



APELAÇÃO PENAL Nº 0007189-95.2011.8.14.0028
RELATOR: DESEMBARGADOR RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
APELANTE: W.B.S.
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
PROMOTOR DE JUSTIÇA CONVOCADO: SÉRGIO TIBÚRCIO SANTOS SILVA
REVISOR: DESEMBARGADOR MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

EMENTA

APELAÇÃO PENAL – CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA QUE PREVÊ O DELITO – TIPO PENAL ABERTO QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PENA COMINADA EM ABSTRATO QUE AFRONTA O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – IMPROCEDÊNCIA – NORMA PENAL INCRIMINADORA QUE DESCREVE MINUCIOSAMENTE TODOS OS ELEMENTOS DO CRIME - SANÇÃO ADEQUADA À GRAVIDADE DO DELITO – MÉRITO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RELAÇÃO SEXUAL OBTIDA COM O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA – IRRELEVÂNCIA – OFENDIDA MENOR DE CATORZE ANOS – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE – REDUÇÃO DA PENA – REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM QUE NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL TENHA SIDO CONSIDERADA COMO DESFAVORÁVEL AO RECORRENTE – PROCEDÊNCIA – RETIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR SER UM TIPO PENAL ABERTO E PELA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA COMINADA. A norma que prevê o crime de estupro de vulnerável apresenta todos os elementos do tipo penal, quais sejam, a conjunção carnal – que é a cópula vagínica– e os atos libidinosos que são todos aqueles dirigidos para a satisfação do interesse sexual. Portanto, trata-se de tipo penal fechado. Ademais, quanto à cominação da pena in abstrato, verifica-se que esta é adequada para o mal causado pelo crime. Outrossim, antes da mudança legislativa, implantada pela Lei nº 12.015 em 07/08/2009, não havia punição específica para aqueles que abusavam sexualmente de pessoas em situação de vulnerabilidade, pois o Código Penal de 1940, ao tratar da matéria, só disciplinava as hipóteses de situação onde a violência sexual era presumida. Por fim, o preceito secundário da norma penal revela-se proporcional, já que as vítimas desse crime, via de regra, não têm chance de oferecer defesa à conduta dos seus algozes.

2. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. O acusado, ao ser interrogado em juízo, confirmou que manteve conjunção carnal, de forma consentida, com a vítima que, à época do fato, possuía 13 (treze) anos de idade, o que é suficiente para configurar o crime do art. 217-A do CP, posto que a presunção de vulnerabilidade é absoluta. Precedente do STJ.

3. EQUÍVOCO NA IMPOSIÇÃO DA PENA BASE. Em que pese, o magistrado sentenciante não ter considerado como desfavorável nenhuma circunstância judicial, fixou a pena base em patamar superior ao mínimo legal, qual seja, em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, razão pela qual deve ser modificada.

4. PENA APLICADA. Considerando que não houve equívoco na apreciação das circunstâncias judiciais, fixa-se a pena base em 08 (oito) anos de



reclusão. Em que pese o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, inc. III, alínea d), na sentença condenatória, deixa-se de aplica-la, pois a pena base foi imposta no mínimo legal, conforme orienta a Súmula nº 231 do Colendo STJ. Não há agravantes. Inexistem causas de diminuição e aumento de pena. Considerando, por fim, o tempo em que o apelante ficou preso provisoriamente 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias, realizo a detração do art. 387, §2º do CPP, restando definitivamente condenado à pena de 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso para condenar o apelante recorrente à pena de 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, pelo cometimento do delitos do art. 217-A do CP, tudo na conformidade do voto do relator. Julgamento presidido pelo Desembargador MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE.

Belém, 21 de março de 2017.

DES. RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES

Relator

R E L A T Ó R I O

W.B.S., inconformado com a sentença que o condenou à pena de 07 (sete) anos, 10 (meses) e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, pela prática do crime do art. 217-A do CP, interpôs o presente RECURSO DE APELAÇÃO, objetivando a sua reforma.

Sustenta o apelante, preliminarmente, que a norma que prevê o crime de estupro de vulnerável é inconstitucional, pois a expressão ato libidinoso não é conceituada por lei e a pena prevista em abstrato não encontra justificativa, violando-se, desse modo, os princípios da legalidade e proporcionalidade.

No mérito, afirma que a conduta não se reveste de tipicidade, pois manteve conjunção carnal com a vítima de forma consentida.

Diz ainda, que a pena base não poderia ser imposta acima do mínimo legal pois todas as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis.

Por isso, pede o provimento do apelo para ser absolvido ou ter sua pena reduzida.

Em contrarrazões, o apelado defende o improvimento do recurso, alegando que as provas colhidas durante o processo não deixam dúvidas que o recorrente cometeu o delito e a pena foi corretamente aplicada.

Nesta Superior Instância, o Custos legis opinou pelo conhecimento e



improvemento da apelação.

À revisão do Exmo. Sr. Des. Milton Augusto de Brito Nobre.

É o relatório.

V O T O

Estando preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo interposto.
DOS FATOS

Consta dos autos, que no dia 29/08/2011, na Cidade de Marabá, a ofendida B. L. C.C., com 13 anos de idade, recebeu uma ligação telefônica para se encontrar com o apelante e, caso essa recusasse o encontro, iria mata-la junto com os membros da sua família.

Ao chegar no local determinado, o recorrente praticou sexo anal, oral e vaginal com a vítima, sempre sob ameaça, liberando-a, ao final, por receio de ser encontrado pelos seus familiares.

Ao chegar na sua residência, a ofendida contou o fato a sua avó e indicou o local onde aconteceu o delito, ocasionando a prisão em flagrante do recorrente.

Eis a suma dos fatos.

DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA QUE ESTATUIU O CRIME DO ART. 217-A DO CP: TIPO PENAL ABERTO

Sustenta o apelante, preliminarmente, que a norma que prevê o crime de estupro de vulnerável é inconstitucional, pois a expressão ato libidinoso não é conceituada por lei e a pena prevista em abstrato não encontra justificativa, violando-se, desse modo, os princípios da legalidade e proporcionalidade.

Ensina a doutrina que os tipos penais podem ser fechados, quando contém a discriminação minuciosa da conduta criminosa, e abertos que, por não possuírem a descrição pormenorizada do crime, dependem de juízo de valor, realizado pelo magistrado sentenciante de acordo com o caso concreto.

O crime de estupro de vulnerável é assim descrito pelo art. 217-A do CP:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Como se vê, diferentemente do que sustenta o apelante, a norma impugnada traz todos os elementos do tipo penal, quais sejam, a conjunção carnal – que é a cópula vagínica – e os atos libidinosos que são todos aqueles dirigidos para a satisfação do interesse sexual. Portanto, trata-se de tipo penal fechado.

Quanto à cominação da pena in abstrato, verifico que esta é adequada para o mal causado pelo crime. Ademais, antes da mudança legislativa,



implantada pela Lei nº 12.015 em 07/08/2009, não havia punição específica para aqueles que abusavam sexualmente de pessoas em situação de vulnerabilidade, pois o Código Penal de 1940, ao tratar da matéria, só disciplinava as hipóteses de situação onde a violência sexual era presumida. Por fim, o preceito secundário da norma penal revela-se proporcional, já que as vítimas desse crime, via de regra, não têm chance de oferecer defesa à conduta dos seus algozes.

Por isso, rejeito o presente argumento.

MÉRITO

DA ATIPICIDADE DA CONDUTA: RELAÇÃO SEXUAL OBTIDA DE FORMA CONSENTIDA

No mérito, afirma que a conduta não se reveste de tipicidade, pois manteve conjunção carnal com a vítima de forma consentida.

A certidão juntada às fls. 14 do inquérito policial em apenso, demonstra que a vítima nasceu em 02/05/1998 e o crime aconteceu no dia 29/08/2011, logo, esta tinha 13 (treze) anos de idade à época do fato.

Aliás, o próprio acusado confessou que manteve relações sexuais com a vítima. Dessa forma, nem há que se falar em ausência de tipicidade da conduta, pois a presunção de vulnerabilidade prevista no art. 217-A do CP é absoluta. Isso quer dizer que, ainda na hipótese de consentimento do ofendido, o simples fato de manter relações sexuais com pessoas em situação de vulnerabilidade já é o suficiente para configurar o crime de estupro de vulnerável.

Nesse sentido, orienta o Colendo STJ:

HABEAS CORPUS. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO NECESSÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE RISCO DE MORTE À GESTANTE. ABORTO HUMANITÁRIO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OCORRÊNCIA. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VULNERABILIDADE. TEMPO DE GESTAÇÃO AVANÇADO. ORDEM DENEGADA.

1. a 3. Omissis.

4. Acerca da configuração do delito em situações como a dos autos (na espécie, ato infracional análogo), por força do recente julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

5. a 6. Omissis.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 359.733/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 19/09/2016)

Rejeito, pois, a presente tese.

DA REDUÇÃO DA PENA

Diz ainda, que a pena base não poderia ser imposta acima do mínimo legal pois todas as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis.



Ocorre que, ao analisar as circunstâncias judiciais (fls. 62/64), o magistrado sentenciante considerou todas como favoráveis ao acusado, por isso, deveria impor a pena base no mínimo legal, que é de 08 (oito) anos, e não em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses.

Por isso, uma nova dosimetria da pena se impõe.

Considerando que não houve equívoco na apreciação das circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 08 (oito) anos de reclusão.

Em que pese o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, inc. III, alínea d), na sentença condenatória, deixo de aplicá-la, pois a pena base foi imposta no mínimo legal, conforme orienta a Súmula nº 231 do Colendo STJ. Não há agravantes.

Inexistem causas de diminuição e aumento de pena.

Considerando, por fim, o tempo em que o apelante ficou preso provisoriamente 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias, realizo a detração do art. 387, §2º do CPP, restando definitivamente condenado à pena de 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso para condenar o apelante à pena de 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto pela prática do crime do art. 217-A do CP, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Belém, 21 de março de 2017.

DES. RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
Relator