, insisto, **o caso ora em julgamento tem base fática diversa e não decorreu de condenação do acusado, mas de rejeição da denúncia revertida em sede recursal**.

VIII. DISPOSITIVO

À vista de todo o exposto, e com a vênia do relator, proponho que não se dê seguimento ao recurso especial, por contrariar a Súmula n. 593 do STJ, bem assim o Recurso Especial (Repetitivo) n. 1.480.881/PI, nos termos do art. 932, IV, alíneas "a" e "b", respectivamente, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "b", do RISTJ.

Na hipótese de se ter como válido o seguimento do recurso, e sendo certo que as circunstâncias fáticas sobre as quais se apoiou a decisão judicial não foram submetidas ao contraditório judicial, constituindo-se apenas em elementos informativos colhidos inquisitorialmente, voto por negar provimento ao recurso especial movido pela defesa do recorrente.

RECURSO ESPECIAL Nº 1977165 - MS (2021/0384671-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
RECORRENTE	:	G DOS A B
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

VOTO-VOGAL

Trata-se de recurso especial interposto por G. DOS. A. B contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que determinou o prosseguimento de ação penal em que SE apura a prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Após o voto o Exmo Ministro Relator dando provimento ao recurso, o Exmo. Ministro Rogerio Schietti Cruz pediu vista dos autos e apresentou voto divergente.

Após examinar com atenção os judiciosos votos apresentados, peço respeitosas vênias aos que pensam em contrário **para votar em conformidade com o voto divergente**.

Está em discussão nos autos a ocorrência de práticas sexuais envolvendo uma menina de apenas **12 (doze) anos de idade** à época dos fatos. Diante dessa situação que, em um juízo indiciário, exige elevada atenção estatal, entendo que o encerramento prematura da ação penal, como pretende a Defesa, não pode ser acolhido, por três razões: **a)** o grau reforçado de proteção judicial que deve ser conferido à vítima quando se apuram possíveis crimes sexuais contra crianças e adolescentes; **b)** a impossibilidade de se inverter o ônus da prova contra o Estado no momento do recebimento da denúncia por suposto crime de estupro de vulnerável, tendo em vista a presunção legal e jurisprudencial da incapacidade para consentir; e **c)** os riscos da banalização do excepcionalíssimo *distinguishing* realizado por esta Corte Superior no julgamento do AgRg no REsp 1.919.722/SP.

Quanto ao primeiro aspecto, tenho sempre destacado que crianças e adolescentes, em especial do sexo feminino, estão submetidos a um regime jurídico especialmente protetivo tanto no âmbito internacional como no âmbito interno. Por essa razão, as normas penais que tutelam a dignidade sexual de crianças e adolescentes devem ser interpretadas à luz das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil quanto à proteção da pessoa humana em desenvolvimento e das disposições constitucionais que impõem o paradigma da proteção integral.

De fato, ao ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/90), o Brasil se comprometeu a adotar todas as medidas necessárias para proteger pessoas

com idade inferior à 18 (dezoito) anos contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual (arts. 19 e 34 da Convenção). Este compromisso internacional está em consonância com a norma constitucional que confere absoluta prioridade à proteção dos direitos da criança e do adolescente, determinando que a lei deve punir severamente o abuso, a violência e a exploração sexual contra elas (art. 227, *caput* e § 4.º, da CF).

Diante desse arcabouço jurídico-normativo, é compatível com o grau reforçado de proteção conferido às crianças e adolescentes admitir que práticas sexuais com um menina de 12 (doze) anos tenham sido lícitas **sem sequer submeter as circunstâncias do caso concreto ao contraditório judicial?** A resposta, em meu juízo, só pode ser negativa.

O que se tem nos autos, por ora, é uma narrativa formada em processo administrativo de natureza inquisitiva, sem a atuação direta do Ministério Público, a quem compete constitucionalmente a guarda dos direitos individuais indisponíveis.

Assim, impedir que o titular da ação penal promova a persecução criminal para esclarecer as circunstâncias fáticas específicas do caso, especialmente diante de indícios de prática sexual com quem a lei presume não possuir capacidade para consentir, viola o dever de elevada diligência que se deve observar em crimes deste jaez, bem como cria um obstáculo injustificável ao exercício das atribuições institucionais do Ministério Público, violando o art. 5.º, inciso III, alínea *e*, da Lei Complementar 75/93 e os arts. 127 e 129, inciso I, da CF/88.

