

Luiz Fabião Guasque

**Coordenadoria de Entidades do 3º Setor.  
Providências Decorrentes de Controle Finalístico  
de Atividades Realizado em 12/11/2013, e Publicado  
no Site do Ministério Público do Estado do Rio de  
Janeiro.**

**PARECER e Pedido de Providências.**

Irregularidade de constituição e funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP – RJ. Qualificação como Organização Social, nos termos da Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012, em contraste com a competência legislativa privativa da União para legislar sobre: “normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades” (art. 22, inciso XXVII da C.R.). Escolha para qualificação como Organização Social e posterior contratação sem processo licitatório. Objetivos da entidade fora das hipóteses casuísticas da Lei Federal nº 9.637/1998, que como expressão de competência privativa da União determina que: as “atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, (art. 1º). Objetivos fora dos parâmetros legais fixados na lei federal de competência privativa da União. Inconstitucionalidade da Lei estadual em contraste com a Constituição da República. Inconstitucionalidade também da lei estadual em contraste com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que impõe procedimento licitatório no seu art. 77, inciso XXV: *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições e de pagamentos a todos os concorrentes*. Necessidade de controle por ação direta no Tribunal de Justiça do Estado e no Supremo Tribunal Federal. Distribuição à Promotoria de Tutela com atribuição para a matéria. Pedido de Providências.

Exmo. Sr. Procurador-Geral,

Em virtude de visita às instituições sem fins lucrativos que figuram na relação do nosso site, constatei a irregularidade e funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP-RJ, pelos fundamentos jurídicos alinhados, razão do requerimento das providências ao final formuladas.

### **A Inconstitucionalidade da Lei Estadual.**

Estabelece o art. 22, inciso XXVII da Constituição da República, quando trata da competência privativa da União:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI<sup>1</sup>, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;*

Dentro desta expressão “normas gerais de licitação e contratação *em todas as modalidades*” se insere a criação de Organizações Sociais, disciplinadas pela Lei Federal nº 9.637 de 15 de maio de 1998, que: “dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e dá outras providências”.

A criação destas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações Sociais ou como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é disciplinada pelas Leis Federais números 9.637/1998 e 9.790/1999, e representa novas modalidades de descentralização do Estado para a sociedade civil organizada, e por constituírem exceção, suas possibilidades devem ser interpretadas restritivamente, bem como sua constituição e funcionamento devem seguir os princípios da Administração Pública descritos no art. 37 da Constituição da República: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Nesse sentido, a lei federal como expressão de competência privativa da União, restringe a possibilidade de qualificação de Organizações Sociais apenas para aquelas: “cujas atividades sejam dirigidas ao *ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*”, conforme estabelecido no seu art. 1º:

---

<sup>1</sup> XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 1º – O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas *ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*, atendidos aos requisitos previstos nesta lei.

Tratando-se de *competência privativa*, este modelo não pode ser alterado no Estado membro, que apenas pode regulamentar essas hipóteses, *sem criar outras*.

Afirma-se isso, pela singela razão de que é esta a fundamental diferença entre a competência legislativa privativa e a concorrente prevista na Constituição da República dentro do nosso modelo federativo de divisão de competências, onde o exercício da primeira compete apenas à União para aquelas matérias e objetivos que estabelece, e a outra, para exercício em concurso com os Estados e o Distrito Federal.

Note-se, que a própria lei federal, como expressão desta competência legislativa privativa cria o “Programa Nacional de Publicização”.

Determina o art. 24 da Constituição da República:

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

Tratando-se de competência concorrente, as normas da União podem ser acrescidas de outras hipóteses de interesse dos Estados ou do Distrito Federal, pois o parágrafo primeiro deste artigo determina que: “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

Isto não ocorre na competência privativa, pois nesta hipótese, existe uma reserva de matéria em relação à competência legislativa da União, posto que privativa.

Embora fale em “normas gerais” no inciso XXVII do art. 22, sua natureza privativa, tem como sentido teleológico apenas de possibilitar a *regulamentação dos procedimentos aos demais entes federados*, ao contrário da competência legislativa concorrente, que autoriza a *complementação das regras gerais estabelecidas pela União, desde que não confrontem com as mesmas*.

Nesse sentido, quando a União edita a lei federal no exercício da sua competência privativa, ficam delimitadas as hipóteses que vinculam o Estado e o Distrito Federal quando realizam contratações.

Se a qualificação de uma Organização Social para desenvolver projeto do Estado membro é uma delas, esta exceção só pode seguir o modelo da lei federal que é expressão da competência privativa da União.

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012 contrasta com a divisão de competências estabelecida na Constituição da República, pois: “dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais, *no âmbito da geração de emprego e renda*, mediante contrato de gestão, e dá outras providências”.

Desta forma, claramente invade a esfera de competência legislativa privativa da União, ao prever modalidade de criação de Organização Social *para atuar em área não autorizada pela lei federal*.

Esta a 1º irregularidade de constituição do IBAP-RJ, posto que tem como fundamento lei estadual, por esta razão, inconstitucional.

### **A previsão de dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços.**

Estabelece o art. 24 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, com nova redação determinada pela Lei nº 9.648/1998:

Art. 24 – É dispensável a licitação:

XXIV – *para a celebração de contratos de prestação de serviços com as Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.*

Mesmo que criada a Organização Social dentro dos parâmetros legislativos da competência privativa da União estabelecida na Constituição da República, a qualificação para constituir-lhe a situação jurídica de O.S. deve seguir a regra geral da licitação, ou seja, concurso por edital para escolher as organizações sem fins lucrativos com “natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação”, (conforme a letra “a” do art.2º, do inciso I da Lei nº 9.637/1998<sup>2</sup>), para serem qualificadas como Organizações Sociais.

Esta exigência, já prevista no art. 37 XXI da Constituição da República, é repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro no seu art. 77, inciso XXV, no que respeita a contratação dos serviços da associação civil sem fins lucrativos:

Art. 77 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de *qualquer dos Poderes do Estado* e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte:

XXV – *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições e de pagamentos a todos os concorrentes, com previsão de atualização monetária para os pagamentos em atraso, penalidades para os descumprimentos contratuais, permitindo-se, no ato convocatório, somente as exigências de qualificação técnica, jurídica e econômica – financeira indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

*Esta a regra geral a que se submete a associação civil sem fins lucrativos, para ser qualificada como Organização Social, o que não foi observado, como se constata pela publicação dos atos de constituição no Diário Oficial em anexo.*

<sup>2</sup> Art. 2º – São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social.

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012, ao estabelecer a possibilidade de constituição de Organização Social para prestar serviço ao Estado, *sem licitação*, contrasta com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que impõe este procedimento para a escolha da entidade.

Uma vez escolhida a entidade após o certame público, serão realizadas as alterações estatutárias para adequá-la aos ditames da lei federal, e após, celebrado o contrato de gestão para o desenvolvimento dos projetos do Poder Público.

Feito isso, *poderá aí sim, realizá-los, sem necessidade de licitação como possibilita a Lei Federal nº 8.666/1993.*

Se não bastasse, da simples leitura do estatuto do IBAP-RJ, bem como dos atos de sua qualificação publicados no Diário Oficial, se infere claramente:

1º – ausência de participação em processo de licitação para qualificação de entidades que se habilitem a funcionar como OS, com base em lei do Estado do Rio de Janeiro;

2º – *inobservância da exigência da lei federal no que respeita a natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação*, o que se constata pela simples leitura das finalidades do IBAP-RJ, descritas no seu estatuto nos arts. 5º, incisos I a XXII e 6º, onde no seu *caput* traz a possibilidade residual de “exercer todas as atividades que julgar convenientes”, além de outras descritas nos incisos de I a VII do mesmo artigo.

### Conclusão:

Por estas razões, o IBAP-RJ pode ser descrito, como o que é denominado no âmbito do 3º setor, como uma “empresa chapa branca”, posto que:

1. Criada pelo próprio governo do Estado do Rio de Janeiro, à revelia da lei federal no que diz respeito a matéria, ou melhor, ao objeto da atividade;
2. Constituição sem certame licitatório aberto a outras entidades sem fins lucrativos, em afronta ao comando ao art. 77, inciso XXV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;
3. Face a ilegalidade e inconstitucionalidade de sua constituição, presta serviços sem licitação, o que lhe confere uma viabilidade econômica estupenda, haja vista que recebeu só neste ano de 2013 R\$ 22 milhões de reais da Secretaria de Trabalho e Renda do Estado do Rio de Janeiro, conforme informado pela mesma, (Entidade Repasses Estado – 2013 – Secretarias com repasse), e publicado no sítio do Ministério Público do Rio de Janeiro (ONGs de Parceria).

“Programas

1. Projeto de Apoio aos Centros Públicos de Emprego, Trabalho e Renda. Engloba 66 postos de atendimento.

2. Rio Poupa Tempo – Centros de Prestação de Serviços Públicos Centralizados para Carteira de Trabalho; Seguro Desemprego, abrangendo cerca de 180 tipos de serviços que vão desde a 2ª via da carteira de trabalho, até atendimento de PROCON etc.

Tem 3 unidades de atendimento: Central; Cantagalo (Ipanema) e Carioca.

Beneficiários.

1. 85 mil pessoas/mês em média aproximada.

2. 280 mil pessoas/mês em média aproximada”.

Fora isso, “ realiza um contrato com a União através do Instituto Nacional de Cardiologia, COM DISPENSA DE LICITAÇÃO”.

**Estamos aguardando a informação da Receita Federal sobre a regularidade fiscal do IBAP-RJ, haja vista expedição de ofício nesse sentido.**

Constatado isso, em decorrência do projeto de transparência do 3º setor que está sendo implantado no âmbito desta Coordenadoria, sugiro a V. Exa. as seguintes providências:

1. Cópia de todo este procedimento e remessa, por distribuição, a Promotoria de tutela coletiva da capital;
2. Mesma providência para a Assessoria de Direito Público para a análise sobre o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2013, por afronta a preceito do art. 77, inciso XXV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;
3. Mesma providência, visando a representação de inconstitucionalidade ao Procurador Geral da República, face a invasão da lei estadual à competência legislativa privativa da União;
4. Ciência ao ilustre Sub Procurador de Direitos Humanos e 3º Setor Dr. Ertulei Laureano Matos, bem como ao Subcoordenador das Promotorias de Tutela Coletiva da capital, Dr. Frederico Albernaz, a ambos por e-mail, com cópia anexa deste parecer e pedido de providências.
5. Em virtude de estarmos aguardando a comunicação da Divisão de Fiscalização da Fazenda Nacional, sobre a regularidade fiscal do IBAP-RJ, faça-se cópia deste procedimento para a juntada das informações faltantes. Após voltem.

Cumpra-se.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2014.

**LUIZ FABIÃO GUASQUE**

Procurador de Justiça

Coordenador de Entidades do 3º Setor

*Parecer Ministerial em Processo Judicial. Ação Rescisória Fundamentada no Inciso V do Art. 485 do Código de Processo Civil. Pleito Rescindendo que se Mostra Infundado, eis que Inocorrente Qualquer Violação aos Dispositivos Legais e Constitucionais Apontados na Inicial. A Disciplina da Lei Complementar nº 20/1974 Exauriu Toda Questão Patrimonial Afeta à Fusão entre o Estado da Guanabara e o Antigo Estado do Rio de Janeiro, Sendo a Partilha de Bens Efetivamente Implementada por Força da Referida Legislação Complementar.*

Nilo Augusto Francisco Suassuna

## **EXMO. SR. DR. TERCEIRO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Recurso Especial 0226110-2.8.19.0001**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Procurador de Justiça Titular da 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal dessa Corte, possuindo atribuição concorrente com a chefia do *Parquet* Estadual, para recorrer às instâncias superiores, e inconformado com a r. decisão dessa Egrégia Terceira Vice-Presidência que inadmitiu seu RECURSO ESPECIAL, vem a Vossa Excelência, com fundamento no art. 28 da Lei nº 8038, de 28 de maio de 1990, c/c o art. 544 do CPC, e Resolução nº 7/2010, do E. STJ, interpor

### **AGRAVO**

consoante as razões em anexo, requerendo, após aberta a oportunidade para a apresentação de resposta ao agravado, o seu encaminhamento ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Termos em que,

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 2014.

**NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA**

Procurador de Justiça

## RAZÕES DE AGRAVANTE

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AGRAVADO: MOACYR FIRMINO DOS SANTOS**

**COLENDIA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### SÍNTESE DA QUESTÃO EM DISCUSSÃO

A defesa técnica de Moacyr Firmino dos Santos interpôs recurso de apelação contra a sentença de fls. 183/187, prolatada pelo MM. **Juízo de Direito da 16ª Vara Criminal da Comarca da Capital**, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, o condenando nas penas do art. 217-A (duas vezes), na forma do art. 71, todos do Código Penal, aplicando-lhe pena de **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, reprimenda a ser cumprida inicialmente em regime fechado**. Irresignada com a decisão, a defesa técnica do ora apelante postulou às fls. 229/252 a reforma da sentença visando a absolvição do acusado, **por ter sido induzido a erro de tipo e diante da capacidade de discernimento da vítima, relativizando-se o conceito de vulnerabilidade**, considerando-se ainda que não há suporte probatório suficiente para a condenação. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal. O recurso de apelo foi contrarrazoado pelo Ministério Público às fls. 259/269, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo.

A Colenda 8ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade, proveu o apelo defensivo, **para absolver o acusado do estupro de vulnerável, de uma jovem com apenas 13 anos e 2 meses de idade, ao tempo dos fatos criminosos, sob o singelo argumento de que restou demonstrado o erro de tipo em que teria incidido o agente criminoso, e por isso seria aplicável a relativização da vulnerabilidade, elementar do tipo penal do art. 217-A do Código Penal**.

Para tanto, assim entendeu a Douta Turma Julgadora, consoante ementa do Acórdão, adiante transcrita:

***APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU POR RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE OU PELA CONFIGURAÇÃO DO ERRO DE TIPO.***

***REQUER, SUBSIDIARIAMENTE, A FIXAÇÃO DA PENA DE PISO NO PATAMAR MÍNIMO, O AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA E O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL.***

***Recurso conhecido e provido para absolver o apelante.***

***Apelado que, segundo a denúncia, por duas vezes, teria praticado conjunção carnal com adolescente, de treze anos, mediante o seu consentimento.***



**Suficiência probatória – Nos crimes sexuais a palavra da vítima possui especial relevância. No caso dos autos, a adolescente narrou de forma coerente como a conduta ocorreu. Assim, o conjunto probatório é suficiente e idôneo para demonstrar a prática dos atos sexuais. Relativização da vulnerabilidade e erro de tipo.**

**As provas dos autos demonstram que a adolescente possuía plena capacidade de se autodeterminar quanto ao exercício de sua sexualidade, portanto, não é detentora da vulnerabilidade que o legislador procurou proteger. Não há dúvida que o réu atuou em erro de tipo, eis que desconhecia a verdadeira idade da vítima, não lhe sendo possível sequer presumir ser a adolescente menor de 14 anos, diante da sua complexidade física, desenvoltura com a sua sexualidade e maturidade superior à idade cronológica, como declarado pela própria genitora.**

***Recurso conhecido e provido para absolver o apelante.***

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a* Constituição da República, para que seja reformado o v. acórdão, sustentando negativa de vigência e contrariedade ao **artigo 217-A do Código Penal, pois decidindo** dessa forma, a douta Turma Julgadora contrariou e negou vigência ao Direito Federal, dando-lhe interpretação totalmente divergente da consolidada Jurisprudência desse E. Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Daí a interposição do presente Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, para que seja reformado o v. acórdão, restabelecendo-se os termos da sentença penal condenatória.

#### A DECISÃO RECORRIDA

A 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme r. decisão de fls. 349/364, deixou de admitir o Recurso Especial pelos seguintes fundamentos, aqui sintetizados:

**1 – o exame do recurso revela que a parte pretende debater em sede de recurso especial, por via transversa, matéria fática, promovendo o reexame da prova, incidindo o óbice da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça;**

**2 – a decisão objurgada estaria na conformidade da jurisprudência dos Tribunais Superiores, incidindo o óbice da súmula 83 do STJ, aplicável à hipótese ventilada na negativa de vigência da lei federal, consoante a interpretação formulada pela Corte Superior.**

Em face dessa decisão foi interposto o presente Agravo.

## TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO

O Ministério Público foi intimado da decisão recorrida, consoante carta de intimação eletrônica expedida em 03/02/2014, tendo a decisão de não admissão sido publicada na mesma data (**e doc 00355**). De qualquer forma, o Ministério Público, dá-se por intimado da r. decisão ora agravada, nos termos do artigo 186 do Código de Processo Civil, a partir desta data, buscando dar maior celeridade ao exame da matéria, sendo portando **tempestivo** o recurso.

Por outro lado, expressa é a disposição do artigo 28 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990: *“Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.”*

## DAS RAZÕES PELAS QUAIS O RECURSO ESPECIAL DEVE SER CONHECIDO E PROVIDO

Atendidos estão todos os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo ora Agravante, com fulcro no artigo 105, III, *a* da Constituição Federal, merecendo a r. decisão agravada ser modificada, com o posterior provimento do Recurso Especial.

### Inaplicabilidade da Súmula 7 do STJ ao Caso Concreto

O reexame da prova, conforme o enunciado da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, escapa aos objetivos do Recurso Especial.

Vale destacar, no entanto, que não há como se confundir reexame de prova com interpretação da lei material. *In casu*, o que se discute não são os critérios adotados pela decisão recorrida, **mas sim a valoração jurídica dos fundamentos adotados pelo Acórdão prolatado pelo órgão fracionário do Tribunal de Justiça.**

O *v. acórdão* impugnado avaliando equivocadamente a prova produzida, em evidente *error in iudicando*, absolveu o acusado das graves imputações de crimes contra a dignidade sexual (estupros) praticados contra a vítima T. F. B., afastando a incidência do tipo penal incriminador do artigo 217-A do Código Penal, sendo inquestionável que a vítima possuía apenas 13 (treze) anos e 2 (dois) meses naquela ocasião, ainda que a cópula sexual tenha sido consentida pela menor.

