



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Autos Nº: [REDAZIDA]

Natureza: Inquérito

SENTENÇA

Trata-se de Inquérito Policial instaurado para apurar a prática de estupro de vulnerável (artigo 217-A, *caput*, do Código Penal), supostamente praticado por [REDAZIDA] em desfavor de [REDAZIDA], quando o autor tinha 19 anos à época dos fatos e a vítima 12 anos.

Consta nos autos que o relacionamento amoroso entre ambos era de conhecimento da mãe da vítima e ocorre desde outubro de 2017 e que em abril de 2018 a vítima se engravidou do autor.

Atualmente, possuem uma filha, constituíram família, o investigado trabalha e sustenta a família.

A autoridade policial indiciou [REDAZIDA] e [REDAZIDA], mãe da vítima, pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal.

O Relatório Interprofissional concluiu que a vítima teve relações sexuais com o investigado, que está bem e que futuramente pretendem se casar.

O Ministério Público, por sua vez, pugnou pelo arquivamento dos presentes autos, nos termos do artigo 386, inciso III (atipicidade material), sem prejuízo do disposto no artigo 18, todos do Código de Processo Penal.

É o relatório. Decido.

O crime de estupro de vulnerável encontra previsão no art. 217-A do Código Penal.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

A Súmula 593 do STJ diz que "O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, **sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.**"

A Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, acrescentou o § 5º ao art. 217-A para prever que "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.**"

Isto é, o Superior Tribunal de Justiça pacificou e, posteriormente, o legislador acrescentou o § 5º no art. 217-A do Código Penal para não deixar dúvidas de que é suficiente para a caracterização do crime de estupro de vulnerável que haja relação sexual com uma pessoa em desenvolvimento com idade menor de 14 (catorze) anos, independentemente, do consentimento da vítima, da experiência sexual e do relacionamento amoroso com o agente.

Portanto, em se tratando do crime de estupro de vulnerável, adotou-se como regra a presunção absoluta de violência sexual quando a vítima tiver menos de 14 anos.

Assim, em um primeiro momento, sempre que houver relação sexual com menor de 14 anos, o agente deverá ser processado e condenado, independentemente, de qualquer circunstância.

Caso tal regra seja adotada como absoluta haverá situações extremas que levarão à manifesta injustiça.

Nota-se que em razão das circunstâncias do caso, os autos devem ser arquivados.

A Constituição Federal assegura que a família, base da sociedade, **tem especial proteção do Estado** (art. 226).

O art. 227 da Constituição Federal preceitua que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o **direito à convivência familiar**.

O § 4º, do art. 227 da Constituição Federal, por sua vez, dispõe que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

Trata-se de um mandado expresso de criminalização, sendo o art. 217-A do Código Penal um crime que atende à finalidade constitucional de punir severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, cuja pena mínima é de 08 (oito) anos de reclusão.

Nota-se que deve haver um equilíbrio entre a proteção à família, que deve ser assegurada pelo Estado, e a proteção sexual da pessoa em desenvolvimento, que, igualmente, deve ser assegurada pelo Estado.

Por um lado tem-se uma adolescente que manteve relações sexuais com o autor, o que, em tese, configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, razão pela qual deve ser condenado a uma pena mínima de 08 (oito) anos de reclusão, com regime inicial fechado (proteção da dignidade sexual da adolescente). Por outro lado, tem-se que o autor e a vítima tiveram uma filha, constituíram família, que o autor trabalha, mantém a família e cuida da filha, sendo que eventual prisão, além de impedir que o pai se faça presente na vida familiar em momento tão importante da vida de uma criança, o pai não continuará trabalhando e causará prejuízos financeiros para a família e a filha (proteção da família e do direito da criança em ter um pai presente).

Qual valor deve prevalecer?

O caso comporta a aplicação da fórmula de Radbruch (pós-positivismo ético), que enuncia que “O direito extremamente injusto não é direito”.

Marcelo Novelino¹ ensina que:

Como *postura ideológica* perante o direito vigente, o pós-positivismo pode ser visto como uma via intermediária que busca

1NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 85.

preservar a segurança jurídica, mas sem adotar uma visão cética em relação à justiça material. **O caráter *prima face* atribuído à segurança jurídica, em casos extremos, pode ser afastado em nome da justiça.** O limiar para que um determinado conteúdo possa ser aceito como direito é sintetizado na seguinte frase: "**O direito extremamente injusto não é direito**". Ao fixar como limite a *extrema injustiça*, a versão alexyana da fórmula de Radbruch estabelece "um mínimo de justiça material do qual nenhum ordenamento jurídico pode abrir mão", contribuindo para delimitar o "terreno dentro do qual o direito formalmente promulgado e socialmente eficaz pode possuir validade" (BUSTAMANTE, 2008a).

A constituição, como diploma normativo encarregado de consagrar os valores fundamentais de uma sociedade ("**reserva de justiça**"), constitui-se no principal instrumento de realização dos ideais pós-positivistas.

É necessário que haja uma **reserva de justiça**, em observância aos valores constitucionais, como a proteção da família e o direito à convivência familiar, não sendo razoável aplicar a literalidade do art. 217-A do Código Penal sem uma ponderação de valores, sob pena de haver um grau de injustiça insuportável.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior² ensina que:

Em 1946, Gustav Radbruch publicou um pequeno (e polêmico) trabalho intitulado *injustiça legal e direito supralegal*, no qual, segundo alguns, ele teria abjurado suas posições positivistas e abraçado o jusnaturalismo, após os horrores do nazismo e de suas práticas genocidas.^[3] Essa viragem doutrinária de Radbruch é geralmente citada por muitos juristas do pós-guerra, embora haja controvérsias sobre se houve realmente uma mudança em seu pensamento original. Nesse texto, ele enunciou a hoje mundialmente conhecida "fórmula de Radbruch", que tenta resolver os **conflitos entre a segurança jurídica (decorrente da aplicação do direito posto) e a justiça (que estaria num plano supralegal, de índole jusnaturalista)**. A fórmula consiste no

² Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo>>. Acesso em 10/07/2019.

seguinte enunciado: o conflito entre a justiça e a segurança (rectius, certeza) jurídica pode ser adequadamente resolvido pelos seguintes critérios: **1) o Direito Positivo, baseado na legislação e no poder estatal, tem aplicação preferencial, mesmo quando seu conteúdo for injusto e não for benéfico às pessoas; 2) a justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar insuportavelmente (rectius, extremamente) injusta, a tal ponto que se mostre uma norma injusta, continente de um direito injusto.**

A fórmula de Radbruch tem sido aplicada em decisões judiciais, quando o Superior Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de se relativizar a coisa julgada, pois não havia injustiça em um grau insuportável (Radbruch), razão pela qual os efeitos da coisa julgada deveria prevalecer.³

Nesse sentido, Rubens Correia Júnior⁴ cita ainda o Recurso Especial n. 882.046-RS, em que a Ministra Laurita Vaz, diz em seu relatório que:

Cabe ressaltar que a aplicação da lei penal deve respeitar o ordenamento jurídico e a sua finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Como bem salienta Assis Toledo, “a característica do ordenamento jurídico que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir ou com o punir, quer evitar o crime. **Com razão assinala Radbruch: “...importa não esquecer que o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determiná-la em harmonia com seus preceitos e impedir toda a conduta contrária a eles.”** [...] Prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se completam. E, ainda, que isto possa parecer incoerente, não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, pois

3JÚNIOR, Rubens Correia. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-87/a-formula-de-radbruch-e-as-decisoes-brasileiras/>>. Acesso em 10/07/2019. “Portanto, se não há inexistência formal (falta de citação) ou substancial (inadmissibilidade jurídica dos resultados), nem mesmo injustiça em grau insuportável (RADBRUCH), os efeitos da coisa julgada devem prevalecer. Assim sendo, a pretensão recursal da recorrente não procede”. REsp 720.170/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.08.2006, DJ 01.09.2006 p. 246.

4JÚNIOR, Rubens Correia. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-87/a-formula-de-radbruch-e-as-decisoes-brasileiras/>>. Acesso em 10/07/2019.

não se pode negar que pena cominada não é igual a pena concretizada, e que esta última é realmente pena da culpabilidade e mais tudo isto: verdadeira expiação, meio de neutralização atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinqüente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres” (in Princípio Básicos de Direito Penal, 4.^a ed., Saraiva, p. 3).” (destaque no original)

Cautelas deve haver em razão dos riscos do subjetivismo em ponderar valores e dizer quando haverá um grau de injustiça que se torne insuportável.

Não há parâmetros objetivos para aferir o grau de injustiça. Direito não é Ciências Exatas e a análise deve ser feita de forma que abstraia o máximo das concepções pessoais do julgador, sendo necessário, para tanto, que haja um ônus argumentativo em grau elevado.

Não se trata de aplicar ao caso a exceção de Romeu e Julieta, que preconiza a relativização da vulnerabilidade etária quando a diferença de idade entre as partes for pouca, até porque a diferença de idade entre o autor dos fatos e a vítima é de 07 (sete) anos.

Trata-se de tutelar um bem maior, decorrente de uma relação de afeto duradoura, consentida, com autorização da família e que originou uma criança e uma nova família. Trata-se de uma relação sem que esteja presente qualquer conotação de exploração sexual.

A família deve servir como uma blindagem, não para a prática de crimes, mas para evitar que o estado ou qualquer possa causar danos irreversíveis a um direito fundamental tão sagrado e a maior razão da vida: a família.

É da família que surgem os valores, a formação do caráter, a sociedade é formada e as relações de convívio social são desenhadas.

Não é o caso de discorrer nessa sentença se menores de 14 anos podem ou não ter relações sexuais, pois já foi pacificado que não.

No entanto, é o caso de se discutir se essa regra deve ser aplicada sem exceções, independentemente, de qualquer circunstância.

As circunstâncias referentes ao consentimento da vítima, experiência sexual anterior e existência de relacionamento amoroso já foram pacificadas que não excluem o crime (art. 217-A, § 5º, do CP e Súmula 593 do STJ), mas a constituição de uma família, a presença do pai na vida da criança e a manutenção da família pelo pai não foram decididos pela jurisprudência, nem pelo legislador.

Dessa forma, deve ocorrer a derrotabilidade da regra, de forma que seja superada a aplicação fria e literal do art. 217-A do Código Penal.

A “derrotabilidade da regra” (ou superabilidade) deve ocorrer em casos extremos e devidamente fundamentados, sob pena de haver intensa insegurança jurídica e permitir que cada julgador decida da forma que lhe convier.

Dirley da Cunha Júnior ensina que “A derrotabilidade da norma jurídica significa a possibilidade, no caso concreto, de uma norma ser afastada ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável.”⁵

Para tanto, Humberto Ávila⁶ propõe condições necessárias para se aplicar a “superabilidade das regras”, que consistem em requisitos materiais (ou de conteúdo) e em requisitos procedimentais (ou de forma).

□ **requisitos materiais (ou de conteúdo): a superação da regra pelo caso individual não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à regra.** E explica o autor: “... há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação”;

□ **requisitos procedimentais (ou de forma):** a superação de uma regra deve ter a) **justificativa condizente** - devendo haver a “... demonstração de incompatibilidade

5 Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/207200076/o-que-e-derrotabilidade-das-normas-juridicas>>. Acesso em: 10/07/2019.

6 H. Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 112-114. (Extraído do livro: LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 21ª edição. São Paulo. Saraiva, 2017).

entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige". E, ainda, a "... **demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica**". Em outras palavras, a *justiça individual* não poderá afetar substancialmente a *justiça geral*, b) **fundamentação condizente** — as razões de superação da regra devem ser exteriorizadas, para que, assim, possam ser controladas. "A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada"; c) **comprovação condizente** — "... não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de provas adequados, como documentos, perícias ou estatísticas. A mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra".

O **requisito material** encontra-se presente, pois este caso individual não causa insegurança jurídica, nem prejudica a concretização dos valores inerentes à regra geral de proibição de manter relações sexuais com menores de 14 anos, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar, por dificuldade de ocorrência ou de comprovação.

Ou seja, não é comum que pessoas que mantenham relação sexual com menor de 14 anos queiram constituir família, tenha filho e a parte autora mantenha a família.

O **requisito procedimental** também se encontra presente. A **justificativa condizente** decorre da ausência de exploração sexual e de danos à vítima, o que foi comprovado mediante Relatório Interprofissional, além da constituição de família e necessidade da presença do pai, na vida da criança e na manutenção da família. Não há insegurança jurídica, nem a justiça individual afeta substancialmente a justiça geral, dada a excepcionalidade do caso. A **fundamentação é condizente**, na medida em que a sentença exterioriza todas as razões de decidir. A **comprovação é condizente**, uma vez que nos autos constas as provas necessárias para a sentença, consistente no laudo

confeccionado por equipe interprofissional, depoimento do investigado e da mãe da adolescente.

De mais a mais, não é razoável, proporcional impingir ao indiciado um processo que poderá resultar em uma condenação criminal a uma pena mínima de reclusão de 08 (oito) anos e, conseqüentemente, em prisão no regime inicial fechado, o qual deverá permanecer por no mínimo 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 11 (onze) dias (art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90), o que causará um desequilíbrio e desestrutura familiar, sofrimento na própria vítima e ausência de um pai em momento tão importante na vida de uma criança.

A regra é a continuidade do processo, mas em situações excepcionais, é possível que os autos sejam, desde já, arquivados, pois o prosseguimento e uma eventual sentença condenatória seria, por vias transversas, condenar a família, a própria vítima e a filha.

Em uma ponderação de valores, a proteção da família deve preponderar, neste caso, em relação à presunção de proteção da dignidade sexual da vítima, pois esta não foi afetada a ponto de causar uma repulsa social e comprometer o desenvolvimento da vítima, conforme atestado no relatório interprofissional. Nota-se que não houve traumas e prejuízos para a vítima que se encontra bem, pois a adolescente faz o acompanhamento do Crescimento e Desenvolvimento (CD), está saudável e possui bom rendimento escolar.

Destaca-se, ainda, a ausência de tipicidade material, face ao ânimo de constituição familiar, ausência de mera satisfação da lascívia, realidade social, ausência de qualquer dano ou lesão à vítima, o que acarreta em mínima ofensividade da conduta do indiciado.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE. UNIÃO ESTÁVEL. ÂNIMO DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR. ATIPICIDADE MATERIAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. A vulnerabilidade etária da vítima de estupro de vulnerável admite flexibilização quando a conjunção carnal praticada com pessoa imputável ocorre dentro do contexto de união estável, com claro ânimo de constituição familiar, afastando-se da mera satisfação da lascívia. (Apelação, Processo

nº 0006564-36.2015.822.0501, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. Valdeci Castellar Citon, Data de julgamento: 25/01/2017) (TJ-RO - APL: 00065643620158220501 RO 0006564-36.2015.822.0501, Relator: Desembargador Valdeci Castellar Citon, Data de Julgamento: 25/01/2017, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 03/02/2017.)

Diante do exposto, em observância à “fórmula de Radbruch”, à derrotabilidade das regras, à proporcionalidade, razoabilidade, preservação da família e ausência de tipicidade material, determino o ARQUIVAMENTO dos autos, com fulcro nos arts. 28 e 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Luziânia, 10 de Julho de 2019.

Rodrigo Victor Foureaux Soares
Juiz de Direito