Em segundo lugar, a jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que "*em juízo de prelibação acusatório, reputa-se indevida e prematura a rejeição da denúncia quando presentes indícios de autoria e da materialidade delitiva*" (AgRg no AREsp n. 1.464.941/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 17/9/2019).

No caso, os indícios de prática sexual com pessoal menor de 14 (quatorze) anos são robustos. Quanto à tipicidade material, presume-se típica qualquer prática sexual com menor de 14 (quatorze) anos. Nesse sentido, militam o julgamento do **Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI**, a **Súmula n. 593/STJ** e a atual redação do **art. 217-A, §, 5.º, do Código Penal**, com a redação dada pela Lei n. 13.718/2018, *in verbis*:

> "*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.*" (Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe de 10/9/2015.)

> *"Súmula 593/STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente."* (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017.)

> *"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.*
> [...]
> *§ 5º As penas previstas no* caput *e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.*"

Como se vê, há robusta presunção legal e jurisprudencial de que a pessoa menor de 14 (quatorze) anos não possui capacidade para consentir na prática de atos sexuais. Assim, embora esta Corte tenha excepcionalmente admitido a mitigação dessa presunção, é certo que isto somente é possível **ao final da persecução penal**, após o pleno exercício do contraditório.

Admitir que o ônus da prova seja invertido já no momento do recebimento da denúncia, passando-se a presumir que o ato sexual praticado foi lícito, sem a necessária análise do tema em contraditório judicial, viola o dever de proteção integral exigido pelos arts. 1.º e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente e do 227 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, o terceiro aspecto que acredito merece ser destaque diz respeito ao perigo que a relativização da jurisprudência desta Corte Superior em matéria de crimes sexuais contra crianças e adolescente representa em um país profundamente marcado pela exploração sexual infantil e pela desigualdade social como o nosso.

Como bem delineado no voto divergente proferido pelo Exmo. Ministro Rogério Schietti, Cruz, os números preocupantes de casos de gravidez na infância e na adolescência encontrados no Brasil exigem que essa Corte Superior afaste uma "*romantização das circunstâncias apresentadas em um processo criminal de estupro de vulnerável*".

É preciso ter em mente que, em regra, meninas com menos de 14 (quatorze) anos não possuem maturidade física ou emocional para escolherem livremente ser mães ou constituir família. Ainda que haja exceções, a regra geral é que essas meninas têm o seu direito de usufruir da infância e da adolescência cerceados, sendo introduzidas precocemente na vida adulta e na maternidade sem ter capacidade para isto.

É absolutamente lícito e necessário ter essas situações de supostos consentimentos entre homens adultos e meninas sempre sob ressalvas. A voluntariedade dessas práticas sexuais não pode ser presumida e, mesmo quando ele existir de modo aparente, devem ser apuradas em juízo, sob contraditório, a fim de se determinar adequadamente de que modo as circunstâncias sociais, econômicas e outras influenciaram nesse consentimento aparentemente livre.

Com efeito, deve-se deixar claro que a eventual flexibilização da jurisprudência desta Corte Superior, **em excepcionalíssimas hipóteses e após a devida apuração judicial**, não autoriza a presunção de qualquer caso de estupro de vulnerável em que haja relacionamento afetivo e gravidez implicarão a atipicidade da conduta.

Esta Corte Superior deve reafirmar a sua imperiosa jurisprudência protetiva contra práticas sexuais envolvendo menores de 14 (quatorze) anos e assegurar a autoridade do art. 217-A, § 5.º, do Código Penal, segundo o qual a configuração do delito de estupro de vulnerável

independe do consentimento da vítima.

Com estas breves considerações e renovando as vênias aos votos contrários, acompanho, na íntegra, a divergência inaugurada pelo Min. Rogério Schietti.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2021/0384671-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.977.165 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024484-71.2020.8.12.0001 00244847120208120001 00244847120208120001500000

PAUTA: 24/05/2022 JULGADO: 16/05/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Relator para Acórdão
Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	G DOS A B
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Denúncia/Queixa - Rejeição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando seguimento ao recurso especial, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz, e do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando-lhe provimento, sendo seguido pelo Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, a Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Laurita Vaz e e o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Laurita Vaz e o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.