Desta forma, inquestionável que tendo o Acórdão recorrido desprezado a forte prova produzida, que demonstra terem os fatos criminosos ocorrido da forma narrada na denúncia, de maneira incontroversa, **as questões levadas ao exame dessa Corte Superior são manifestamente de direito, não se tratando de mero reexame da prova.**

O julgamento colegiado, como se verá, contrariou e negou vigência ao tipo penal incriminador do artigo 217-A do Código Penal, vigente ao tempo

dos fatos, ao acolher a tese de erro de tipo – relativização da elementar da vulnerabilidade – em absoluto desalinho com os fatos imputados, que são incontroversos, não havendo a menor dúvida de que a ofendida possuía 13 anos de idade naquela ocasião, fato de pleno conhecimento do acusado, questão incontroversa no processo, e portanto, sendo o seu assentimento para a prática de relações sexuais absolutamente irrelevante para o Direito Penal, já que trata-se de pessoa imatura e ao amparo da legislação em vigor, considerada pela lei penal como pessoa vulnerável.

Desde já, repita-se, a questão a ser discutida é meramente jurídica, já que os fatos são incontroversos, não havendo a menor dúvida razoável de que o acusado tinha plena consciência de que a ofendida, ainda que tenha assentido com as práticas sexuais, era menor de 14 anos de idade, e não tinha capacidade para tal ato volitivo, daí resultar a conduta em crime de estupro de vulnerável.

Ora, estabelecer o alcance sobre fatos incontroversos em ordem a fazer incidir determinada norma legal afigura-se como *quaestio juris*.

Em verdade, a qualificação jurídica de fato certo é matéria de direito, perfeitamente adequada ao exame em sede de recurso especial, máxime diante excepcionalidade do caso concreto, como se verá adiante.

Ora, estabelecer o alcance sobre fato incontroverso em ordem a fazer incidir determinada norma legal afigura-se como *quaestio juris*.

Em verdade, a qualificação jurídica de fatos certos – hipótese que é a dos autos – encontra lugar em sede especial, consoante pacificado nesse *E. Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 52/131; REsp. 1.800- PR, Rel. Min. Gueiros Leite, DJU 28.5.90, p. 4.731; REsp. 3.199-MG, Rel. Nilson Naves, DJU 09.10.90, p. 10.894; RSTJ 27/303; REsp. 21.125-0-MS- EDcl, Rel. Min. Dias Trindade, DJU 31.8.92, p. 13.646)*.

Se é assim, as súmulas 07-STJ e 279-STF não impedem a admissibilidade do recurso.

Nessa linha, vale acentuar, a posição do Professor José Carlos Barbosa Moreira<sup>1</sup>:

*Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão somente a revisão in iuri, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão a quo. A singeleza, vale ressaltar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e de direito nem sempre é muito fácil de traçar com nitidez. Impende registrar que em geral se considera de direito a questão relativa à qualificação jurídica dos fatos, de modo que o tribunal ad quem, embora não lhe seja lícito repelir como*

<sup>1</sup> Moreira, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, vol. 5, 9ª ed., p. 589-590.

***inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão a quo, em ordem a extrair deles consequências jurídicas também diferentes (grifos nossos).***

**Ainda sobre o tema, ensina Barbosa Moreira<sup>2</sup>:**

***É também quaestio iuris a que se suscite acerca da observância de regra de direito probatório – inserta na Constituição, se trata de recurso extraordinário; na legislação ordinária, se trata de especial. Por exemplo: a decisão impugnada reconheceu eficácia a certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e, portanto, com violação do art. 5º, nº LVI, da Carta da República); a questão é controlável, no aspecto jurídico por meio de recurso extraordinário.***

**O tema foi igualmente abordado pelo magistério de Athos Gusmão Carneiro<sup>3</sup>, com conclusão semelhante:**

***Cumpra anotar que não constitui reexame da prova, a ponto de não permitir o conhecimento do recurso especial, a mera aferição da ocorrência de um determinado fato incontroverso e necessário ao julgamento da demanda, e que seja constatado pelo simples cotejo entre documentos, como, v.g., a aferição da data em que ocorreu determinado evento (Boletim do STJ, nº 02/98, p. 47).***

***Nesse jaez, “a questão da valorização da prova, no entanto, surge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo.***

**A respeito do tema, vale recordar a lição do saudoso Min. Rodrigues Alckmin, em voto proferido no RE 84.699, consoante excerto ora se transcreve:**

***O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo***

---

<sup>2</sup> *Op. cit.*

<sup>3</sup> Carneiro, Athos Gusmão, *Recurso Especial – Agravos e Agravo Interno*, Forense, 2ª ed, p. 24.

*ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha comprovado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui basto certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende a lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do jus constitucionis.*

Ainda nesse desiderato, decidiu o STJ, no Resp. 142.616, Rel. Min. Barros Monteiro, “a chamada ‘*valorização da prova*’ a ensejar recurso especial, é aquela em que há errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório...” (4ª Turma, ac. De 13.02.2001, DJU de 09.04.2001, p. 365).

A orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se pacificada sobre o tema examinado, conforme se vê dos arestos a seguir ementados:

**“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. VALORAÇÃO JURÍDICA DO FATO. DESNECESSÁRIO O REEXAME DE PROVAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO IMPROVIDO.**

1. Não encontra óbice no entendimento consolidado na Súmula 7/STJ o recurso que se limita à discussão acerca da qualificação jurídica de ato emanado do Judiciário como a ordem judicial a que se refere o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967.

