



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.174 - MA (2011/0266327-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : WILLAMY ALVES DOS SANTOS
ADVOGADO : WILLAMY ALVES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE : J DA S

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea "a", do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que a aludida presunção é de caráter relativo.

3. A alegada inocência do paciente, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. PRESENÇA DE APENAS TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO DESPROPORCIONAL DA SANÇÃO BÁSICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. No caso dos autos, constata-se que a Corte Estadual declinou fundamentos concretos, não inerentes ao tipo penal infringido, ao considerar desfavoráveis ao paciente a sua culpabilidade, personalidade e consequências do crime.

2. Contudo, a presença de três circunstâncias judiciais negativas não é suficiente para que se eleve a sanção básica do paciente em 2 (dois) anos, mostrando-se tal aumento desproporcional.

3. Assim, o édito repressivo merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção básica um pouco acima do mínimo legalmente previsto, qual seja, 7 (sete) anos de reclusão, mantendo-se a redução de 1 (um) ano procedido em razão da presença de duas circunstâncias atenuantes e, ante a ausência de causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, fica a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda definitiva fixada em 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

4. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base do paciente, tornando a sua sanção definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão objurgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.174 - MA (2011/0266327-0)

IMPETRANTE : WILLAMY ALVES DOS SANTOS
ADVOGADO : WILLAMY ALVES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE : J DA S

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de J. DA S., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que deu provimento à Apelação n. 0008045-91.2010.8.10.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea "a", ambos do Código Penal, tendo sido absolvido com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, ao qual foi dado provimento para condenar o paciente, no termos da denúncia, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Sustenta o impetrante que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que o conjunto probatório no qual se baseou a condenação seria frágil, porquanto o Ministério Público não teria demonstrado que a suposta vítima havia sido constrangida a manter relação sexual com o acusado.

Ressalta que a ofendida, apesar da menoridade à época dos fatos, não seria ingênua o bastante para que se pudesse reconhecer a presunção de violência na prática do ato sexual, entendimento que seria reforçado pelo fato de que a própria vítima teria informado que estaria morando com outro companheiro na residência de sua genitora 5 (cinco) meses após a ocorrência do delito em tela.

Destaca que a fundamentação apresentada pela Corte de origem na dosimetria da pena seria simplória.

Requer a concessão da ordem para que seja restabelecida a sentença que absolveu o paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida, nos termos na decisão de fls. 72/73.

Prestadas as informações (e-STJ fl. 90), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 104/108, manifestou-se pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.174 - MA (2011/0266327-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o restabelecimento da sentença que absolveu o paciente da prática do delito previsto no artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea "a", ambos do Código Penal.

Segundo consta dos autos, o paciente foi acusado de cometer o crime de estupro com violência presumida, extraíndo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

"Segundo consta do procedimento investigatório policial que fica fazendo parte integrante desta inicial, o ora denunciado é o responsável por estupro presumido perpetrado contra a vítima ANTONIA JORDEANA DA SILVA FIGUEIREDO, de apenas 11 anos de idade, no mês de julho do ano de 2006. Segundo o inquérito policial, que fica fazendo parte integrante desta inicial acusatória, a mãe da vítima, Sra. Antonia Ivones da Silva, procurou a autoridade policial no dia 02/08/2006, dando conta de que sua filha, com apenas 11 anos de idade, conforme registro civil constante dos autos, estaria mantendo relacionamento amoroso com o acusado. Realizado o exame pericial na vítima, constatou-se que a mesma apresentava hímem rompido, fls. 05. Então foi ouvida a vítima, que confirmou o fato de que o acusado manteve relacionamento amoroso consigo, por cerca de sete meses e que no dia 31.07.2006 praticou pela primeira vez conjunção carnal com o mesmo. Por outro lado, o próprio incriminado admitiu às fls. 11/12 a prática, por uma única vez, da conjunção carnal, bem assim que manteria um namoro com a vítima." (e-STJ fls. 27/28).

Sobreveio sentença na qual o paciente foi absolvido do ilícito em tela, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 31/33).

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, ao qual foi dado provimento para condenar o paciente, no termos da denúncia, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto, tendo o aresto restado assim ementado:

"PENAL. PROCESSUAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS, AINDA NA VIGÊNCIA DA LEI ANTERIOR. APELAÇÃO CRIMINAL.

1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal de estupro.

2. Conquanto tenha dado nova definição típica à espécie, a Lei nº 12.015/2009 quedou por agravar a pena imposta aos crimes sexuais praticados contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, não podendo, por isso, retroagir aos fatos praticados antes de sua vigência.

3. Apelação Criminal conhecida e provida." (e-STJ fl. 34).

Pois bem. No que tange à pretendida absolvição do paciente ao argumento de que seria frágil o conjunto probatório no qual teria se baseado a condenação, não possuindo a ofendida a necessária ingenuidade a permitir que fosse reconhecida a presunção de violência na prática do ato sexual, razão não assiste à defesa.

Com efeito, a antiga redação dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal, antes da alteração promovida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, previam:

"Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de seis a dez anos."

"Art. 224. Presume-se a violência se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;"

Muito se discutia, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, acerca da presunção de violência trazida no artigo 224 do Estatuto Repressivo, se absoluta ou relativa, devendo-se ou não levar em consideração as particularidades do caso concreto, bem como a condição da vítima e do autor.

Cumpre frisar, de antemão, que este Relator se filia à corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a relatividade da presunção de violência contida na antiga redação do artigo 224, alínea "a", do Código Penal, que cairia por terra sempre que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima, embora menor de catorze anos, revelasse ciência e experiência da vida sexual.

Nesta ordem de ideias, insta destacar o posicionamento doutrinário de Nelson Hungria:

"O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor, ou com o jogo de simulada esquiva ante uma vis grata..." (Comentários ao Código Penal. São Paulo: Forense, 1983, vol. VIII, págs. 107/108.)

A matéria já foi, inclusive, examinada pela Terceira Seção deste Sodalício, oportunidade em que este Relator e o Ministro Nilson Naves ficaram vencidos. Veja-se, a propósito, a ementa do acórdão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CRIME DE ESTUPRO CONTRA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. CONSENTIMENTO DO MENOR. IRRELEVÂNCIA.

1. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 (catorze) anos, em razão de sua incapacidade volitiva.

2. O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

3. Uma vez que o crime foi praticado com violência presumida, descabe aplicar a agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, sob pena de indevido bis in idem, porque a menoridade da vítima é circunstância elementar do crime. Precedentes.

4. Embargos de Divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, bem como o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, mas com a concessão de habeas corpus, de ofício, para excluir da pena imposta ao Réu o aumento decorrente da agravante genérica, tornando-a definitiva em 06 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto.

(EREsp 688211/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 17/11/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, ressalvado o entendimento deste Relator acima exposto, o tema foi novamente submetido à deliberação dos integrantes da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, ocasião em que firmou-se como absoluta a presunção de violência preconizada no aludido dispositivo, não admitindo, portanto, prova em contrário. Logo, a anterior experiência sexual e o consentimento das vítimas não obstam o reconhecimento da aventada tipicidade.

Não é demais transcrever as razões exaradas pelo eminente Ministro Félix Fischer no julgamento do EREsp n. 762.044/SP, julgado pela 3ª Seção desta Corte Superior em 14/12/2009:

*"Jovens que não tenham mais de 14 anos de idade, ainda que já corrompidos ou afeitos aos prazeres carnavais, **podem**, de fato, ser vítimas do denominado atentado violento ao pudor ficto. **Primeiro**, como é sabido, existem incriminações nas quais a norma **proíbe** certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, **determina** - com pressupostos - a realização de determinada ação (tipos omissivos), tudo isto, sob a ameaça de sanção penal. No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação, afastando descipiências incertezas denotativas, impõe, conforme **J. Mestieri** (in "O Estupro", p. 116), 'um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade.' **Segundo**, não é de se confundir **innocentia consilli** com mero conhecimento, objetivo, do que é um ato sexual. Aquela diz com a **maturidade psico-ética**, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto dificilmente existe numa pessoa de 13 anos. **Terceiro**, a '**honestidade**' da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas 'a' e 'b' do art. 224 do CP. Além do mais, a afirmação de que, no art. 224 do CP, estaria uma situação de responsabilidade objetiva, **data venia**, não procede. A equiparação legal não implica necessariamente na ausência do requisito de responsabilidade subjetiva. **É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção.** (...)*

A demonstração de consentimento 'válido', escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. Além do mais, é óbvio que se a violência é ficta (mormente na alínea 'a') é porque não houve dissenso. (...)

*Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. **João Mestieri**) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram **14 anos**), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na **innocentia consilli**, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de **madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais**. Não se confunde, pois, a falta de **innocentia consilli** com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual. Caso contrário, **ad argumentandum**, toda e qualquer prostituta infantil, v.g., de 9 ou 10 anos de idade teria que ser considerada como madura e o seu consentimento válido." (grifos originais)*

Não é demais ressaltar que o entendimento que havia sido consolidado por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.021.634/SP não mais subsiste, tendo em vista que, em sede de embargos declaratórios, foi reconhecida a intempestividade do aludido recurso.

A propósito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO QUANTO ÀS ALEGAÇÕES DE INTEMPESTIVIDADE E INTERPRETAÇÃO DO ART. 224 DO CP, CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EVIDENCIADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I. Hipótese de embargos de declaração opostos contra acórdão que deu provimento a embargos de divergência interpostos pelo réu, dando-lhes provimento para reconhecer a presunção relativa de violência na atribuída prática de estupro contra menor de 14 anos ao fundamento de que teria havido consentimento das vítimas.

II. Embargos de declaração do MPF, nos quais se sustenta omissão do acórdão embargado no exame das questões suscitadas em contrarrazões, relacionadas à intempestividade dos embargos de divergência e à necessidade de interpretação do então art. 224, 'a' do CP conforme o art. 227, § 4º da Constituição.

III. No caso, a ação penal foi julgada improcedente pelo juiz de direito, por atipicidade do alegado estupro de menor uma vez que as vítimas teriam consentido e eram costumeiras na prostituição, tendo sido o recurso de apelação ministerial desprovido pelos mesmos fundamentos. Interposto recurso especial pelo Ministério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público, este foi provido pela 5.^a Turma desta Corte. Contra este acórdão, foi interposto agravo regimental, inadmitido por ser manifestamente incabível. Tendo sido este último acórdão objeto de declaratórios, foram os mesmos rejeitados. Após a rejeição dos embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência no tocante ao mérito do recurso especial.

IV. Os arts. 258 e 259 do RI/STJ não conferem efeito suspensivo ao agravo regimental, e, no Supremo Tribunal Federal, está expresso que o agravo regimental não tem efeito suspensivo (art. 317, § 4º RI/STF).

V. Embargos declaratórios que, objetivando esclarecer o acórdão no agravo regimental, não poderiam enveredar pelo exame do mérito do recurso especial ou integrar tal decisão.

VI. Considerando-se que, consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o agravo regimental interposto no caso, por ser manifestamente incabível, não suspende nem interrompe o prazo para a eventual interposição de outros recursos, tem-se que o prazo para a interposição dos embargos de divergência iniciou com a publicação do acórdão proferido em sede de recurso especial.

VII. Embargos de divergência que, interpostos contra o mérito julgado no recurso especial, foram oferecidos depois do prazo legal, evidenciando-se a intempestividade alegada em sede de contrarrazões ministeriais.

VIII. Embargos de declarações acolhidos com efeitos modificativos, para não conhecer dos embargos de divergências, por intempestivos.

(EDcl nos EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 04/09/2012)

Aliás, como muito bem destacou Rogério Greco, a nova lei dos Crimes Contra a Dignidade Sexual acabou com a discussão acerca da relatividade ou não da presunção de inocência de que tratava o antigo artigo 224 do Código Penal, ao criminalizar, no novo artigo 217-A, o chamado "estupro de vulnerável", excluindo do tipo a presunção de inocência, trazendo como elementar a menoridade da vítima, que somente pode ser afastada quando restar cabalmente provado o desconhecimento do acusado sobre a sua idade:

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.

E na hipótese, conforme se extrai dos autos, não obstante o magistrado singular tenha entendido que a presunção da violência seria relativa, o certo é que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima era menor de quatorze anos na data do cometimento dos delitos, pouco importando, portanto, o seu consentimento para a relação, o estilo de vida que levava e a experiência sexual que tinha ou não, como bem observado pelo acórdão objurgado:

*Senhores Desembargadores, d. representante do Órgão do **PARQUET**, presentes os pressupostos genéricos e específicos do recurso, conheço da Apelação, passando de logo ao exame do mérito respectivo.*

*Pois bem. Resulta do caderno processual que a autoria e a materialidade delitiva despontam incontestes, resumindo-se a controvérsia dos autos à caracterização ou não do crime de estupro, ante à idade da vítima que, ao entender do **PARQUET**, não possuiria maturidade suficiente a consentir, de forma efetiva, com a prática, consigo, de relação sexual. Não desconheço, por óbvio, entendimento jurisprudencial fincado no **LEADING CASE** citado pela decisão atacada – **HC nº 73662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio** -, segundo o qual '**a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade**', não se mostrando incomum, em dias hodiernos, que '**sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de forma espontânea, quase natural**'.*

Não obstante isso, tenho que, a prevalecer a decisão guerreada, estaríamos a de todo banalizar a questão, admitindo a sexualização de nossas crianças, ao simples entendimento de que a mídia, a televisão, o cinema ou fonte qualquer outra de entretenimento quedaram, por si, banalizar o sexo – mormente quando o legislador, seja ele constitucional ou infraconstitucional procurou, de todas as formas, proteger o menor, a criança, aquele que, por qualquer maneira, se tenha por incapaz de efetivamente consentir com o ato sexual.

*Se é máxima de Direito Penal que cada caso é um caso, cumpre observar que não estamos, aqui, diante de uma adolescente, daquelas que o em. Ministro chamou, em seu conhecido Voto, de '**precocemente amadurecida**'. Não estamos, igualmente, diante de moça daquelas, como no precedente, a residir em Capital, exposta a tudo e qualquer coisa, mas de uma menina, de onze anos de idade, no interior do Maranhão, levada ao sexo pela promessa de casamento.*

Prefiro, em casos como o dos autos, filiar-me à corrente mais moderna emanada do eg. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a presunção de violência, anteriormente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal de estupro.

Nessa esteira, aliás, são os precedentes seguintes, **VERBIS**:

'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INDEFERIMENTO DE OITIVA NOVAS TESTEMUNHAS NA FASE DO ART. 499 DO CÓDIGO PENAL. FACULDADE DO JUÍZO. DESNECESSIDADE DA PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL POSSIBILIDADE.

1. A oitiva de testemunhas do Juízo é faculdade do magistrado que, fundamentadamente, decide sobre sua necessidade.

2. Uma vez que o Juízo monocrático, com acerto, indeferiu a diligência por entender que a vida pessoal da vítima é indiferente à configuração do crime, reconhecer que houve cerceamento de defesa envolve o reexame aprofundado do material fático-probatório dos autos, impossível na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

3. A presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o consentimento da menor para a formação do tipo penal do estupro.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

5. Com a publicação da Lei n.º 11.464/07, restou, de vez, afastado do ordenamento jurídico, pelo legislador ordinário, o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

6. Ordem parcialmente concedida para afastar o óbice à progressão de regime prisional, ficando a aferição dos requisitos objetivos e subjetivos da progressão de regime a cargo do Juiz da Execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.'

(HC 79756 / SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ em 06.08.2007)

'CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDIÇÕES PESSOAIS DA VÍTIMA E CONSENTIMENTO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. RECURSO PROVIDO.

I – A presunção de violência pela idade da vítima - prevista no art. 224, I, do Código Penal – tem caráter absoluto, não podendo ser afastada em razão de seu comportamento pessoal.

II - Precedentes.

III - Acórdão que deve se cassado, restabelecendo-se a sentença condenatória.

IV - Recurso provido, nos termos do voto do relator.'

(REsp 856794 / SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ em 18.12.2006)

'RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C/C ART. 224, "a", DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

1. No estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

2. O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal (Precedentes do STF e do STJ).

3. Recurso que se dá provimento a fim de restabelecer a decisão monocrática."

(REsp 762798 / GO, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ em 13.02.2006)

'HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS DA VÍTIMA. EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA À TIPIFICAÇÃO DO DELITO. CONTINUIDADE DELITIVA. ELEVADO NÚMERO DE DELITOS. PENA AUMENTADA NO DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A presunção de violência de que trata o art. 224, a, do Código Penal é de caráter absoluto, sendo irrelevante para a sua configuração eventual experiência sexual da vítima.

2. Não se aplica a regra do crime continuado qualificado (art. 71, parágrafo único, do CP), se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não houve no caso concreto violência ou grave ameaça à pessoa. Em se tratando de violência presumida, é de se observar a regra geral (art. 71, caput, do CP) (HC 33.498/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 16/8/04).

3.Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem para que refaça o cálculo da pena no que tange à continuidade delitiva, observando os limites quantitativos preconizados no art. 71, caput, do Código Penal'

(HC 65.267/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ em 01.09.2008)

Elucidativa, no particular, a lição do em. Ministro Felix Fischer, que ora transcrevo, por oportuno, VERBIS:

'O entendimento manifestado pelo e. Tribunal a quo, merece ser mantido.

Com efeito, uma jovem que não tenha mais de 14 anos de idade, ainda que já corrompida ou afeita aos prazeres carnavais, pode, de fato, ser vítima do denominado estupro ficto. Primeiro, como é sabido, existem incriminações nas quais a norma proíbe certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, determina - com pressupostos - a realização de determinada ação (tipos omissivos), tudo isto, sob ameaça de sanção penal. No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação, afastando despiciendas incertezas denotativas, impõe, conforme J. Mestieri (in "O Estupro", p. 116), 'um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade.' Segundo, não é de se confundir innocentia consilli com mero conhecimento, objetivo, do que é em ato sexual. Aquela diz com a maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto dificilmente existe numa pessoa de 13 anos. Terceiro, o denominado estupro ficto, com a sua estrutura legal, não guarda relação com a antiga sedução e nem com a corrupção de menores. A 'honestidade' da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime.

Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas 'a' e 'b' do art. 224 do CP. Além do mais, a afirmação de que, no art. 224 do CP, estaria uma situação de responsabilidade objetiva, data venia, não procede. A equiparação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal não implica necessariamente na ausência do requisito de responsabilidade subjetiva. É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção. Se isto ino correr teremos o erro de tipo (art. 20, do CP), v.g., o error aetatis. Pode, ainda, eventualmente, dependendo dos envolvidos e das circunstâncias, até existir a possibilidade de erro de proibição (art. 21, caput e, 2ª parte do CP). É difícil a configuração mas, de antemão, não se pode descartar a hipótese. Enfim, ninguém deve, ou pode, sustentar a responsabilidade objetiva. A simples exigência do dolo acerca dos componentes da violência ficta, afasta aquela linha de argumentação.

Portanto, a questão de ser absoluta ou relativa a denominada presunção diz, em verdade, com o dolo. Qualquer outra consideração, como, v.g., a demonstração de consentimento 'válido', escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. E não é só. Está, inclusive, enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem, talvez, ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso da expressão 'de menor'. Não é, pois, recomendável, em virtude do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconseqüente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera e estranha aventura amorosa. Por outra, a nossa legislação - repetindo - protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrente, estaria o Estado, através do Poder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciário, e apesar de expresso texto legal, deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. Data venia, a lei não pode ensejar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrente, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna.

*Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. João Mestieri) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psico-ética, da consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual. Caso contrário, ad argumentandum, toda e qualquer prostituta infantil, v.g., de 9 ou 10 anos de idade teria que se considerada como madura e o seu consentimento válido. O que, data venia, é algo lógica e axiologicamente ininteligível. Verbi gratia, ninguém chega a ponto de relativizar a presunção da letra b na hipótese em que o sujeito ativo tem plena consciência da debilidade mental da vítima. No entanto, na alínea a, mesmo que o autor tenha ciência acerca da idade da ofendida busca-se, equivocadamente, ainda assim, um outro dado, vago e impreciso, como fator de impunidade. A presunção, por assim dizer, da alínea a, é, na verdade, nestes limites, e sob este enfoque, legal-condicional, *iuris tantum* (tal como nas alíneas b e c), admitindo, em regra, apenas, o *error aetatis*, ex vi art. 20, caput, do CP. Entretanto, não se pode esquecer que, ao contrário, por exemplo, da alínea b, o dolo eventual aqui é suficiente. E mais ainda, tudo isto, sem considerar a extensão decorrente da polêmica acerca do grau de atualização do dolo ou, como é dito por alguns, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

co-consciência (Winfried Platzgumer in 'Die BewuBtseinsform des Vorsatzes', ps. 26 e seguintes, Viena, 1964 e, comparativamente, Teresa Pizarro Beleza in 'Direito Penal', 2º vol., ps 183/184, AAFDL, 1985, G.Stratenwerth in 'Derecho Penal', Pg I, Edersa, p. 97, nº 262, Madrid, 1982, G. Jakobs in 'Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoria de la Imputación', 2ª ed., 1997, ps. 3 17/318, Marcial Pons // Com posição diferenciada: Michael Köhler in "Vorsatzbegriff und bewuBtseinsform des Vorsatzes", G.A., 1981, págs. 285 e 290. e G. Schewe in 'BewuBtsein und Vorsatz', Berlim, 1972).

Concluindo, em sede das denominadas presunções, por que considerar nas alíneas b e c, como fator de caracterização da presunção, na modalidade de legal-condicional, o elemento cognitivo do dolo e, na alínea a, além deste fator, um outro, totalmente flexível e de difícilíssima verificação concreta (a validade do consentimento de uma menor)? Seria a insensibilidade assumida para com as menores abandonadas ou desamparadas e expostas aos desejos de alguns insaciáveis? Ou, será que, em extremo oposto, estar-se-ia confundindo *innocentia consilii* com castidade, etc., e com isto mesclando, sem o menor sentido, as alíneas a e b? Na realidade, a questão da natureza da chamada presunção de violência tem merecido um tratamento heterogêneo, sendo que a exceção adicional, no caso da letra a, é carecedora de suporte jurídico. Tem sido, não poucas vezes, tratada como uma forma de banalização dos pretensos costumes sexuais modernos, olvidando-se, no entanto, aí, a tenra idade das vítimas e a ausência de aceitação, na mente popular, de atos sexuais realizados nas circunstâncias previstas na alínea a. Curiosamente, na maioria dos casos, quando a vítima é de tenra idade, ela, ao contrário da réu, é pessoa paupérrima, cediço que, historicamente, tem desmerecido a atenção e proteção dos órgãos estatais. E, por fim. a norma por detrás da tipificação legal (cfr. esquema de E.R.Zaffaroni) não diz que é proibido, salvo se a ofendida é de vida desregrada ou prostituída, praticar conjunção carnal com menina não maior de 14 anos. Esta ressalva, própria de determinada fase do Direito Romano, não existe e sistemicamente se apresenta destituída de coerência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí se vê que meros exercícios de semântica em torno do legislativamente inadequado uso da expressão 'presunção' levam à uma conclusão que não pode ser considerada produto de interpretação teleológica.

Apenas, a título de comparação, a prática de atos sexuais com menores continua sendo conduta reprovável em outras legislações penais (o grau de censurabilidade, é claro, guarda a proporção estabelecida em cada país), v.g.: arts. 182 e seguintes do C. Penal espanhol de 1995; art. 172, n° 1 e n°2 do C.P. português com a revisão do Decreto-lei n° 48/95, art. 119, § 1° do C.P, argentino; art. 609, n° 1 do C.P. italiano.'

(REsp 891765/GO, DJ em 03/09/2007)

São, aliás, do próprio Supremo Tribunal Federal - do qual emanado o Aresto no qual fundada a absolvição, aqui, os julgados seguintes, LITTERIS:

'RECURSO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR SER A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE (ART. 214 C/C ART. 224, A, DO CP). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A DECISÃO CONDENATÓRIA E PRETENSÃO DE AFASTAR-SE A INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELO COMPORTAMENTO DA MENOR.

Inexistência da alegada ofensa ao princípio da correlação, porquanto foi a recorrente condenada pela conduta descrita na denúncia contra ela ofertada, não sendo suficiente para ilidir essa conclusão a simples menção, pelo acórdão mantenedor da sentença, à alínea c do art. 224 do CP, mas sem qualquer alteração na condenação, que se deu pela alínea a do referido dispositivo. Hipótese que, de resto, se harmoniza com a orientação desta Corte no sentido de que o consentimento de menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor. Recurso desprovido.'

(RHC 80613/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ em 18/05/2001).

'Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214) : presunção de violência, se a vítima é não maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF – após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgamentos posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98) : orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.

(HC 81268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ em 16/11/2001).

EMENTA: PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. Cód. Penal, artigos 213 e 224, a, CONSENTIMENTO DA VÍTIMA e EXPERIÊNCIA SEXUAL DESTA: IRRELEVÂNCIA. LAUDO PERICIAL FIRMADO POR APENAS UM PERITO OFICIAL. C.P.P., art. 159, redação da Lei 8.862, de 28.03.94.

I. - O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e a experiência desta, não elidem a presunção de violência prevista no art. 224, a, do Cód. Penal, para a caracterização do crime de estupro. Cod. Penal, art. 213. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 74.700-PR, M. Corrêa, 2ª T. "DJ" 09/05/97; RE 108.267-PR, Sanches, 1ª T., RTJ 130/802; HC 74.286-SC, Sanches, 1ª T., "DJ" 04/04/97; HC 74.580-SP, Galvão, "DJ" 07/03/97; HC 69.084-RJ, Galvão, RTJ 141/203.

II. - Legitimidade constitucional da presunção de violência inscrita no art. 224, a, do Cód. Penal: HC 74.983-RS, Velloso, Plenário, "DJ" de 29.08.97.

III. - Validade do laudo pericial firmado por um único perito oficial, dado que elaborado anteriormente à vigência da Lei 8862, de 28.03.94, que, dando nova redação ao art. 159 do C.P.P., estabeleceu que "os exames de corpo delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais." IV. - H.C. indeferido.'

(HC 76246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ em 20/04/2001).

Não vejo como discordar desse entendimento, mormente quando, como já consignado, tornados os olhos à hipótese concreta, referente que é a uma criança interiorana, de 11 (onze) anos de idade, virgem à época dos fatos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já examinou caso mais que análogo à hipótese dos autos, assim decidindo na ocasião, **VERBIS**:

'(...) Cuidando-se de criança de apenas 11 anos de idade, a presunção de violência tem caráter absoluto, consoante iterativa jurisprudência desta Corte. Não se mostra razoável atribuir capacidade de discernimento a menor de tão tenra idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual. Diante da literalidade da Lei Penal em vigor, resta evidente que o Legislador quis proteger a liberdade sexual da menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as conseqüências de suas ações.'

(HC 142024 / ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ em 1º/03/2010)

Com isso em mente, parece-me acertada – e louvável – a irresignação ministerial, merecendo reforma a sentença recorrida, o que faço, portanto, para condenar o acriminado, ora Apelado, nos termos da denúncia, por infração ao art. 213, c/c o art. 224, “a”, da Lei Substantiva Penal. E o faço, observe-se, por tratar, a hipótese, de fato anterior à vigência da nova Lei nº 12.015/2009, que dando nova redação ao Título VI, da Parte Especial da Lei Substantiva Penal, quedou por revogar, dentre outros, os arts. 214 e 224, “a”, daquele mesmo Diploma Legal. (fls. 39/58).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO ACÓRDÃO QUE REFORMOU FUNDAMENTADAMENTE A DECISÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE RELACIONAMENTO AMOROSO COM CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. DESCONHECIMENTO DA SUA IDADE REAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE. PACIENTE QUE CONFESSOU A PRÁTICA DA CONDUTA CRIMINOSA. HABITUALIDADE. VÍTIMA COM APENAS 12 ANOS DE IDADE. GRAVIDEZ PRECOCE. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Contando a vítima, à época dos fatos, com apenas 12 anos de idade, configura-se a presunção absoluta de violência na prática do delito de estupro. A alegação do agente de desconhecer a idade da vítima e acreditar ter ela 15 anos de idade na época dos fatos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não elide o tipo penal, uma vez que, o paciente a conhecia há mais de 1 ano e tinha proximidade com sua família, sendo inclusive alertado pela tia da vítima da menoridade de sua sobrinha.

2. Se o paciente mantinha relacionamento amoroso com a vítima e as relações sexuais foram consensuais, sendo ela menor de 14 anos, esse consentimento não tem repercussão no Direito Penal, tratando-se de presunção absoluta de violência. Sendo inuvidosa a ocorrência do crime e confirmada a autoria inclusive pela confissão do paciente, não há ilegalidade a ser sanada.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(HC 138.239/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR CONTANDO COM 11 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA CONFIGURADA.

1. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de vítima menor de quatorze anos, seu consentimento é irrelevante para a caracterização dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que a presunção de violência prevista no art. 224, "a", do Código Penal tem caráter absoluto.

2. In casu e inexistente nenhuma excepcionalidade, resta caracterizada a violência presumida, tendo em vista que a vítima contava 11 (onze) anos à época dos fatos.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1180525/MS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

Outro não tem sido o entendimento do Pretório Excelso:

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO MÁXIMA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM O NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. PRECEDENTES. 1. O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, não sendo viável reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal do paciente por crimes de estupro e atentado violento ao pudor. 2. O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida. 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência ou a ameaça por parte do algoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima.

(HC 105558, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012)

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, "A"). PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO. 1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10). 2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações. 3. In casu, o paciente manteve relação sexual, mediante paga, com menina de 12 (doze) anos de idade, que lhe dissera ter 18 (dezoito) anos, foi absolvido em primeira e segunda instâncias e, ante o provimento de recurso especial do Ministério Público, afastando a atipicidade da conduta e determinando ao TJ/RS que retomasse o julgamento da apelação, com o exame dos demais argumentos nela suscitados, restou condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. 4. A premissa de que a vítima dissera ao paciente ter 18 (dezoito) anos de idade, em acentuada desproporcionalidade com a idade real (12 anos), e que serviu de fundamento para indeferir a liminar nestes autos, foi extraída da própria inicial, não cabendo falar em contradição e obscuridade nos embargos de declaração opostos contra a referida decisão, com o escopo de esclarecer que o apurado na ação penal conduzia a que a menor aparentava ter 14 anos, o que favoreceria a tese do erro de tipo. 5. De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter. 6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar.

(HC 109206, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 18/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. 1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea "a" do Código Penal é absoluta. 2. A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ordem indeferida. (HC 101456, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-06 PP-01183 REVJMG v. 61, n. 192, 2010, p. 378)

Dessa forma, ressaltando-se, mais uma vez, o entendimento deste Relator, em razão da natureza absoluta da presunção de violência então prevista na alínea "a" do art. 224 do Código Penal, não se vislumbra o aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente a ensejar a sua absolvição.

Até porque, para se entender de modo diverso, no sentido da absolvição pelo reconhecimento que a vítima não teria sido constrangida a manter relação sexual com o acusado, não sendo ingênua o bastante para que se pudesse reconhecer a presunção de violência na prática do ato sexual, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

Nesse sentido colaciona-se:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, PELA EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. ANÁLISE DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ESTREITA VIA DO WRIT. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O habeas corpus não admite a incursão da seara fático-probatória dos autos, o que torna incabível o enfrentamento do pedido de absolvição sumária.

2. Inviável o exame, em sede de habeas corpus, da existência de união estável entre o Paciente e a suposta vítima, sobretudo quando a Corte a quo deixou assente que a alegada causa de extinção da punibilidade não estava cabalmente demonstrada pelos elementos constantes dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 181.658/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PROVAS DE AUTORIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (...) ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. *A estreita via do habeas corpus não comporta pedido de absolvição por falta de provas para a condenação, pois para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias se mostra necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com o remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.*

(...)

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 188.741/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/03/2011)

Assim, o *writ* não permite nova análise das razões e motivos pelos quais o Tribunal de origem formou o seu convencimento no sentido da condenação do paciente, já que o acórdão objurgado apresenta fundamentação e motivação suficiente ao édito repressivo exarado contra o paciente pela prática do referido delito, sendo indubitável que para se concluir de forma diversa seria necessário o revolvimento da prova, inadmissível na via restrita do presente remédio constitucional.

Quanto à dosimetria da pena, tem-se que assiste parcial razão ao impetrante.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena do paciente, "este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu", sendo inclusive orientação pacificada que "a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu" (HC 77964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 17/03/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

Sabe-se que, no que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo o togado singular guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do artigo 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

In casu, no tocante à primeira fase da fixação da reprimenda, assim se pronunciou a Corte Estadual:

"Passo, pois, à dosimetria da pena:

*Assim, e em exame da **QUAESTIO**, resulta que a culpabilidade do agente demanda sejam considerados, quanto a ele o grau de exigibilidade de conduta diversa, e o grau de compreensão da ilicitude daquela conduta. Em assim sendo, tenho que os fatos narrados no caderno processual conduzem à conclusão de que acentuada a culpabilidade na espécie, na medida em que induzida, a vítima, à prática de ato sexual com homem mais velho, com quem acreditava vir a casar-se.*

Não existem antecedentes criminais a serem considerados, nem elementos bastantes, nos autos, à correta aferição da conduta social do agente.

*Esclarecedor, no particular, o magistério doutrinário de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, IN Código Penal Comentado, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 231, segundo o qual conduta social **"é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança"**. Tal circunstância, diga-se, não restou dedilhada nos autos, não podendo, pois, ser dita desfavorável ao ora apelante.*

A personalidade do agente resulta desviada, tenho, na medida em que entende, ele, normal o ato sexual com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criança, às escusas de que com ela viria a contrair matrimônio.

*Os motivos e circunstâncias do crime restaram inerentes à espécie. As conseqüências do crime – **IN CASU**, o antecipado despertar sexual de uma criança – não podem, porém, favorecer ao Apelado.*

Finalmente, forçoso reconhecer que, conquanto tenha efetivamente consentido que com ela se praticasse o crime, a vítima não possuía maturidade para tanto, consoante acima já exhaustivamente delineado. Em assim sendo, tal circunstância judicial não poderá, jamais, favorecer o réu.

Tudo considerado, e face à predominância de circunstâncias desfavoráveis ao acriminado, fixo-lhe a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão." (e-STJ fls. 64/65).

Constata-se, portanto, que ao paciente foi fixada a sanção-base acima do mínimo legal, ou seja, em 8 (oito) anos de reclusão, em razão de lhe terem sido considerados desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade e as conseqüências do crime.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu".* (DELMANTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186).

No caso dos autos, o magistrado de origem considerou *"acentuada a culpabilidade na espécie, na medida em que induzida, a vítima, à prática do ato sexual com homem mais velho, com quem acreditava vir a casar-se"*, o que constitui fundamento idôneo a autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, já que a culpabilidade aferida pelo magistrado foi aquela em sentido lato, isto é, a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, e não no sentido estrito, como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:

PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE FIXADA EM DOIS ANOS ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SOPESADAS DESFAVORAVELMENTE AOS INTERESSES DO ACUSADO – EQUÍVOCO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE QUANTO A QUASE TOTALIDADE DELAS – NECESSIDADE DE CORREÇÃO – APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA, AO FINAL, DESFAVORÁVEL – REDUÇÃO DA PENA – ORDEM CONCEDIDA.

A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato.

Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal.

Inviável a utilização de condenação posterior aos fatos, bem como ações penais em andamento, a fim de macular os antecedentes do autor, situação bem delineada no voto prolatado pelo Ministro Relator.

(...)

9. Ordem concedida, em maior extensão ao voto do eminente Relator, para reduzir a pena-base do paciente.

(HC 107795/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 02/03/2009)

No que tange à personalidade do paciente, o Tribunal entendeu que ela resultaria desviada, na medida em que entenderia ser *"normal o ato sexual com criança, às escusas de que com ela viria a contrair matrimônio"*, o que justifica a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

Ao prosseguir na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a autoridade apontada como coatora considerou que as consequências do crime não poderiam favorecer o acusado, pois teriam antecipado o *"despertar sexual de uma criança"* argumento hábil a motivar o aumento de pena procedido na primeira fase de fixação da reprimenda.

Dessa forma, vê-se que foram declinados fundamentos concretos, não inerentes ao tipo penal infringido, para sustentar a elevação da pena-base imposta ao paciente.

Contudo, a presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis não é suficiente para que se eleve a sanção básica do paciente em 2 (dois) anos, mostrando-se tal aumento desproporcional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, o édito repressivo merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção básica um pouco acima do mínimo legalmente previsto, qual seja, 7 (sete) anos de reclusão.

Na segunda etapa de fixação da pena, mantém-se a redução de 1 (um) ano procedido em razão da presença de duas circunstâncias atenuantes e, ante a ausência de causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, fica a sua reprimenda definitiva fixada em 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, **concede-se** parcialmente a ordem a fim de, reduzindo a pena-base do paciente, tornar a sua sanção definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0266327-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.174 / MA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1002006 80452010 80459120108100000

EM MESA

JULGADO: 18/10/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WILLAMY ALVES DOS SANTOS
ADVOGADO : WILLAMY ALVES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE : J DA S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.