



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.374 - MS (2010/0061298-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : R S
ADVOGADO : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSENTIMENTO DAS OFENDIDAS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA.

1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.

2. No caso vertente, as provas constantes dos autos não deixam dúvidas de que as relações sexuais ocorreram com o consentimento das vítimas. Sendo assim, não é possível reconhecer a presunção do art. 224 do Código Penal em relação àquelas que, na época dos fatos, contavam com 13 (treze) e 12 (doze) anos de idade.

3. Pela simples leitura das peças constantes nos autos, depreende-se que essas duas adolescentes possuíam maturidade e entendimento sobre a sua sexualidade e o ato que estavam praticando, não sendo corrompidas ou ludibriadas pelo acusado.

4. Entretanto, não há como atribuir capacidade de discernimento à vítima que, na época, possuía apenas 10 (dez) anos de idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual, por se tratar de menor de tão tenra idade.

5. Não obstante isso, não vejo como acolher a pretensão do Ministério Público, visto que o Juiz de primeiro grau, ao absolver o recorrido, baseou-se em dois fundamentos autônomos e independentes entre si, quais sejam: a) o caráter relativo da presunção de violência; b) a existência de contradições em aspectos relevantes das declarações das vítimas, suscitando dúvidas e incertezas quanto à autoria do crime.

6. Contudo, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao último fundamento. Dessa forma, atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, **verbis**: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ademais, a inversão do decidido, nesse ponto, demandaria, necessariamente, o reexame do conteúdo fático-probatório constante dos autos, providência esta incompatível com a estreita via do apelo excepcional, por força do enunciado nº 7 da Súmula do STJ.
8. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) negando provimento ao recurso, e os votos dos Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) (voto-vista), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (data do julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.374 - MS (2010/0061298-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Mato Grosso do Sul com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi denunciado como incurso no art. 214, c/c o art. 224, "a", na forma do art. 71, todos do Código Penal (redação anterior à Lei nº 12.015/09), vindo a ser absolvido pelo Juiz de primeiro grau, com fulcro do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apelou o *Parquet* Estadual, tendo o Tribunal de origem, por maioria de votos, negado provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA – CRIME NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

Em condutas sexuais diversas da conjunção carnal, praticadas com menores de 14 anos, a presunção de violência, prevista no art. 224, "a", do Código Penal, é relativa. Assim, pode ser afastada se a vítima, ainda que com 13 anos de idade, não era ingênua ou inexperiente e tinha capacidade de autodeterminação, com clara ciência da importância do ato que praticara.

No presente apelo, o *Parquet* alega, além de divergência jurisprudencial, contrariedade ao art. 224, alínea "a", do Código Penal, sustentando que a presunção de violência, nos casos de crimes contra a liberdade sexual, não é relativa, mas sim absoluta.

Em razão disso, alega ser irrelevante o consentimento ou consciência das vítimas quanto à realização dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.374 - MS (2010/0061298-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): A irresignação do Ministério Público Estadual diz respeito, essencialmente, à relativização da presunção de violência no delito de atentado violento ao pudor, bem como à incapacidade das vítimas, menores de 14 (quatorze) anos, em consentirem na relação sexual.

Extraí-se dos autos que o recorrido – R. S., nascido em 1937, juntamente com outra pessoa – J. P., foi denunciado com incurso no art. 214, c/c o art. 224, "a", na forma do art. 71, todo do Código Penal, por ter praticado atos libidinoso diversos da conjunção carnal, nos meses de agosto e setembro de 2002, com as vítimas I. M. dos S., C. A. e A. L. de O., que na época dos fatos possuíam, respectivamente, com 13 (treze), 10 (dez) e 12 (doze) anos de idade.

A exordial acusatória, recebida em 14 de julho de 2004 (fls. 115), atribuiu ao recorrido e ao referido corréu os seguintes fatos delituosos:

Entre o final do mês de agosto e início do mês de setembro de 2002, por volta das 12:00 hs, na Rua (...), nesta cidade, o primeiro Denunciado, no interior de sua residência, mais precisamente em seu quarto, praticou masturbação com Izabel Mendonça dos Santos, que na época possuía 13 (treze) anos de idade, a qual pegou no pênis do Denunciado fazendo movimento repetitivos de vaivém.

No mesmo dia, hora e local supramencionados, após o primeiro Denunciado ter ejaculado, este também praticou masturbação com Crislaine Aguadio, que na época tinha 10 (dez) anos de idade, a qual pegou no pênis do Denunciado fazendo movimento repetitivo de vaivém, bem como chupou o seu pênis. Em ato contínuo, o primeiro Denunciado colocou a vítima em referência de pernas abertas e sem roupas em sua cama e deitou-se por cima dela, passando a esfregar o seu pênis na vagina da vítima, até o mesmo ejacular.

No dia 06 de setembro de 2002, no mesmo local acima mencionado, o primeiro Denunciado praticou masturbação com Alessandra Lopes de Oliveira, que na época possuía 12 (doze) anos de idade, a qual pegou no pênis do primeiro Denunciado fazendo movimentos repetitivos de vaivém. Em ato contínuo, o primeiro Denunciado deitou-se em sua cama com o pênis ereto e a referida vítima sentou-se em cima dele, passando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a esfregar a sua vagina no pênis do Denunciado e em seguida, a vítima chupou o pênis do mesmo.

No mesmo dia e local do parágrafo anterior, após o primeiro Denunciado ter ejaculado, em seguida praticou masturbação com Izabel Mendonça dos Santos, enquanto a mesmo chupava os seios e a vagina de Alessandra Lopes de Oliveira.

*Entre os dias 02 e 08 de setembro de 2002, na Rua ..., nesta Cidade, no interior da residência do segundo denunciado, este permitiu que as menores I. M. dos S. e A. L. de O., pegassem em seu pênis, bem como o mesmo tocou nos seios das referidas menores. Tais atos libidinosos também foram praticados pelo segundo denunciado, com as respectivas menores, em outras duas oportunidades.
(...)"*

Os autos foram desmembrados em relação ao réu J. P., por se encontrar foragido do distrito da culpa, tendo sido realizada sua citação por meio de edital.

O Juiz de primeiro grau absolveu ao primeiro denunciado, ora recorrido, com fulcro no inciso III do art. 396 do Código de Processo Penal, visto que os atos sexuais teriam ocorrido porque acusado e vítimas, de comum acordo, assim o quiseram, anotando, **verbis**:

Versa a presente ação penal sobre o crime de atentado violento ao pudor, com presunção de violência (quatro vezes), capitulado no art. 214, c/c art. 224, "a", na forma do art. 71, caput, todos do Código Penal.

Da materialidade e autoria.

Os depoimentos das vítimas comprovam a materialidade e autoria delitiva, senão vejamos.

O denunciado, na fase policial e em Juízo, negou que tenha praticado os atos libidinosos descritos na denúncia (fls. 69-70 e 159-160).

A vítima A. L. de O., ouvida em Juízo, ratificou o depoimento prestado na fase policial e disse que:

Conheço o senhor R. presente nesta audiência e já fui na casa dele umas cinco vezes. Eu ia junto com a I. e a C.. Também conheço o J. P., que a gente chamava ele de "vô", e também já fui na casa dele umas quatro vezes".

Na fase policial (fls. 16-17), a vítima acima depôs que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] Que I. convidou a declarante para ir também, com o que concordou e combinaram de se encontrarem na casa do Sr. Zé [...] Que no dia 03/09/2002, por volta das 12:20 horas, a declarante saiu de casa dizendo que iria para a escola, mas de fato acabou encontrando-se com I. na casa de seu "Zé" e juntas foram para a residência do Sr. S. Que o Sr. S. estava trabalhando e tiveram que ir até o Detran buscar a chave. Que começaram a fazer o serviço e logo em seguida Soares chegou, tomou banho e foi para a cozinha enrolado apenas numa toalha. Que após o almoço, S. foi para o quarto, vestiu um short e ficou deitado na cama. Que em certo momento, I. foi até o quarto e ficou a portas trancadas durante cerca de dez minutos com S, retornando para sala [...] Que a declarante retornou novamente com I na casa do Sr. S. no dia 06 de setembro de 2002, sendo que estavam na cozinha quando S entrou no quarto, tirou a roupa, vestiu um short e chamou a declarante e I. para irem até o local e pediu que tirassem as roupas. Que quando chegou no quarto S. estava com o short abaixado na altura do joelho, sendo que a I. não concordou em tirar a roupa e foi até a despensa. Que S. pediu para a declarante 'bater punheta para ele' o passou a fazer, sendo que S. começou a passar as mãos pelo corpo da declarante e insistia e 'enfiar o dedo em sua buceta', mas não permitiu e bateu na mão dele. Que em seguida, S. deitou-se na cama com o pênis ereto e a declarante sentou em cima dele, passando a esfregar a 'buceta no pinto dele'. Que em seguida S. pediu para a declarante 'chupar o pinto dele', o que também atendeu. Que antes de gozar o Sr. S. tirou o pinto da boca da declarante e ficou batendo punheta sozinho até ejacular. Que ato contínuo S. foi até o banheiro se lavar e quando retornou tirou as roupas de I. e também que ela batesse punheta para ele. Que enquanto I. batia punheta, o Sr. S. chupava os seios e a buceta da declarante. Que Soares também pediu que I. lhe chupasse o pênis, o que sua amiga atendeu [...]".

A vítima C. A. afirmou que:

"Conheço o acusado aqui presente, pois já fui na casa dele uma vez. Quem me convidou para ir na casa do seu R. foi a I. Quando chegamos na casa a I. tirou a roupa e pediu para eu e a A. fazer o mesmo. Então nós ficamos peladas e o seu R. também tirou a roupa dele e começou a passar a mão em nós três. Ele apenas passava a mão mas não transou com nenhuma de nós. O seu Raimundo passava a mão por toda parte do nosso corpo. Ele não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pediu para pegar no corpo dele e nem para fazer sexo oral com ele" (fl. 247).

A vítima I. M. disse em Juízo, em síntese, que mentiu quando depôs na fase policial, pois nada do que descrito na denúncia aconteceu. Que A. disse para ela mentir e dizer que os fatos aconteceram, para que assim, obtivessem dinheiro do denunciado (fls. 272-273).

Ouvida na polícia, a vítima I. M. disse que:

"[...] Entre o final do mês de agosto e o início do mês de setembro, por volta das 12:00 horas precisava ir até a casa de S. substituir sua irmã e acabou comentando com sua colega de classe C., a qual pediu para ir junto e a declarante concordou [...] S. chegou, foi até o banheiro, tirou a roupa, enrolou-se numa toalha e veio até a cozinha, onde estavam a declarante e C.. Que S. sentou-se e ficou fumando, enquanto a declarante preparava o almoço. Que após o almoço, S. foi para o quarto e chamou a declarante e C. para irem até lá, sendo que atenderam. Que S. ficou completamente nu e pediu para que tirassem a roupa também, sendo que C. tirou toda a roupa e a declarante tirou apenas a blusa. Que S. pediu para a declarante 'bater uma punheta' para ele, pois iria lhe dar bum dinheiro. Que a declarante pegou no pênis de S. e ficou fazendo movimentos de vai e vem. Que enquanto a declarante 'batia punheta' para S., C. ficou deitada na cama com as pernas abertas, momento em que S. passou a 'chupar a buceta dela'. Que a declarante parou e S. perguntou 'quem vai me chupar que eu quero gozar na boca', tendo a declarante se negado, mas C. concordou e começou a chupar o pinto dele. Que C. chupou Soares até sari uma gosma igual 'pus' do pinto dele [...] Soares colocou C. 'de quatro na cama e começou a esfregar o pinto na buceta dela'. Que três ou quatro dias depois a declarante precisou substituir sua irmã novamente e foi até a casa do Sr. S. levando sua amiga A. como companhia. Que era por volta das 13:00 horas e quando chegaram na casa, S. estava molhando plantas. Que em determinado momento, a declarante estava na cozinha, quando S. entrou no quarto, tirou a roupa, vestiu um short e chamou a declarante para ir até o local e tirarem as roupas. Que quando chegou no quarto S. estava com o short abaixado na altura do joelho, sendo que a declarante não concordou em tirar a roupa e foi até a despensa. Que ao retornar para o quarto, A. já estava nua e 'batendo punheta' para S., o qual, por sua vez, passava as mãos pelo corpo da A. e insistia em 'enfiar o dedo nela' [...] Que em seguida, S. deitou-se na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cama com o pênis ereto e A. sentou em cima dele, passando a esfregar a 'buceta dela no pinto dele'. Que logo A. saiu de cima de S. e começou a 'chupar o pinto dele'. Que [...] S. passou a 'bater punheta sozinho até sair aquela pus do pinto dele' [...]"(fls. 12-13).

Impende gizar, que a interpretação contemporânea a respeito da presunção de violência, é no sentido de que o consentimento da vítima terá plena validade se a mesma já tinha conhecimento e autodeterminação a respeito de matéria sexual, o que, em outras palavras, relativiza a referida presunção.

No sentido de que o conhecimento da vítima sobre atos sexuais afasta a presunção de violência, segue o entendimento do E.TJ/MS:

-APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ESTUPRO - MENOR DE 14 ANOS - ABSOLVIÇÃO FUNDADA NO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – RECURSO MINISTERIAL - VIOLÊNCIA PRESUMIDA – SENTENÇA MANTIDA.

Afasta-se a presunção de violência, ainda que a ofendida seja menor de 14 anos, se a prova dos autos indica de forma estreme de dúvidas ter ela consentido e contribuído para a ocorrência do relacionamento, demonstrando maturidade e autodeterminação em tema de sexualidade-. (Apelação Criminal 2003.003997-0, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, j. 10/09/2003).

-APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - AUSÊNCIA DA INNOCENTIA CONSILII - ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor nenhum ao seu consentimento. Ausente esse elemento, afasta-se a presunção-. (Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal Classe: Apelação Criminal – Reclusão. Relator: Des. Rui Garcia Dias. Data: 18/11/2003. Publicação: 02/12/2003. Nº Diário: 699)

Nesse mesmo sentido tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

-No crime de estupro, a presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP é relativa. Assim, pode ser afastada se a vítima, ainda que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com 12 anos de idade, não era ingênua ou inexperiente e tinha capacidade de autodeterminação, com clara ciência da importância do ato que praticara- (RT 762-580).

*Nesse ponto cabe um comentário, as vítimas sabiam da importância do ato sexual que mantinham com o denunciado, tanto é verdade que nunca falaram para seus familiares que, freqüentemente, iam na casa do denunciado para o fim de praticarem atos libidinosos. Aliás, a própria vítima A. foi categórica em afirmar que saiu de sua casa informando que iria para a escola, mas que foi, juntamente com a outra vítima I., para a casa do denunciado. Assim, pelo que se infere da denúncia e alegações finais, a pretensão acusatória está amparada somente na presunção de violência, e, afastando-se esta (art 224, -a-, do CP), **impõe-se a absolvição do denunciado, haja vista que não restou caracterizado qualquer constrangimento para com as vítimas, elementar do tipo penal. As vítimas se deslocavam para a casa do denunciado por livre e espontânea vontade.***

Se isso não bastasse, ainda, que não levada em conta a presunção relativa, o caso seria de se reconhecer e aplicar o princípio do in dubio pro reo, pois a vítima C. A., quando ouvida em Juízo (fl. 247), disse que somente fizeram isso para conseguir dinheiro do denunciado, o que faz emergir, porquanto, a dúvida se realmente o denunciado praticou ou não os atos sexuais descritos na denúncia. (com destaques)

O Tribunal de origem, por maioria de votos, manteve a sentença absolutória, pelos seguintes fundamentos:

Observa-se que o magistrado sentenciante, após de ter demonstrado, detalhadamente, as razões de seu convencimento, absolveu o acusado por atipicidade de conduta, haja vista que, com relação aos crimes sexuais, entende que a presunção de violência é relativa e não absoluta. Tenho que o magistrado de instância singela agiu acertadamente em absolver o acusado por este fundamento.

Não há falar que as adolescentes menores de 14 anos, hoje em dia, não conheçam sobre sexo, visto que os meios de comunicações falam a todo momento sobre o assunto (televisão, revistas e etc), inclusive, incentivam sua prática, bem como as escolas tanto da rede pública como privada, possuem aulas de educação sexual. Assim, forçoso concluir que as adolescentes de hoje conhecem sobre sexo e, também, sentem vontade de praticá-lo, tanto isso é verdade que as estáticas vêm



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostrando que as adolescentes estão perdendo a virgindade cada vez mais cedo. Diferentemente, eram as adolescentes de 1940 (quando da edição do Código Penal), que eram mais inocentes e justificava a presunção absoluta

Com é sabido, a partir da vigência da Lei nº 12.015/09, o atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 (catorze) anos passou a ter uma regulação autônoma, em um novo tipo, o art. 217-A do Código Penal, trata do estupro de vulnerável.

O referido diploma legal manteve a violência ficta com a denominação de "vulnerabilidade", tendo por finalidade proteger o menor que não tem condições para dar seu consentimento.

Os fatos ocorreram no final do mês de agosto e início do mês de setembro de 2002, portanto, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09.

No caso, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL COM PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INCIDENTE NÃO PROCESSADO. INICIATIVA EXCLUSIVA DOS ÓRGÃOS DOS TRIBUNAIS. PRECEDENTES. ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA ADOLESCENTE. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. ACÓRDÃO HOSTILIZADO QUE CONSIDERA RELATIVA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO. A POSSIBILIDADE DE A MENOR, A PARTIR DOS 12 ANOS, SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS É INCOMPATÍVEL COM A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO. PRECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS PROVAS ACERCA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. SÚMULA 07 DO STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

2. O delito imputado ao recorrido teria sido em tese praticado anteriormente ao advento da Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que implementou recentíssimas alterações no crime de estupro. O acórdão absolutório, objeto do presente recurso especial, entendeu ser insustentável que uma adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja absolutamente incapaz de consentir relações sexuais, o que, no entender do Tribunal a quo, implicaria responsabilização objetiva ao réu, vedada no nosso ordenamento jurídico.

3. É inadmissível a manifesta contradição de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Precedente - HC 88.664/GO, julgado em 23/06/2009 pela 6ª Turma desta Casa e divulgado no Informativo Jurídico nº 400 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. No que diz respeito à conclusão do acórdão hostilizado, no sentido de estar bem caracterizada a prova acerca do consentimento da ofendida, é defeso a esta Corte o revolvimento fático probatório, conforme Sumula 07 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso ao qual se nega provimento.

(REsp 494.792/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJe 22/2/2010)

RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO.

É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008.

Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual.

No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato.

Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado.

Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores.

(REsp 804.999/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/09, DJe 1º/2/10)

O direito penal moderno e direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. E fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa e inconciliável com presunções de fato, que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu, que teria se valido de grave ameaça para conseguir o seu intento.

(Resp nº 46.424/RO, Relator Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 8.8.1994)

É certo que as crianças merecem toda proteção legal, contudo não se pode generalizar a presunção absoluta de violência, em face da evolução dos costumes, cultura e moral da sociedade, sendo certo que atualmente a maioria dos adolescentes, inclusive menores de 14 anos, tem uma noção, nem que seja teórica do que consiste o ato sexual.

Presumir de maneira absoluta a existência de violência em fatos onde ela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não concorreu, importaria no reconhecimento da responsabilidade objetiva, repudiada no nosso sistema penal, por violar, de outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Esse já era o posicionamento de Nélson Hungria, ao comentar o Código Penal de 1940:

Segundo justamente opina Magalhães Noronha, a presunção estabelecida na letra a do art. 224 não é absoluta mas relativa. É decisivo em tal sentido o elemento histórico. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão revisora) da cláusula 'não se admitindo prova em contrário', do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige em momento algum com a responsabilidade objetiva. Nulla poena sine culpa. (...) (Hungria, Nélson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, v. VIII.)

No caso vertente, as provas constantes dos autos não deixam dúvidas de que as relações sexuais ocorreram com o consentimento das vítimas. Sendo assim, não é possível reconhecer a presunção do art. 224, do Código Penal em relação às vítimas I. M. dos S. e A. L. de O., na época, respectivamente, com 13 e 12 anos de idade.

Com efeito, pela leitura das peças constantes nos autos, depreende-se que essas duas adolescentes possuíam maturidade e entendimento sobre a sua sexualidade e o ato que estavam praticando, não sendo corrompidas ou ludibriadas pelo acusado.

Entretanto, não há como atribuir capacidade de discernimento à vítima C. A., na época, com 10 (dez) anos de idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual, por se tratar de menor de tão tenra idade.

Não obstante isso, não vejo como acolher a pretensão do Ministério Público, visto que o Juiz de primeiro grau, ao absolver o recorrido, baseou-se em dois fundamentos autônomos e independentes entre si, quais sejam: a) o caráter relativo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presunção de violência; b) a existência de contradições em aspectos relevantes das declarações das vítimas, suscitando dúvidas e incertezas quanto à autoria do crime.