2. *Configura ordem judicial a determinação de Juiz do Trabalho dirigida a prefeito para que procedesse, de imediato, ao bloqueio do saldo pecuniário devido a empresa reclamada nos autos de reclamação trabalhista, bem como à colocação do crédito à disposição daquela Justiça Especializada.*

3. *Tipicidade da conduta reconhecida.*

4. *Agravo regimental improvido. Processo AgRg no REsp 679499/AM; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; 2004/0102813-9. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. 5ª Turma. J. 03/04/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 9/06/2008.”*

**“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE.**

**INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. *A questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática incontroversa. O aresto impugnado assim ressaltou a perda da posse da res pela vítima e a cessação da violência: “Conforme pode ser percebido, o agente foi detido por policiais militares instantes após a ocorrência do fato, vez alertados por populares e pela própria vítima.” Neste ponto, evidencia-se a desnecessidade de reexame de fatos e provas, mas apenas a reavaliação de fatos descritos no acórdão a quo e, portanto, legitimados pelo contraditório.*

2. *Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de “subtrair”, podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apreensão ou amotio, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranquila. Dessa forma, a posse tranquila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranquila da res.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento. Processo AgRg no REsp 859952/RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0122703-0. Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). 6ª Turma. J. 27/05/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 09/06/2008.”*

Portanto, o que se pretende no apelo extremo é simplesmente revalorar juridicamente os argumentos do acórdão, pois equivocadamente admitiu o erro de tipo para relativizar a elementar da vulnerabilidade, integrante do crime descrito no art. 217-A, do Código Penal, ao arrepio da prova inequívoca dos fatos imputados, conforme se vê dos depoimentos integrantes da mídia eletrônica que integra o processo em sua raiz de documentos (com fácil visualização na consulta às etapas do processo no primeiro grau de jurisdição). E sendo tal tarefa absolutamente pertinente ao caso concreto, conforme demonstrou-se acima, admitida inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, a hipótese é de absoluta pertinência no âmbito do recurso especial, a fim de permitir a pacificação no plano nacional do tema jurídico, que é extremamente relevante, já que atinge de chofre a

questão da relativização ou não do conceito de vulnerabilidade do menor de 14 anos, quando consente na manutenção de conjunção carnal com pessoas penalmente imputáveis.

Ademais, a repercussão social do tema é inequívoca, ainda que não seja requisito do recurso especial, diante de sua importância jurídica e social, reforça a admissibilidade do apelo extremo.

#### **Da Inaplicabilidade do Verbete de nº 83 do STJ ao Caso Concreto.**

Equívocou-se, *data venia*, a ilustrada Terceira Vice-Presidência da Corte local ao fundamentar a denegação do apelo extremo (recurso especial), ao argumento de que a orientação Jurisprudencial da Corte Superior, responsável pela pacificação do direito no plano nacional, teria se firmado no sentido adotado pelo acórdão do órgão fracionário inferior. Como cediço, e antes apontado neste recurso de agravo, é perfeitamente possível a reavaliação jurídica dos argumentos do acórdão, como se vê a seguir exemplificado.

E ainda especificamente em hipóteses assemelhadas, confira-se a Jurisprudência do Tribunal Cidadão:

**PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. FORMA SIMPLES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI Nº 8.072/90.**

**ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO.**

*I – Consoante a mais recente orientação jurisprudencial, constituem os crimes de atentado violento ao pudor e estupro, ainda que perpetrados em suas formas simples e com violência presumida, em crimes hediondos, submetendo-se o condenado por tais delitos ao cumprimento de pena sob o regime integralmente fechado, a teor do disposto na Lei nº 8.072/1990 (Precedentes do STF e do STJ).*

*II – Em nosso sistema, atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos. A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial. (Precedentes).*

*III – Eventual erro na imputação legal pode ser corrigido no momento da sentença ex vi art. 383 do CPP, sem causar prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, pois os réus se defendem dos fatos descritos na denúncia.*

**IV – Com a entrada em vigor da Lei nº 11.106/2005 que, entre outras providências, revogou o inciso III do art. 226 do Código Penal, resta prejudicado, neste ponto, o presente recurso.**

**Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.**

**(REsp 765.593/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 468).**

**RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ACÓRDÃO DE APELAÇÃO QUE DESCLASSIFICA O DELITO PARA A FORMA TENTADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DA PROVA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO.**

**1. Embora o acórdão de apelação, reformando sentença condenatória, tenha desclassificado os delitos de atentado violento ao pudor para a forma tentada, a questão refere-se à valoração jurídica dos fatos, perfeitamente possível em sede de recurso especial.**

**2. Em nosso sistema penal, o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o delito com o contato físico entre o agressor e a vítima.**

**3. Inadmissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta.**

**4. O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados antes da edição da Lei nº 12.015/2009, são hediondos. Precedente - REsp nº 1.110.520/DF, admitido como representativo de controvérsia.**

**5. Declarada, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, devem ser observados, na fixação do regime prisional, os parâmetros do artigo 33, §§2º e 3º do Código Penal.**

**6. Fixada a pena-base no mínimo legal, impõe-se estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do acusado, não reincidente e condenado à sanção definitiva de 7 anos de reclusão.**

**7. Diante do quantum da pena, inviável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inc. I, do Código Penal, que veda a benesse quando a sanção for superior a 4 anos de reclusão.**



*8. Recurso da Defesa a que se nega provimento, e recurso do Ministério Público provido, em parte, a fim de, reconhecida a modalidade consumada dos delitos, fixar a pena do acusado em 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.*

*(REsp 1313369/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013).*

Em verdade o acórdão do ilustrado órgão fracionário da Corte local negou vigência ao artigo 217-A do Código Penal, a pretexto de relativizar o conceito do novo crime de estupro de vulnerável, diante da redação na novel legislação, não se tratando de simples reexame de matéria de fato, e sim de reavaliação jurídica do posicionamento da Corte local, matéria de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do permissivo constitucional.

**NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL (NORMA INCRIMINADORA INSERIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PELO ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009), E VIGENTE AO TEMPO DAS PRÁTICAS CRIMINOSAS.**

Dispõe o artigo 217-A do Código Penal, na redação introduzida pela Lei nº 12.015/2009, e vigente ao tempo dos fatos imputados ao acusado:

*Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:*

*Pena- reclusão, de 08 (oito) a 15 (quinze) anos.*

Com efeito, o Acórdão recorrido negou vigência e contrariou expressamente a norma penal contida no dispositivo legal em destaque, visto que os fatos imputados restaram incontroversos ao longo da instrução criminal, tendo sido desprezadas por completo as provas contundentes produzidas, as quais conferem certeza a respeito da ocorrência dos mesmos.

De fato, o depoimento prestado em juízo pela vítima T. torna certo que o acusado tinha plena ciência de que esta era menor com 13 anos de idade, e não tinha experiência sexual, pois inclusive era virgem, como deixa inquestionável a prova pericial e laudo psicológico. Aliás, em nenhum momento da inquestionável prova, há qualquer dúvida sobre essa ciência inequívoca do acusado: tinha certeza que a ofendida era menor de 14 anos, inclusive a menor usava trajes escolares de escola pública diurna que frequentava. Ademais, a jovem, de origem pobre, trabalhava no bar administrado pela mãe, em Jacarepaguá, servindo comidas e bebidas na parte da manhã, local aonde conheceu o acusado. Após breve relação de amizade de cerca de três meses, começou a sair com o acusado, homem experiente e galanteador, que

possuía um carro de grande porte, e passaram a ter envolvimento afetivo breve. Conforme inequívoca prova, descrita e esmiuçada na sentença penal condenatória, a jovem faltou a aula no Colégio público na Barra da Tijuca, para ir ao encontro do acusado, com quase 30 (trinta) anos de idade, e na casa dele, consentiu na prática de conjunção carnal, repetida mais uma vez em outra ocasião próxima.

Apesar da negativa de autoria do acusado, travestida de alegação defensiva de erro de tipo, tal tese é absolutamente afastada do panorama probatório dos autos, sendo mera argumentação falaciosa, a fim de respaldar a equivocada absolvição por erro escusável quanto à idade da vítima.

Portanto, a hipótese é de reavaliação jurídica dos argumentos do acórdão que simplesmente acataram a tese defensiva secundária, em absoluto arrepio da prova dos autos, para acolher erro de tipo escusável ou inevitável, quando tudo que foi apurado durante a instrução probatória, aponta para a prática de relações sexuais pelo acusado, homem maduro, que possuía inclusive companheira e filho, com a menor impúbere, quase pré-adolescente, que acabara de completar seus 13 anos de idade, e inclusive trajava uniforme escolar quando ingressou na casa do acusado para a prática de atos sexuais.

Não há lugar para o reconhecimento do erro de tipo, de molde a afastar o dolo, pois o agente tinha a plena convicção de que a jovem era menor, e menor de 14 anos, vale a repetição, estava na escola pública cursando a sétima série, e contava com a sua cumplicidade para encobrir e não tornar público aqueles atos, para evitar a responsabilização criminal ( na inquisa, ver sua versão quando admite que sabia que a ofendida tinha 13 anos de idade – e – doc. 00023- fls. 19/20).

Aproveitou-se da jovem, então com 13 anos de idade, para desvirginá-la, como constatou o auto de exame de corpo de delito – conjunção carnal – de fls. 12/13.

A sentença condenatória afastou a tese do erro de tipo escusável, de forma muito bem fundamentada, consoante se vê do excerto ora transcrito, para facilitar a reavaliação jurídica necessária ao caso concreto, pedindo vênia, para a transcrição (e-doc. 00201 – fls. 183/187 do original):

“.....(....)

*Ademais, não é crível a alegação de erro de tipo escusável.*

*‘Não há dúvidas na consciência desta Julgadora de que o Réu tinha plena ciência da idade da vítima, mormente por frequentar o local de trabalho de sua genitora... T., trajando uniforme escolar, se encontrava com ele. Ademais, Moacyr aduz no interrogatório que manteve uma “amizade” com a vítima por três ou quatro meses. Conversaram em diversos momentos. Desta feita, tenho que qualquer homem de idade aproximada*

*a do Réu, isto é, quase 30 (trinta) anos, perceberia, pelo vocabulário, comportamento e concatenação de ideias, que T. era praticamente uma pré-adolescente... “(...)*

Saliente-se que, em se tratando de delitos contra a liberdade sexual (estupro), agora conceituados como crimes contra a dignidade sexual, por serem crimes clandestinos, a jurisprudência é categórica em atribuir especial relevância à versão da vítima, motivo pelo qual o depoimento da ofendida não poderia ter sido desconsiderado no presente caso. A Jurisprudência dessa Corte é remansosa, conforme se vê do extrato ora copiado:

*“A palavra da vítima, em sede de crime de estupro (...), em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não têm testemunhas, ou deixam vestígios (Precedentes)”. HC 98093/SC, 5ª T., relatoria do Min. Félix Fischer, DJ 12/05/2008, p. 1.*

A contundente prova, repita-se, inequívoca, evidencia outrossim, com clareza solar, que os fatos imputados efetivamente ocorreram, e que o acusado tinha plena consciência da idade da menor, e sua vulnerabilidade, presumida pela lei, não sendo admissível que o Tribunal *a quo* negue a sua existência. Assim sendo, o Tribunal *a quo*, ao negar a ocorrência dos crimes descritos na denúncia, apesar dos fatos narrados serem incontroversos, incorreu em flagrante erro de qualificação jurídica dos mesmos e, sendo certo que controvérsias acerca da qualificação jurídica de fatos constituem questões de direito, perfeitamente viável é o seu reexame em sede de recurso especial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados dessa Corte Superior:

*“Recurso especial.*

*Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados.”*

*(AgRg nos EREsp 134108/DF, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/1999, DJ 16/08/1999 p. 36)*

**“RECURSO ESPECIAL. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS.**

***As questões relativas ao exame da prova pericial e ao quantum fixado a título de indenização, in casu, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.***

***Antes mesmo da edição do Decreto nº 10. 251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei nº 4.771/1965, bem como os Decretos nº 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.***

***A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.***

***Recurso especial provido. Decisão unânime.”***

***(REsp 196456/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2001, DJ 11/03/2002 p. 219).***

Conforme anota Luiz Orione Neto (*Recursos Cíveis*, Ed. Saraiva, 2009, p. 452), o Supremo Tribunal Federal posiciona-se na mesma linha:

***Nesse sentido, expressivos julgados do STF: “O exame da prova pode dar ensejo ao recurso extraordinário quando o juiz delira das diretrizes da lei, quanto à eficácia em tese de determinada prova, porque, neste caso, a questão é simplesmente de juris’. “Sabe-se que a incidência da lei federal pode ser afastada pelo deixar-se de aplicá-la ao fato em que é aplicável, como também pode ser afastada pelo definir-se erroneamente o fato em que, definido fosse com acerto, ela incidiria”.***

Ademais, o Ministério Público, resumiu bem a prova, consoante se vê do excerto do Parecer, ora transcrito:

***“Não assiste razão à defesa, eis que as provas trazidas pela acusação são robustas. A materialidade do delito foi comprovada pelo Registro de ocorrência às fls. 03/04, pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito de Conjunção Carnal e Ato libidinoso às fls. 12/13, além dos depoimentos de testemunhas e da vítima.***

***Por outro lado, quanto à autoria, não restaram dúvidas diante dos depoimentos prestados em sede judicial e policial. Narra a vítima***

*que conheceu o acusado no negócio de sua mãe, um bar, onde a vítima ajudava a servir café da manhã e almoço. Após, a vítima começou a se encontrar com o acusado em seu carro após a escola por diversas vezes e, em dado momento, o acusado chamou a vítima à sua casa, o que ocorreu duas vezes durante o horário de sua aula, e nas duas vezes teriam tido relações sexuais. A vítima afirma também que não havia tido relações sexuais anteriormente, que tinha 13 (treze) anos à época dos fatos e que o acusado teria usado preservativo em ambos os atos sexuais.*

*Do mesmo modo, narra a testemunha João Batista Felix Barbosa, pai da vítima, que esta morava e trabalhava com a sua mãe, que tinha uma cantina. A vítima teria lhe contado que conhecera o acusado na cantina e aproximou-se dele após uma festa, tendo iniciado um relacionamento, trocando mensagens e telefonemas. Ambos teriam tido encontros no carro do acusado, sendo que duas vezes se encontraram na residência do réu, a pedido deste, momento em que teriam tido relações sexuais. Ademais, informa que a mãe da vítima, após a descoberta do ocorrido, teria recebido ameaças de morte por telefone.*

*Cabe ressaltar ainda que todos os depoimentos confirmam o que foi relatado pela vítima, sendo harmoniosos e uníssonos, apontando o réu como autor do delito perpetrado.*

*Desta feita, não restam dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito. Apesar da negativa do réu em juízo, e dos depoimentos das testemunhas da defesa, desalinhados do conjunto probatório, a defesa não logrou trazer elementos de prova que desconstituísem os demais depoimentos prestados e as provas coligidas.*

*Assim, diante de robusto conjunto probatório, os elementos do processo estão aptos a ensejar o decreto condenatório quanto ao crime do art. 217-A do Código Penal.*

***Incabível, a tese defensiva de relativização da vulnerabilidade da vítima, alegando ter esta consciência do ocorrido, tendo aceitado a prática do ato sexual, como afirmado em seu depoimento em juízo.***

***A esse respeito, primeiramente cumpre salientar que a violência como elementar do tipo de estupro de vulnerável, na hipótese, é a violência presumida, em face da menoridade da ofendida, pois era menor de quatorze anos ao tempo dos fatos imputados, nos termos do art. 217-A, do Código Penal. Assim, considerando que não há dúvidas que o acusado tinha conhecimento da idade da vítima, como narrado pela mesma***

**também no depoimento, sendo que sempre o acusado se encontrava com a mesma após seu horário escolar, ou ainda, durante esse período, é incabível a simples alegação de erro de tipo quanto à idade real da vítima ao tempo dos fatos, sem comprovação efetiva.**

Desse modo, não há dúvidas da autoria e materialidade do delito, e da reprovação necessária que merece a conduta do acusado, face à proteção que o ordenamento pátrio oferece a crianças e adolescentes.

**Pequeno reparo, a nosso ver, merece a dosimetria penal, já que o fato de ser a primeira relação sexual, por si só, não é motivo para justificar a exasperação da pena-base, e tal fato resulta da própria definição de vulnerabilidade descrita na lei penal, implicando a cópula sexual com menor de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável.**

Na hipótese, houve o consentimento nas relações sexuais com o agente, embora tal assentimento por parte da vítima não seja reconhecido pelo Direito Penal. O tipo penal presume isto sim a vulnerabilidade da vítima. Por outro lado, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não são desfavoráveis ao agente, sendo adequado em termos de resposta penal a manutenção da pena-base no mínimo legal.

**Hipótese de continuidade delitiva, diante da demonstração da reiteração das condutas, presentes os requisitos legais do art. 71 do Código Penal, com exasperação no mínimo legal.**

Com efeito, o art. 224, *a*, do Código Penal, ora revogado, na redação anterior à Lei nº 12.015/2009, previa hipótese de presunção absoluta de violência nos crimes contra os costumes quando a vítima não era maior de 14 (quatorze) anos, tornando juridicamente irrelevante a prova de seu consentimento ou de sua experiência sexual anterior, visto que as mesmas não tinham capacidade para consentir ou resistir. Esse era o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica das ementas ora transcritas:

**EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA (ARTIGOS 213 E 224, "A" DO CÓDIGO PENAL). CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 107, INC. VIII, DO C.P.). DEFICIÊNCIA DE DEFESA. "HABEAS CORPUS". 1. O pedido de "Habeas Corpus" não pode ser conhecido, no ponto em que sustenta a extinção da punibilidade, pelo casamento da ofendida, ocorrido**

*posteriormente à sentença condenatória e antes do acórdão que a confirmou. 2. É que tal fato não constou dos autos em que proferida a condenação e só foi ventilado com a presente impetração, como expressamente admitido na inicial. 3. Sendo assim, quanto a esse ponto, não pode, o Tribunal prolator do acórdão impugnado, ser apontado como autoridade coatora, pois nada constava dos autos a respeito do casamento da ofendida com terceiro. Não se tratava, assim, de questão que estivesse devolvida à sua consideração, mesmo de ofício. 4. Essa questão, portanto, pode ser suscitada, pela via própria, perante o Tribunal competente. 5. O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, “a”, do C. Penal). Precedente. 6. No caso, ademais, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão (artigo 224, “a”, do C. Penal), visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir. 7. Havendo o Defensor dativo praticado todos os atos que se lhe poderiam exigir e tendo, inclusive, alcançado êxito parcial com sua apelação, de que resultou considerável redução da pena, e não se evidenciando, nos presentes autos, a alegada deficiência de defesa, é de se repelir tal alegação. 8. “H.C.” conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido, cassada a liminar.*

*(HC 74286, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 22/10/1996, DJ 04-04-1997 PP-10521 EMENT VOL-01863-02 PP-00390).*

*EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF – após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário – conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto*

*à idade da vítima pode excluir.*

(HC 81268, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/10/2001, DJ 16-11-2002 pp-00008 EMENT VOL-02052-02 PP-00274).

Na doutrina, a questão sobre o caráter da presunção de violência nos crimes contra os costumes foi bem delineada pelo Professor FERNANDO CAPEZ, In: *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, volume 3, 2004, p. 70:

*O menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais. A tendência na doutrina é emprestar valor relativo a essa presunção (juris tantum), corrente esta minoritariamente partilhada pela jurisprudência. Tem-se, assim, afastado essa presunção nas seguintes hipóteses: vítima que aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despuddorada, devassa. Entretanto, os Tribunais Superiores têm adotado entendimento no sentido de que a presunção de violência é absoluta quando o crime for praticado contra vítima menor de idade (juris et de jure). Assim, tem-se sustentado que o consentimento de menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor; (...)*

O acórdão recorrido acolheu a tese do erro de tipo, em absoluto desprezo à prova produzida, e estampada na mídia digital na raiz do e-jud, com fácil acesso de pesquisa, com imagem e som, para relativizar a elementar do tipo penal do art. 217-A do Código Penal, reconhecidamente de caráter absoluto, para absolver o acusado.

Portanto, a simples menção do aresto recorrido à prova, não tem o condão de inviabilizar a reavaliação jurídica daquela e dos argumentos do acórdão, diante da evidente negativa de vigência da Lei Federal, permitindo que essa Corte Superior efetive o controle da aplicação da lei federal e sua interpretação, cumprindo o seu papel Constitucional de Tribunal Cidadão.

Saliente-se, ainda, por oportuno, que a discussão acerca da natureza jurídica da presunção de violência do artigo 224, a, do Código Penal, com edição da Lei nº 12.015/09, perdeu o sentido, diante do fato de que tal circunstância agora integra o delito de estupro de vulnerável (artigo 217-A, do Código Penal), e dessa forma o legislador ordinário manteve a tutela da vítima inserida naquelas circunstâncias.



Hodiernamente, com a introdução na proteção penal da figura do vulnerável, a determinação da idade foi uma eleição político-criminal do legislador, nos exatos termos do art. 217-A do Código Penal. Em verdade, o tipo penal não presume nada, apenas protege o menor de 14 anos, vedando que com ele seja praticado relacionamento sexual, seja cópula sexual ou outro ato libidinoso diverso daquele, havendo um critério objetivo para análise da figura típica, a idade da vítima.

É absolutamente irrelevante o consentimento da vítima, se menor de 14 anos, como na hipótese dos autos. Aliás, a tese do erro de tipo escusável para excluir o dolo na conduta do agente, se encontra totalmente repudiada pela prova, fatos incontroversos, não tendo qualquer pertinência o seu acolhimento sob o argumento de que o acusado não sabia da idade da vítima, diante de seu comportamento leviano ou algo extrovertido.

Destarte, diante do quadro probatório que demonstra, de forma cabal e insofismável, a autoria dos crimes contra a dignidade sexual da vítima, que contava com menos de 14 (quatorze) anos ao tempo dos fatos, há necessidade de reconhecer-se o *error in iudicando* na avaliação jurídica adotada pelo Acórdão, cabendo a essa Corte Superior, a grave responsabilidade de restaurar a ordem jurídica violada, vindo a reformar o Acórdão *a quo*, dando nova qualificação jurídica aos fatos, equivocadamente avaliados pelo Acórdão recorrido, e restabelecer a sentença penal condenatória, ainda que mitigando a resposta penal como sugerido no Parecer da Procuradoria de Justiça.

Por fim, é de se ponderar que o caso em análise é excepcional, tendo-se em vista a gravidade dos delitos praticados, a severidade da pena imposta em primeiro grau de jurisdição e a flagrante injustiça do acórdão recorrido que, desprezando os fatos incontroversos ocorridos, absolveu o réu das imputações dos crimes contra a liberdade sexual em absoluto desprezo à prova produzida e reconhecida na sentença.

Assim sendo, trata-se de questão relevante, merecedora de reexame por essa Egrégia Corte, consoante ensinamento do *Min. Athos Gusmão Carneiro*, em “Encontro de Presidentes de Tribunais”, realizado nessa Corte em setembro de 1990, p. 79/80, *apud* DJU 5.8.91, p. 10.020, que assim se posicionou:

*O critério da relevância é critério que não pode ser relegado ao absoluto abandono. O Tribunal Nacional existe para julgar as questões relevantes, não as irrelevantes. Se é uma questão que se apresenta como muito relevante, no sentido de que a sua decisão interessa não apenas ao caso concreto, às partes, mas à sociedade, à comunidade em geral, se é caso em que vai se repetir milhares ou dezenas de milhares de vezes, então é conveniente, até, que o Superior Tribunal de Justiça apresente, de logo, o seu*

*posicionamento, que julgue tal lide e dê um sólido ponto de referência para os tribunais locais. Se houver uma manifesta e evidente relevância, entendo, pois, que o recurso deve ser admitido pela letra “a”.*

No Superior Tribunal de Justiça, veja-se o posicionamento a respeito do caráter **absoluto da vulnerabilidade**, consoante se vê, a título de exemplo:

**RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.**

**RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL.**

**PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.**

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido – que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade – subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decism condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (REsp 1371163/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

Portanto, inexorável a conclusão de que o Acórdão recorrido violou a norma jurídica em exame, contrariando-a e negando-lhe vigência, merecendo o recurso o exame dessa Corte Superior, para restauração da ordem jurídica violada,

e a pacificação do tema jurídico no plano nacional, de extrema importância e repercussão social, reformando-se o aresto recorrido e restabelecendo-se a condenação do acusado.

A exposição da matéria evidencia que a decisão ora atacada merece uma segura e precisa manifestação deste E. Superior Tribunal de Justiça, visando à pacificação da aplicação do Direito federal.

Por todo o exposto, postula o Agravante seja **conhecido** e **provido** este Agravo, com imediato processamento do Recurso Especial, aguardando-se, afinal, venha a ser provido nos termos e para os fins em que foi interposto.

Termos em que,  
P. deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 2014.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça