



DIVERGÊNCIA EM ACORDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL A SÚMULA Nº 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIVERGENCES IN AGREEMENTS OF THE COURT OF JUSTICE OF MATO GROSSO DO SUL THE SUMMARY NO. 593 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Bianca Pereira Zotti¹
Dra. Andrea Flores²

Resumo

Este artigo surgiu como Trabalho de Conclusão de Curso, do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, ano de 2023. Possui como objetivo compreender como é aplicada a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça pelos operadores de direito do Estado do Mato Grosso do Sul. Nesse sentido, buscaremos expor as contribuições e incitar a importância de observância do caso concreto na aplicabilidade de súmula. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, que possibilitou a leitura dos autores: Bitencourt (2020), Brodt (2010), Mitidiero (2016), Nucci (2016), Noronha (1983), Favoretto (2015), entre outros. A pesquisa encontrou dois julgados do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que contrariam a Súmula nº 593, do Superior Tribunal de Justiça, relativizando a vulnerabilidade no caso concreto.

Palavras-chave: Súmula n. 593. Conceito de Vulnerabilidade. Crimes Sexuais. Consentimento da Vítima. Acórdãos do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Abstract

This article emerged as a Course Completion Work, from the Law course of the Federal University of Mato Grosso do Sul, in the year 2023. It aims to understand how the Precedent No. 593 of the Superior Court of Justice is applied by operators of law of the state of Mato Grosso do Sul. In this regard, we will seek to expose the contributions and incite the importance of observing the concrete case in the applicability of the summary. This is a qualitative and bibliographic research, which allowed the contact with the authors: Bitencourt (2020), Brodt (2010), Mitidiero (2016), Nucci (2016), Noronha (1983), Favoretto (2015), among others. The research found two judgments of the court of Justice of Mato Grosso do Sul that contract the summary nº 593, of the superior court of justice, relativizing the vulnerability in the concrete case.

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. E-mail: biancazotti99@gmail.com

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora efetiva da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Key-word: Summary. Applicability. Vulnerable. STJ.

1 Introdução

A investigação proposta no título Divergência em Acórdãos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, na qual evidencia como estudo a observância do caso concreto na aplicabilidade de súmula.

O crime contra dignidade sexual, tipificado em questão como estupro de vulnerável no Código Penal, artigo 217-A “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”, diante disso, diversas decisões jurídicas não tipificavam em estupro de vulnerável motivando a que existia consentimento da vítima, entretanto, a Súmula nº 593, do Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que

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.

Diante disso, vale destacar que essa súmula é o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos e tem objetivo de orientar a comunidade jurídica, para unificar a interpretação das leis federais e desenvolver segurança ao sistema jurídico. No entanto, não se pode deixar de verificar o caso concreto, uma vez que existem diferentes situações, que podem afastar a tipicidade material da conduta do agente. Indubitavelmente, a aplicabilidade literal e positiva da Súmula nº 593, do STJ, pode acarretar em decisões equivocadas, prejudicando a vida do paciente, haja vista que tal crime é severamente punido no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, esse trabalho constata a divergência entre Acórdãos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul e a Súmula nº 593, do STJ, trazendo casos concretos em que é descartada a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos em face do consentimento da mesma.

2 Crime

O Código Penal vigente não expressa o conceito de crime, como continha as legislações passadas, ficando a cargo dos doutrinadores o definirem e conceituarem (MIRABETE, 2006, p. 42).

O conceito formal de crime é definido como um comportamento que é punível por lei. Segundo Jesus (1980, p. 142) este conceito resulta do aspecto da técnica jurídica, ou seja, do

ponto de vista da lei. Por sua vez, Fragoso (1995, p. 144) descreve o conceito formal de crime como uma conduta contrária ao Direito, a que lhe atribui pena.

O conceito material, segundo Noronha (1983, p. 410) é a conduta praticada pelo ser humano que lesa ou expõe a perigo o bem protegido pela lei penal. Ademais, de acordo com Machado (1987, p. 78) o conceito material de crime busca a essência do delito, mediante a fixação de limites legislativos de inscrição de condutas.

Os crimes são julgados por um sistema de justiça criminal, que pode envolver a polícia, tribunais e sistema prisional. As penalidades para os crimes variam de acordo com a gravidade do delito, e podem incluir multas, prisão, liberdade condicional ou outras medidas punitivas.

Destaca-se que a ação penal, nos casos de que envolvam crimes sexuais, é pública incondicionada.

Não importa se o crime foi praticado mediante violência, grave ameaça ou outro meio. A vítima, nestas condições, receberá tutela diferenciada do Estado por sua condição de maior vulnerabilidade. O importante é salientar que a ação privada nos crimes sexuais foi abolida. A vítima não mais é o titular da ação penal (COSTA E MACHADO, 2017, p. 76).

Segundo Favoretto (2015), a ação penal pública incondicionada trata-se da regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, sendo titularidade do Ministério Público.

3 Súmula

A função típica do Poder Judiciário é julgar, com base na lei, a fim de dirimir e solucionar conflitos. As súmulas foram instauradas no Brasil buscando desenvolver maior segurança ao sistema jurídico, uma vez que devem ser aplicadas em casos semelhantes.

Ademais, súmula é o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos e tem objetivo de orientar a comunidade jurídica, para unificar a interpretação das leis federais, por meio de edição realizada pelos tribunais superiores brasileiros. Em outras palavras, uma súmula é a posição de um tribunal estabelecer a interpretação delimitada de um dispositivo pelos demais julgadores.

Segundo Mitidiero (2016, p. 83), as súmulas adentraram no ordenamento jurídico brasileiro por meio da emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1963. Diante disso, destaca-se o artigo 927, inciso IV do Código de Processo Civil

Os juízes e os tribunais observarão:
[...] IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Por fim, as sumulas proferidas pelos tribunais possuem papel importante para orientar a jurisprudência, entretanto não é vinculante. Nesse viés, apenas o Supremo Tribunal Federal

pode editar sumula vinculante, através de rito especial, que possui força normativa sobre os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme artigo 102, § 2º, da CRFB/88.

3.1 Súmula nº 593, do Superior Tribunal de Justiça

A Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que

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.

Dessa forma, segundo esta Súmula tem-se como proposto ser irrelevante eventual consentimento da vítima nos crimes sexuais, aplicando-se nos casos em que a vítima é menor de catorze anos. Entretanto, se por um lado busca-se a segurança jurídica, por outro, não se deve deixar de analisar o caso concreto, visto que existem situações diferentes e por vezes relevantes a afastar a tipicidade material da conduta do agente.

Vale destacar que, o Poder Judiciário tem o papel de julgar, de acordo com a lei, os conflitos existentes na sociedade, logo, os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, e essa função compete ao Poder Legislativo, nos termos do artigo 2º, da Constituição Federal.

Portanto, a aplicabilidade literal e positiva desta Súmula pode acarretar em decisões em que o conjunto probatório não traga elementos suficientes que comprovem a tipicidade do crime, devendo então ser analisado o caso concreto e não apenas se a vítima é menor de catorze anos.

4 Crimes contra dignidade sexual

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, prevê como fundamento a dignidade da pessoa humana. Ademais, no mesmo dispositivo legal, art. 5º, inciso X, está garantido que

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Indubitavelmente, a Carta Constitucional garante o princípio da dignidade da pessoa humana, a partir daí extrai-se a dignidade sexual, isto é, o indivíduo tem direito de escolher com quem deseja ter relacionamento sexual.

A Lei nº 12.015, de 2009, alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, substituindo o termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, com objetivo de adequar a legislação penal ao desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, tal denominação afastou a defesa de comportamentos sexuais baseados nos costumes, uma vez que, defende-se a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a Lei nº 12.015 dispõe sobre crimes contra a dignidade sexual, buscando assim proteger a dignidade da pessoa humana e também o respeito a vida sexual.

O direito a dignidade humana encontra respaldo no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que dispõe “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”. O conceito dignidade encontra-se em renovação pelos tribunais e doutrinadores, mas, vale ressaltar que

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra o todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2001, p. 73).

Neste contexto, Torres (2011) afirma que

Não se olvide que, desde a promulgação da Constituição de 1988, a dignidade humana já era reconhecida pela sociedade brasileira como um princípio fundamental e norteador de todo o sistema jurídico, político e social do nosso país. E a sexualidade, como atributo da pessoa humana, já deveria ter sido, desde então, submetida à proteção no âmbito da dignidade humana. Além disso, é preciso lembrar, também, que o Brasil, em face de suas normas e princípios constitucionais, submete-se, também, às normas e princípios de Direitos Humanos, ou seja, de um sistema internacional de proteção do ser humano, especialmente dos mais débeis e fragilizados. Assim, cabia ao Brasil adaptar a sua legislação e as suas políticas públicas a esses princípios. Aliás, não se olvide que, na Conferência do Cairo (1994), ficou afirmado o compromisso do sistema de Direitos Humanos com a necessidade do abandono da concepção patriarcal de controle da sexualidade das mulheres (TORRES, 2011, p. 185).

Por sua vez, o autor Brodt (2010) pontua em contrariedade a inovação “crimes contra a dignidade sexual”, dispondo

A alusão à "dignidade sexual" parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista

no art. 5.º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego de coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou deficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão "dignidade da pessoa humana", que estaria a dar suporte à "dignidade sexual", apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica (BRODT, 2010, p. 170).

Por fim, a mudança de nomenclatura comportou um princípio fundamental. Ademais, de suma relevância para o assunto do presente artigo, que tratará do Capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual) e do Capítulo II (dos crimes sexuais contra vulneráveis) do Código Penal.

5 Tipificação penal de Estupro

O Código Penal tipifica estupro no artigo 213

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Nesse esteio, estupro é um ato delituoso em que o agente constrange a vítima, por meio de violência ou grave ameaça, para fins de conjunção carnal ou prática de atos libidinosos. Vale lembrar que, Eger e Moraes (2018) consideram estupro um crime comum e para reconhecimento do crime precisa ser reconhecido as ações descritas no artigo 213, do CP, e também sem consentimento da vítima.

A conduta típica é constranger, isto é, forçar, coagir alguém a conjunção carnal ou ato libidinoso. Entende-se como conjunção carnal a introdução do pênis na vagina. Ademais, ato libidinoso é qualquer ato sexual que não seja conjunção carnal, por exemplo, toques genitais, sexo oral, beijo lascivo.

O meio para a prática de estupro é a violência, força física para vencer a resistência, ou a grave ameaça, isto é, violência moral intimidadora que faz a vítima entregar-se à concupiscência do agente.

5.1 Tentativa e consumação

A tentativa é possível no crime de estupro, mas entende-se que se o agente pretende praticar ato sexual e não consegue, entretanto, prática ato libidinoso, tal crime é consumado. O momento consumativo se dá a partir da prática de qualquer uma das práticas sexuais.

5.2 Formas qualificadoras de estupro

O artigo 213, §1º, do CP, aponta duas qualificadoras. A decorrente do estupro lesão corporal de natureza grave, hipótese taxativa prevista no artigo 129, §§ 1º e 2º, do CP

Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

A outra qualificadora, ainda, do artigo 213, §1º, do CP, é em razão da idade da vítima, maior de catorze anos e menor de dezoito anos. Nesse viés, se a vítima tiver menos de catorze anos o crime configura-se estupro de vulnerável, conforme artigo 217-A, do CP.

O artigo 213, §2º, do CP, prevê a qualificadora em razão do resultado de morte no estupro. Na hipótese de dolo na morte pode ocorrer concurso material de estupro, nos termos do artigo 213, *caput*, do CP e homicídio, conforme artigo 121, §2º, do CP. Vale destacar que, se o autor primeiro matar a vítima para depois realizar o ato sexual, não se caracteriza estupro, e sim concurso entre homicídio e vilipêndio a cadáver, nos termos do artigo 212, do CP.

5.3 Estupro de vulnerável

O estupro de vulnerável está previsto no Código Penal, no artigo 217-A, segue o disposto

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) 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.

Nesse sentido, afirma Grecco (2017) que

[...] a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática (GRECCO, 2017, p. 199).

A condição de vulnerabilidade da vítima é elemento constitutivo do tipo, sendo irrelevante o eventual consentimento, nas hipóteses de idade, menor de catorze anos, e da deficiência mental.

5.3.1 Vulnerabilidade do menor de catorze anos

O artigo 217-A estabelece proibição a prática de qualquer ato sexual para menor de catorze anos, ainda que este deseje e consinta com ato sexual, não é necessário que haja violência ou grave ameaça. A Súmula nº 593, do STJ, pacificou entendimento de que se tem como proposto ser irrelevante eventual consentimento da vítima, aplicando-se nos casos em que a vítima é menor de catorze anos.

No âmbito de estupro de vulnerável é imprescritível a tutela da dignidade sexual dos vulneráveis, para enfatizar tal afirmação Bitencourt (2020) traz que

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade (BITENCOURT, 2020, p. 237).

Desse modo, está presente no ordenamento jurídico conceitos decisivos para aplicabilidade da tipificação de estupro de vulnerável quando a vítima é menor de catorze anos, sendo irrelevante o consentimento da mesma.

Por sua vez, Nucci (2016) afirma que a pessoa maior de doze anos e menor de catorze anos, segundo a interpretação por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considera-se criança o menor de doze anos, portanto, afasta-se a vulnerabilidade. Nesse viés, havendo prova de “capacidade de entendimento da relação sexual” (Nucci, 2016, p. 1155) de

pessoa de doze e treze anos, não haverá estupro de vulnerável, se houver o consentimento da mesma. Além disso, ensina o mesmo autor que

Caso se aplique ao art. 217-A uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar à absurda hipótese de se considerar como autor do crime de estupro um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com a menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta. Não se pode esquecer que o Código Civil, no art. 1.520, permite expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez. Nessa linha, em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto. Em última análise, consoante a relativização da vulnerabilidade, expressamente conferida aos deficientes mentais e enfermos - conforme discorreremos a seguir - entendemos que, por interpretação extensiva, deve-se garantir igual tratamento aos menores de 14 anos, reputando-se como vulneráveis apenas aqueles que efetivamente não possuem o necessário discernimento para a prática sexual (NUCCI, 2010, p. 395).

Ademais, é possível o erro de tipo, previsto no artigo 20, do CP, que dispõe “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”. Assim, na hipótese em que as circunstâncias (lugar onde se encontra e aparência) pode ocasionar o erro quanto a idade, por presunção que a pessoa que praticou o ato sexual teria mais de catorze anos. O erro de tipo exclui o dolo, e a conduta torna-se atípica. Por isso, a necessidade de analisar o caso concreto e não apenas aplicar de forma literal a Súmula nº 593, do STJ.

Por fim, existe uma corrente doutrinária que ainda defende a vulnerabilidade, que defende o afastamento da tipicidade a depender da situação fática. Dessa forma, “a fixação de uma idade como limite de validade de consentimento é de todo inaceitável, pois o amadurecimento fisiológico de uma pessoa não segue padrões fixos, variando de indivíduo para indivíduo” (GILABERTE, 2020. p. 100).

5.3.2 Partícipe por omissão imprópria

É possível a prática do crime de estupro de vulnerável, como partícipe por omissão imprópria no crime cometido por outrem. Tal hipótese ocorre quando a vítima se encontra em uma das situações descritas no artigo 13, do CP

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Nesse viés, é dever legal da pessoa impedir o resultado e se omite, podendo agir. A exemplo disso, é uma mãe que vive em união estável e se omite ante aos atos sexuais praticados pelo seu companheiro contra sua filha, ainda que saiba que possa evitar.

6 Crimes hediondos

O autor Lenza (2019) preconiza acerca da hediondez

A hediondez acarreta diversas consequências gravosas ao crime, dentre as quais a inafiançabilidade, proibição de anistia, graça ou indulto e aplicação de regime inicialmente fechado para cumprimento da pena (independentemente da quantidade de prisão aplicada); a progressão de regimes e o livramento condicional ficam sujeitos a um período de tempo superior à regra geral (LENZA, 2019, p. 227).

A previsão constitucional e regulamentação pela Lei ordinária nº 8.072/1990. Nos termos determinados pelo artigo 5º, da CRFB/88

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Ao analisar a Carta Magna, é possível extrair que ao estipular um tratamento mais severo para certos delitos, o legislador constituinte quis proteger de forma rigorosa certos bens jurídicos, constituindo a norma de tal conteúdo nos direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, Mirabete (2012) afirma que os efeitos se obstinam em bens jurídicos como a vida, a dignidade sexual, a liberdade e outros.

Pelo fato, dos crimes hediondos tratarem de elevado potencial ofensivo, é necessário uma observância maior quanto a sua sanção, devendo sempre preservar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, Bezerra (2020) afirma que não pode admitir que o desejo por uma resposta célere a sociedade, venha ferir os direitos básicos defendidos constitucionalmente, devendo atender os princípios que norteiam um Estado Democrático de Direito.

A Lei ordinária nº 8.072, de 1990, dispõe no artigo 1º que

São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados, consumados ou tentados:

[...] V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

Destarte, desde que entrou em vigor, a lei nº 8.072/90, houve várias mudanças e, uma das mais relevantes foi em relação à progressão de regime no cumprimento de pena. No texto original, a lei de crimes hediondos estipulava que o cumprimento da pena deveria ser executado de forma integral em regime fechado, sem possibilidade de progressão. Nesse viés, o acusado permanecia recluso da sociedade.

É inaplicável aos crimes hediondos anistia, graça, indulto e fiança, nos termos determinados no artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.072/90. Além disso, o regime fechado é obrigatório para o início de cumprimento de pena, conforme artigo 2º, § 1º, da CRFB/88.

A vedação a progressão de regime, viola garantias individuais previstos na Constituição Federal. Uma vez que, há de observar os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88), da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CRFB/88) e da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CRFB/88). Nesse viés, no cumprimento de pena o condenado por crime hediondo terá direito a progressão de regime, após o cumprimento de 2/5 da pena, se for primário, e de 3/5 se reincidente (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90).

Vale ressaltar que, o prazo de duração da prisão temporária para este crime em investigação será de trinta dias, prorrogáveis em igual período, conforme artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90.

7 Acórdãos

Segue dois julgados do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que decidem contrário ao que é claramente previsto pela Súmula nº 593, do STJ:

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VULNERABILIDADE RELATIVIZADA - EXCEPCIONALIDADE - RELAÇÃO DE NAMORO E POUCA DIFERENÇA DE IDADE - RECURSO PROVIDO. Em regra, a vulnerabilidade não deve ser relativizada, no entanto, o julgador deverá apreciar as particularidades de cada caso trazido à apreciação do Judiciário. A ofendida, adolescente com 13 anos de idade, foi enfática ao afirmar que manteve relações sexuais com o acusado, um jovem de 18 anos de idade, voluntariamente; que nunca foi induzida ou forçada por ele. Trata-se de uma relação sexual consentida que se consumou no decurso de um namoro entre os jovens. O consentimento da vítima, manifestado em um relacionamento afetivo, aliado à pouca diferença de idade entre acusado e ofendida, torna inviável a condenação. Merece destaque o fato de que o acusado era menor de idade - 17 anos -, quando iniciou o relacionamento amoroso com a vítima. **CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.** (TJ-MS – APR 01011167820108120005 MS 0101116-78.2010.8.12.0005, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data do julgamento 21/07/2016, 3ª Câmara Criminal, Data da Publicação 22/07/2016).

Nessa apelação criminal, o cerne da discussão dos autos é a discussão se a ofendida se insere no contexto de vulnerabilidade, para incidência do delito previsto no artigo 217-A, *caput*, do CP.

O voto do Des. Dorival Moreira dos Santos, o relator, expõe João Batista Herkenhoff na obra “Como aplicar Direito”

Contudo, o sistema penal vigente pode ser menos desumano, menos distante do povo, através da arte e da consciência do juiz. Ou se terá um Direito mais justo, pela atuação do juiz, ou não se terá. Em outras palavras: se o juiz falhar na sua missão de humanizar a lei, de estabelecer o ajustamento entre os valores da lei e os valores do povo -, muito pouco ou nada restará de útil, socialmente útil, na lei.

O relator destaca que a vulnerabilidade em regra não deve ser relativizada, entretanto, o julgador deve apreciar as particularidades do caso apreciado pelo Judiciário. Ademais, as declarações colhidas são coesas, mostrando relacionamento amoroso entre jovens, e que a ofendida possuía discernimento necessário para consentir as práticas sexuais, assim, não encontrando-se em estado de vulnerabilidade. Os demais Desembargadores acompanharam o relator, e a decisão foi por unanimidade.

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA COM 13 ANOS DE IDADE – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – CONSENTIMENTO DA MENOR QUE DETINHA CAPACIDADE PARA ENTENDER O QUE REPRESENTA O ATO SEXUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS - RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A MENOR E O ACUSADO – RÉU QUE ASSUMIU A GRAVIDEZ E FILHO DA VÍTIMA, ALÉM DE PRESTAR TODO APOIO MATERIAL E EMOCIONAL PARA AMBOS - FATOS ANTERIORES AO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE - ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA - INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO - ERRO DE TIPO – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO PROVIDO. Não é simplesmente a faixa etária que define a vulnerabilidade ou a ocorrência do crime, mas o discernimento da menor para consentir ou não a prática sexual, devendo ser detidamente analisado o contexto fático, mormente se considerarmos a evolução dos costumes, cultura e moral da sociedade. No caso concreto, a vítima tinha maturidade sexual para compreender e consentir com a prática do ato sexual, de modo que pode-se concluir que não houve lesão à sua liberdade e dignidade sexual, o que afasta a tipicidade material da conduta, de modo a impor a absolvição do agente. Não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.480.881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada do art. 217-A, do CP, quando há consentimento da vítima, perpetrada quando não havia consenso no âmbito daquela Corte se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual. No caso concreto, o conjunto probatório não trás elementos suficientes que comprovem, de forma inequívoca, que o acusado tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, o que torna o crime atípico, o que enseja a sua absolvição, em observância ao princípio do in dubio pro reo. (TJ-MS - APR: 00001280520148120039 MS 0000128-05.2014.8.12.0039, Relator: Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Data de Julgamento: 26/11/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 30/11/2020).

Em tal apelação criminal, o relator Juiz José Eduardo Neder Meneghelli pontua que não ocorreu lesão a dignidade sexual da ofendida, já que, nesse caso concreto, a ofendida possuía capacidade para discernir e anuir ao ato sexual. Destaca também, o conjunto probatório não possui elementos satisfatório para comprovar que o paciente tinha conhecimento sobre a idade

da vítima, afastando a tipicidade pelo erro de tipo. Nesse viés, a decisão afasta a presunção absoluta de vulnerabilidade e impõe absolvição ao acusado, por meio do provimento do recurso.

Assim, ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado o entendimento de que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, *caput*, do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso diverso com pessoa menor de catorze anos, no entendimento dessas apelações expostas o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, enseja a relativização da vulnerabilidade da ofendida. Isso, considerando os fatos e fundamentos específicos apreciados no caso concreto.

Portanto, através do caso concreto, os juristas devem apreciar as matérias que lhes são submetidas, tendo em vista, tanto os direitos e garantias do vulnerável previsto, quanto os direitos e garantias do agente no ordenamento jurídico brasileiro.

8 Considerações finais

A retrospectiva histórica realizada demonstra como a história é fundamental na construção das legislações e aplicabilidade delas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de aproximar os problemas existentes na sociedade, a aplicabilidade mais justa possível para que seja garantido tanto a vítima quanto ao paciente seus direitos.

Nas duas apelações criminais, houve a necessidade de analisar o caso concreto, para que não houvesse a aplicabilidade de forma positiva e literal do entendimento firmado pelo STJ, Súmula nº 593. De forma que, para alcançar o julgamento justo, deve-se levar em conta as peculiaridades de cada caso.

Outrossim, é perceptível a importância de discutir sobre o entendimento da Súmula nº 593, do STJ, haja vista que debater sobre esse tema é necessário, já que é através de posicionamentos e argumentações que se constrói e muda-se entendimentos na sociedade, conseqüentemente também as decisões judiciais.

9 Referências

BEZERRA, César Bueno. **As Mudanças Promovidas na Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 13.964/19**. 2020. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/79721/as-mudancaspromovidas-na-lei-n-8-072-90-lei-dos-crimes-hediondos-pela-lei-n-13-964-19-anticrime>. Acessado em 12 fev. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. Disponível em:

<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2068.html#:~:text=%E2%80%9CO%20crime%20de%20estupro%20de,relacionamento%20a%20moroso%20com%20o%20agente.%E2%80%9D>. Acesso em 10 de jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de jan. 2023.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual:** a nova maquiagem da velha senhora. Ciências penais, vol. 13, p. 170, jul / 2010.

COSTA, MACHADO. **Artigo por Artigo, parágrafo por parágrafo.** Coordenado por David Teixeira de Azevedo: 7 ed. Barueri: Manole, 2017.

EGER, Poliana Ogibowski; MORAES, Carlos Alexandre de. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação.** 2018. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/2114>. Acesso em: 12 de jan. 2023.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Direito Penal Parte Geral e Parte Especial.** São Paulo. Editora RIDEEL, 2015. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/182324/pdf/0>. Acesso em 10 de março de 2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GILABERTE, Bruno. **Crimes contra a dignidade sexual.** 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 2020. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/184132/pdf/115>. Acesso em: 10 de março de 2023.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 17.ed.Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 1º V. 2ª Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

Legislação Informatizada - Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 15 de fev. de 2023.

Legislação Informatizada - Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 15 de março de 2023.

LENZA, Pedro. **Legislação Penal Especial.** Esquematizado. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal:** Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal** – parte geral, v. I. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 28º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro**. Ob. cit. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.

SARLET, Ingo Wolfgrang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Dignidade sexual e proteção no sistema penal**. Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]. 2011, vol.21, n.2, p. 185.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL TJ-MS - **Apelação Criminal**: APR 0101116-78.2010.8.12.0005 MS 0101116-78.2010.8.12.0005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/825889636?s=paid>. Acesso em 15 de fev. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL TJ-MS - **Apelação Criminal**: APR 0000128-05.2014.8.12.0039 MS 0000128-05.2014.8.12.0039. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/1135223814/inteiro-teor-1135224350>. Acesso em 17 de fev. 2023.