No que interessa, disse o Magistrado, **verbis**:

A vítima I. M. disse em Juízo, em síntese, que mentiu quando depôs na fase policial, pois nada do que descrito na denúncia aconteceu. Que A. disse para ela mentir e dizer que os fatos aconteceram, para que assim, obtivessem dinheiro do denunciado (fls. 272-273)

Ao final, concluiu o Julgador singular:

Se isso não bastasse, ainda, que não levada em conta a presunção relativa, o caso seria de se reconhecer e aplicar o princípio do in dubio pro reo, pois a vítima C. A., quando ouvida em Juízo (fl. 247), disse que somente fizeram isso para conseguir dinheiro do denunciado, o que faz emergir, porquanto, a dúvida se realmente o denunciado praticou ou não os atos sexuais descritos na denúncia.

Contudo, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao fundamento acima citado. Dessa forma, atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, **verbis**: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Ademais, a inversão do decidido, nesse ponto, demandaria, necessariamente, o reexame do conteúdo fático-probatório constante dos autos, providência esta incompatível com a estreita via do apelo excepcional, por força do enunciado da Súmula nº 7 do STJ.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0061298-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.189.374 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090007180 20090007180000100 31020017929

PAUTA: 28/09/2010

JULGADO: 28/09/2010

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO : R S

ADVOGADO : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra os Costumes - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Aguardam os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 28 de setembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.374 - MS (2010/0061298-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
RECORRIDO : **R S**
ADVOGADO : **ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Raymundo Soares, denunciado por infração aos artigos 214, combinado com o artigo 224, alínea "a", por quatro vezes, na forma do artigo 71, "caput", do Código Penal, foi absolvido pelo juízo da Primeira Vara da comarca de Caarapó, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público recorreu da decisão, pedindo a condenação do réu, sob o argumento de que não havia prova nos autos de que as vítimas, de treze e doze possuísem experiência sexual. E que a presunção de violência, no caso, é absoluta. Ademais, quanto à ofendida C.A. que contava apenas nove anos e alguns meses de idade, não é crível que fosse capaz de inventar uma estória, com tantos pormenores.

O e. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, destacando que *"Não há falar que as adolescentes menores de 14 anos, hoje em dia, não conheçam sobre sexo, visto que os meios de comunicação falam a todo momento sobre o assunto (televisão, revistas e etc), inclusive, incentivam sua prática, bem como as escolas tanto da rede pública como privada, possuem aulas de educação sexual. Assim, forçoso concluir que as adolescentes de hoje conhecem sobre sexo e, também, sentem vontade de praticá-lo, tanto isso é verdade que as estáticas (sic) vêm mostrando que as adolescentes estão perdendo a virgindade cada vez mais cedo. Diferentemente, eram as adolescentes de 1940 (quando da edição do Código Penal), que eram mais inocentes e justificava a presunção absoluta"*.

No presente recurso, aduz o Ministério Público Estadual divergência jurisprudencial e afronta ao artigo 224 do Código Penal, pois a presunção de violência é absoluta e o consentimento das ofendidas, no caso em exame, é irrelevante.

Os fatos delituosos ocorreram no ano de 2002, antes, portanto, da entrada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em vigor da Lei nº 12.015/2009.

Esta e. Corte, como anotado pelo eminente Relator, adota o entendimento de que a presunção de violência, pela menoridade, é relativa, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, quando se tratar de vítimas entre doze e catorze anos.

Veja-se:

Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos/presunção de violência (relatividade). Consentimento válido da menor (relevância). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 705429/GO, relator Ministro Nilson Naves, 27/08/2007).

O v. acórdão hostilizado, assim, decidiu em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte, no que tange às duas vítimas maiores de doze anos.

Quanto à ofendida C. A., que contava, à época dos fatos, pouco mais de nove anos de idade, inviável o provimento do recurso, porque, como ressaltado pelo Ministro Relator, dois foram os fundamentos da absolvição do recorrente: a presunção relativa da violência; e a dúvida em relação às declarações das vítimas.

E não cuidou o recorrente de atacar o v. acórdão, no segundo aspecto, pelo que incidente na espécie a súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal.

De mais a mais, se as declarações das vítimas são contraditórias, ou não, é questão que envolve exame de prova, circunstância que atrai o enunciado da súmula nº 7 desta Corte Superior (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial).

Em face do exposto, acompanho o eminente Relator e nego provimento ao recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0061298-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.189.374 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090007180 20090007180000100 31020017929

PAUTA: 28/09/2010

JULGADO: 16/12/2010

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO : R S

ADVOGADO : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) negando provimento ao recurso, e os votos dos Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) (voto-vista), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário