



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.180 - SP (2009/0033433-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : B E DOS S
ADVOGADO : DAVID VITÓRIO MINOSSI ZAINA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1 - A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que é absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não for maior de 14 anos de idade.

2 - No caso, o recorrido praticou, por duas vezes, conjunção carnal com a ofendida, com 11 anos de idade à época dos fatos, sob o argumento de que ambos já haviam se encontrado em ocasiões anteriores e que as relações sexuais seriam consentidas e desejadas livremente pela vítima.

3 - É entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça que a aquiescência do adolescente ou – como ocorreu na espécie – da criança não tem relevância jurídico-penal na tipificação da conduta criminosa (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

4. Repudiáveis os fundamentos empregados na origem para absolver o recorrido, ao reproduzirem padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

5. No caso em exame, à vítima foi negada expressamente a condição de ainda ser uma criança em formação psíquica e emocional, simplesmente porque se mostrou, posteriormente, segura e tranquila ao depor sobre sua experiência de passar duas noites na companhia do recorrido, sendo certo, nas palavras dos julgadores, que buscou o relacionamento sexual com o recorrido – que contava então com 27 anos de idade – “por vontade própria, sabendo o quê significava”, com “plena consciência do que estava fazendo e completa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sensibilidade a respeito do ato”, tendo demonstrado estar “preparada para a opção por ela feita, independentemente de sua faixa etária”.

6. É anacrônico, a seu turno, o discurso que procura associar a evolução moral dos costumes e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, como na espécie, ou a outras formas de violência facilitada pela condição da vítima.

7 - Recurso especial provido, para condenar o recorrido pelo delito previsto no artigo 213, c/c os artigos 224, “a” (antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/09), e 226, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para fixação da pena.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que negava provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de agosto de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.180 - SP (2009/0033433-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : B E DOS S

ADVOGADO : DAVID VITÓRIO MINOSSI ZAINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pela 7ª **Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à apelação interposta pelo órgão ministerial e confirmou a sentença de primeiro grau (fls. 157/163) que absolvera o recorrido, BENEDITO EDVALDO DOS SANTOS, da acusação de prática do crime positivado no art. 213 c/c art. 224, "a", do CPB.

Contra o acórdão, o Ministério Público estadual interpôs recurso especial, em cujas razões aponta violação do artigo 224, "a", do Código Penal, em vigor à época dos fatos.

Sustenta que "a referida presunção somente poderá ser afastada em casos excepcionais, que não se amoldam aos fatos tratados nestes autos" (fl. 172).

Aduz que "a vítima era criança de comportamento normal para sua idade e formação. Tal circunstância não significa qualquer deformidade de caráter ou que tenha comportamento promíscuo", além do que "não sensibiliza a tese de que a flexibilidade dos costumes e a pletora de informação propiciada pelos meios de comunicação tornam as pessoas mais aptas a decidir sobre importantes questões pessoais", pois "somente o acúmulo de informações não garante amadurecimento psicológico" (fl. 172).

Argui dissídio jurisprudencial, visto que o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça paulista alegadamente contraria o entendimento tanto do Supremo Tribunal Federal quanto deste Tribunal Superior, no Recurso Especial n. 762.044/SP, da relatoria do Ministro Felix



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fischer, em que se concluiu que "no 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. O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não tem relevância jurídico-penal" (fl. 179).

Pugna, ao final, seja admitido o recurso especial, para condenar o recorrido "pela prática do crime contra os costumes" (fl. 198).

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fl. 215.

Admitido o recurso na origem (fls. 217-218), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento (fls. 227-230), em parecer assim ementado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (CP, ART. 213, C/C ART. 224, A), MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. DOUTRINA. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.

Este recurso especial foi recebido nesta Corte Superior de Justiça em 11.6.2010 (fl. 233) e distribuído ao Ministro Nilson Naves, com posterior atribuição ao Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), em 4.5.2011 (fl. 234). Seguidamente, os autos foram atribuídos à Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), em 23.8.2012 (fl. 265).

Autos atribuídos à minha relatoria em 9/9/2013 (fl. 266).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.180 - SP (2009/0033433-7)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1 - A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que é absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não for maior de 14 anos de idade.

2 - No caso, o recorrido praticou, por duas vezes, conjunção carnal com a ofendida, com 11 anos de idade à época dos fatos, sob o argumento de que ambos já haviam se encontrado em ocasiões anteriores e que as relações sexuais seriam consentidas e desejadas livremente pela vítima.

3 - É entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça que a aquiescência do adolescente ou – como ocorreu na espécie – da criança não tem relevância jurídico-penal na tipificação da conduta criminosa (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

4. Repudiáveis os fundamentos empregados na origem para absolver o recorrido, ao reproduzirem padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

5. No caso em exame, à vítima foi negada expressamente a condição de ainda ser uma criança em formação psíquica e emocional, simplesmente porque se mostrou, posteriormente, segura e tranquila ao depor sobre sua experiência de passar duas noites na companhia do recorrido, sendo certo, nas palavras dos julgadores, que buscou o relacionamento sexual com o recorrido – que contava então com 27 anos de idade – “por vontade própria, sabendo o quê significava”, com “plena consciência do que estava fazendo e completa sensibilidade a respeito do ato”, tendo demonstrado estar “preparada para a opção por ela feita, independentemente de sua faixa etária”.

6. É anacrônico, a seu turno, o discurso que procura associar a evolução moral dos costumes e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, como na espécie, ou a outras formas de violência facilitada pela condição da vítima.

7 - Recurso especial provido, para condenar o recorrido pelo delito previsto no artigo 213, c/c os artigos 224, “a” (antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/09), e 226, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para fixação da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

A controvérsia posta nesta via especial centra-se na discussão quanto ao caráter relativo ou absoluto da presunção de violência nos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, notadamente quando a vítima não for maior de 14 anos de idade (artigo 224 do Estatuto Repressivo, em vigor à época dos fatos).

Com o objetivo de contextualizar a prática do delito, oportuna é a transcrição do seguinte excerto da denúncia (fls. 4-5, destaquei):

Consta dos autos do incluso inquérito policial que na madrugada do dia 10 para o dia 11 de outubro de 2003, bem como no último dia, por volta das 15h00min, na residência situada na Avenida Araçongas, nº 155, nesta cidade e comarca, BENEDITO EDVALDO DOS SANTOS, vulgo "Benê", qualificado às fls. 17/20,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por duas vezes, constrangeu [K. C. D. B.], de apenas 11 (onze) anos de idade, mediante violência presumida, à conjunção carnal.

Segundo se apurou, o denunciado, no dia 10 de outubro, em sua residência, levou a vítima - que ficou desaparecida dos familiares por 2 (dois) dias - até seu quarto, e com ela pernoitou.

Durante a madrugada, o investigado, depois de despir-se, manteve relação sexual vaginal com a ofendida, que ostenta apenas 11 (onze) anos de idade (vide certidão de fls. 8).

Na tarde do dia 11 de outubro, por volta das 15h00min, novamente o denunciado introduziu o pênis na vagina da vítima, mantendo a relação sexual até a ejaculação.

Indicam os autos – as referências são a documentos do inquérito policial juntados ao processo eletrônico, não havendo cópia de documentos referentes à ação penal – que a ofendida, que contava 11 anos de idade na data dos fatos (11/10/2003), saiu de casa, sem avisar a mãe, por volta das 17h30, e se encontrou com o recorrido na casa deste. Ali permaneceu durante duas noites, período em que mantiveram, por duas vezes, relações sexuais.

Os depoimentos da ofendida e de sua genitora denotam tratar-se de criança que vivia sob os cuidados da mãe – pessoa de poucos recursos (e-STJ-6) – e do padrasto e que saiu de casa sem avisar aonde iria, comportamento que acontecera pela primeira vez, o que, inclusive, motivou a mãe a registrar ocorrência sobre o desaparecimento da filha (e-STJ-8).

O recorrido, por sua vez, contava, à época, 27 anos de idade e vivia na companhia dos pais e de um filho, os quais – segundo noticiado nos autos (e-STJ-16/17) – teriam sido expulsos de casa pelo recorrido, na madrugada do dia seguinte ao relatado estupro, quando chegou em casa “embriagado e muito alterado”.

Após regular trâmite perante a Comarca de Cerqueira César – cidade situada no interior de São Paulo e com população estimada, em 2004, em 16.320 hab (http://pt.wikipedia.org/wiki/Cerqueira_C%C3%A9sar) – em 11/8/2004, o Juiz de Direito Cláudio Salvetti D'Angelo proferiu sentença, na qual, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolveu o acusado das imputações constantes da exordial acusatória, sob os seguintes fundamentos (fls. 101-116, destaquei):

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. No caso em tela, a autoria da conduta se encontra devidamente comprovada nos autos, eis que a vítima esclareceu que esteve em companhia do mesmo, tendo inclusive pernoitado com ele.

Já a materialidade do delito de estupro restou duvidosa, já que, pelo laudo de exame de corpo de delito, não se constatou a ruptura do hímen da vítima, ou seja, a certeza da conjunção carnal. Em contrapartida, a vítima afirmou, com absoluta certeza e tranquilidade, que o acusado com ela manteve, por duas vezes, relação sexual.

7. Todavia, a condenação não se impõe no presente caso, isso porque o não consentimento da vítima quando das eventuais relações sexuais com o acusado não restou devidamente comprovado nos autos, assim como a presunção legal de violência, que é apenas relativa, admitindo, pois, prova em contrário, posto que, "o que há contra o réu é apenas a presunção legal de violência".

8. Há que se ressaltar a ausência de ingenuidade demonstrada pela vítima quando de sua oitiva em audiência de instrução criminal.

[...]

Nos dias de hoje, o menor já começa a ter informações sobre sexo, a ter a sua curiosidade natural despertada, quer pelas revistas, pelos jornais, pelo cinema, pela televisão e isso mesmo antes dos quatorze anos.

[...]

Forçoso reconhecer, portanto, que atualmente o problema deve ser visto com uma ótica diferente daquela do tempo em que foi editado o Código Penal. E se já naquela época a presunção de inocência era relativa, hoje com muito mais razão.

[...]

In casu, a suposta vítima, quando da audiência, contava com apenas doze anos de idade. Porém, mostrou-se bastante "entendida" quando indagada sobre assuntos sexuais, sendo arbitrário, nas circunstâncias, pensar que vigoraria a presunção de violência quando ela contava com 11 anos de idade.

Há que se propender que a presunção de violência é relativa. Não somente, como no caso ali julgado, ante a aparência física e mental, pensar o agente tratar-se de pessoa com idade superior a quatorze anos, mas também quando há toda uma certeza de que a relação sexual foi consentida (como no caso em tela), não sendo igualmente duvidoso que a vítima tinha plena consciência do que estava fazendo e completa sensibilidade a respeito do ato. Em suma, quando não houve violência, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo aceitável, pois, a ficção da violência presumida.

Convém assinalar, por último, que o acusado não tem mácula em seus antecedentes, e sete ou que fossem seis anos no cárcere, sem direito a progressão, no caso, não contribuiriam em nada para a prevenção geral, ou específica, da criminalidade, constituindo, isto sim, um pesadíssimo e irreparável castigo.

[...]

10. No exame acurado do caso em concreto realizado a partir da prova coligida, ***concluo que não houve o estupro em si, já que a vítima confessou em Juízo que mantivera relação sexual com o acusado com seu consentimento. Disse que não foi forçada a fazer algo ou iludida com promessas pelo acusado.***

Não há vislumbre, pois, de violência ou de fraude, por parte do acusado.

[...]

No mais, tem-se que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, restou esclarecido que acusado e vítima estavam "namorando", ainda que há poucos dias, e que, após algumas "preliminares" na "prainha" e no veículo do acusado, eles acabaram por ir até a casa do mesmo e lá transando. Ao que tudo indica, a presente ação penal surgiu única e exclusivamente da reação dos pais da vítima por conta da pouca idade da mesma.

Soma-se ao depoimento da própria vítima o das testemunhas de acusação que, no caso, esclareceu a vítima que o ocorrido em nada abalou sua vida, o que denota, mais uma vez, a consciência da menina quando das relações sexuais entre ambos.

[...]

14. E óbvio que o acusado, com 22 anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar os coitos com a vítima. Ocorre que, ao que leio das declarações contidas nos autos, não foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias, mas sim também desejou os acontecimentos sexuais. No mais, tendo eles se encontrado algumas vezes antes do coito, trata-se de um acontecimento normal para os padrões atuais de comportamento sexual da juventude.

[...]

16. Tem-se, assim, que, ***a despeito do acusado conhecer a idade da vítima (11 anos), o estupro não se configurou, já que a presunção do artigo 224, a, do Código Penal, neste caso, deve ser considerada como relativa:***

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Embora a ofendida assegure que era virgem antes do relacionamento com o réu, declarou também que à época estavam se encontrando com certa frequência. **Patente, destarte, que a presunção de violência deve ser arredada, já que é manifesto que não houve violência, sequer presumida, mas sim evidente consentimento da vítima.***

[...]

Enfim, as provas demonstram: a presunção relativa de violência há que ceder às evidências de que a ofendida, malgrado menor de quatorze anos, não era ingênua e assentiu plenamente nas duas vezes em que ocorreram as cópulas vagínicas. Impensada, porém, atípica, via de consequência, a conduta de Benedito Edvaldo.

O Ministério Público apelou da sentença, tendo a 7ª Câmara de Direito Criminal, sob a relatoria do Desembargador Sidnei de Oliveira Jr., negado provimento ao apelo e, por conseguinte, mantido a absolvição do recorrido. Entre os argumentos do julgado, destaco os que seguem (fls. 160-163):

[...]

*Crê-se que a razão está com o douto Magistrado sentenciante. A intelecção preconizada pelo Parquet é, vênua seja concedida, coisa do passado. **A bem da verdade, desde a edição do Código Penal, não se poderia ter a acenada presunção de violência como absoluta. Sempre houve um elemento histórico decisivo para direcionar esse modo de pensar.***

[...]

*Evidente, então, que não se pode mais, bem ao reverso das intelecções de antiga doutrina e de vetusta jurisprudência, esquecer a mutação da realidade social naquilo que diz respeito às coisas do sexo. **Hoje, é possível que a "vítima", ainda que menor de 14 (catorze) anos, tenha plena ciência do assunto sexual, detendo maturidade suficiente para discernir e optar se lhe é conveniente lançar-se à prática do sexo.***

Assim, justifica-se, a não mais bastar a nova diretriz pretoriana sobre ser sempre relativa a presunção em destaque, inclusive do STF (HC nº 73.662-MG, Relator Ministro Marco Aurélio).

Não fosse assim, vilipendiar-se-ia até mesmo o princípio do contraditório (cf. artigo 5º, inciso LV, da CF). Afinal de contas, proibir-se a prova para o desfazimento de uma situação desfavorável ao acusado, como é a que advém de uma presunção absoluta, uma espécie de prova pré-constituída e incontrastável,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esbarraria, sem por nem tirar uma vírgula, na aludida garantia da Lei Maior, sendo com ela decerto incompatível. Isso, porque, uma vez estabelecida a presunção iuris et de iure, não sobraria sequer espaço para a defesa do incriminado.

[...]

Não se pode, destarte, desconsiderar a prova favorável ao acusado, quando se sustenta a voluntária permissividade da vítima ao ato sexual, sem constrangimento de qualquer natureza e estando preparada para a opção por ela feita, independentemente de sua faixa etária.

*Ora, se segundo incontestáveis observações do virtuoso Juiz da causa (fls. 66 - in fine), "a suposta vítima [...] mostrou-se segura e tranqüila em suas declarações, assim como asseverou que os fatos não lhe trouxeram problemas", cuja ofendida, aliás, ainda aparentava "ter mais de 12 anos de idade", parece obviedade ressaltar que ela, depois de ter encetado namoro com o réu, por meses, segundo seu relato policial (fls. 13), que inclusive "matava aula e ia com o mesmo para a prainha", lá, com certeza, trocando beijos e outras carícias (fls. 66), quis o relacionamento sexual "por vontade própria", sabendo o quê significava. **Enfim, não se pode tê-la como um anjinho; e, tampouco uma menina, ou uma criança, desprotegida e incauta, à mercê dos caprichos sexuais de outrem.***

Além disso, viria a talhe perceber que a menor sempre pareceu mesmo ser senhora de si. Veja-se que, embora premida pelas circunstâncias de uma declaração policial ou de um depoimento na presença de um Juiz, quando esclareceu, aqui e acolá, acerca dos atos sexuais praticados, ela não teve a mínima dificuldade para grafar seu nome, o fazendo até com requintes de uma invejável caligrafia (fls. 11 e 66 verso). Reconhece-se que talvez o argumento não seja decisivo, mas é sintoma inarredável daquela conclusão, pois, via de regra, por fatores ligados ao elemento psicológico, as vítimas de estupro mal conseguem escrever seus nomes, após relembrar o histórico de seu vilipêndio sexual.

Melhor, sem dúvida, deixar intocada a sentença produzida pelo Dr. Cláudio Salvetti D'Angelo, que se demonstrou ser um Magistrado de seu tempo, moderno e estudioso, em prol da busca de uma justiça penal do razoável e mais humanizada.

II.

Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que se valeram os magistrados referidos para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem, por entender violados os dispositivos de lei federal invocados na impugnação especial.

A alínea "a" do artigo 224 do Código Penal, então vigente, determinava que:

Art. 224:

Presume-se a violência, se a vítima:

*I. não for maior de 14 (quatorze) anos;
(...)*

A interpretação que vem se firmando sobre tal dispositivo é no sentido de que responde por estupro (e/ou por atentado violento ao pudor, se cometido o crime antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/09) o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima**, mantém relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos.

Nesta Corte de Precedentes o tema ensejou, no passado, interpretação oscilante nas duas turmas da Terceira Seção. Recentemente, a **matéria restou pacificada** por força do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. **1152864/SC**, da relatoria da Ministra Laurita Vaz, assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do 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 consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "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." (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas.

(EREsp 1152864/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3S., DJe 1.4.2014, destaquei)

Antes disso, também em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial, a **Terceira Seção já tivera oportunidade de assentar a irrelevância do consentimento da vítima** para fins de caracterização do crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos. (EREsp. n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14.4.2010)

Na Corte Suprema o assunto tem merecido igual compreensão, como se percebe dos arestos colacionados, com meus destaques:

1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.

2. [...].

3. Ordem denegada.

(STF/HC 119.091/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2T., DJe 18.12.2013).

*1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o **caráter absoluto da presunção de violência** no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, “a”, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo **irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima**. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - AgRg no RHC 97.664/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, 2T, DJe 21.10.2013)

(...) 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 violência ou a ameaça por parte do algoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 / PR, Relatora Min. ROSA WEBER j. 22/05/2012, Primeira Turma, DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012)

III.

Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão à época em que submetidas à jurisdição ordinária estadual, os fundamentos utilizados, quer em primeiro grau, quer em instância recursal, distanciam-se, ao ver deste relator, de qualquer análise jurídica, sociológica e humanista que se possa empreender sobre o tema, *vis-à-vis* a nova ordem constitucional e os novos contornos que a política de proteção integral a crianças e adolescentes vem crescentemente assumindo, no Brasil e no exterior, nas últimas décadas.

O Juiz de Direito, ao absolver o recorrido, afastou a presunção de violência de que cuida o art. 224, “a”, do CPB, porque **“a vítima tinha plena consciência do que estava fazendo e completa sensibilidade a respeito do ato”**. Acrescentou **“que não houve o estupro em si, já que a vítima confessou em Juízo que mantivera relação sexual com o acusado com seu consentimento. Disse que não foi forçada a fazer algo ou iludida com promessas pelo acusado.”**

Disse ainda o magistrado que “o acusado, com 22 anos de idade [equivocou-se S. Ex^a, porquanto, nascido em 16/4/76, o recorrido tinha, em outubro de 2003, 27 anos de idade], **deveria ter pensado duas vezes antes de realizar os coitos com a vítima**”. No entanto, **“a vítima não foi induzida (...) mas sim também desejou os acontecimentos sexuais.”**

Fechou sua argumentação dizendo que **“trata-se de um acontecimento normal para os padrões atuais de comportamento sexual da juventude.”**

Seguindo similar compreensão, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na voz do desembargador-relator da apelação do Ministério Público, afastou a presunção de violência do estupro cometido pelo recorrido, aduzindo não se poder desconsiderar **“(...) a prova favorável ao acusado, quando se sustenta a voluntária permissividade da vítima ao ato sexual, sem constrangimento de qualquer natureza e estando preparada para a opção por ela feita, independentemente de sua faixa etária.”** E, após informar que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“a menor” matava aula para ficar com o acusado, arrematou, com ênfase, sua convicção no sentido de que ela **“quis o relacionamento sexual por vontade própria, sabendo o quê significava. Enfim, não se pode tê-la como um anjinho; e, tampouco uma menina, ou uma criança, desprotegida e incauta, à mercê dos caprichos sexuais de outrem”**.

Não é mister muito esforço para se deduzir que o julgamento, tanto em primeiro quanto em segundo grau, recaiu, na verdade, não sobre quem estava na posição de réu, mas sobre a vítima da ação delitiva, algo que reflete um padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza.

Essa referência à imagem da “criança libertina” ou “criança provocadora”, referida pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre *História do estupro*, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradas as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de instrução para a tenra idade”, fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia. (VIGARELLO, G. *História do estupro*. Violência sexual nos séculos XVI – XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima”, ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima – **em nenhum momento chamada de criança**, tal qual, ao menos legalmente (por ter à época idade inferior a 12 anos), deveria ser tratada – foi apresentada como uma jovem que **“quis o relacionamento sexual por vontade própria, sabendo o quê significava”, alguém com “plena consciência do que estava fazendo e completa sensibilidade a respeito do ato”, “preparada para a opção por ela feita, independentemente de sua faixa etária”**.

A perplexidade com os fundamentos utilizados nas instâncias de origem são ainda maiores quando se lê, da pena de um magistrado de segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau, o fecho de seu raciocínio, quando, pela primeira vez, emprega a palavra “criança”, mas para negar seu uso em relação à vítima. Afinal, **“não se pode tê-la como um anjinho; e, tampouco uma menina, ou uma criança, desprotegida e incauta.”**

Em pleno século XXI, vê-se que ainda é atual a observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que “elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais” (DEL PRIORE, M. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe Ariès (*História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a “toda sorte de grosserias e indecências”. Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as conclusões do François de Dainville (*La Naissance de L'humanisme Moderne*, Paris. Beauchesne, 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: “O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo”.

E prossegue:

Essa ausência de reserva diante das crianças, esse hábito de associá-las a brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais para nós é surpreendente: é fácil imaginar o que diria um psicanalista moderno sobre essa liberdade de linguagem, e mais ainda, essa audácia de gestos e esses contatos físicos. Esse psicanalista, porém, estaria errado. A atitude diante da sexualidade, e sem dúvida a própria sexualidade, variam de acordo com o meio, e, por conseguinte, segundo as épocas e as mentalidades. Hoje, os contatos físicos descritos por Heroard nos pareceriam beirar a anomalia sexual e ninguém ousaria praticá-los publicamente. (fls. 128-129)

Na compreensão, portanto, dos magistrados que entrevistaram no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

feito até o momento, o requisito para que se afaste a presunção de violência sexual – considerando-se, por amor à argumentação, que se cuidaria de presunção *iuris tantum* – é a percepção, **sempre sujeita ao subjetivismo judicial**, de que a vítima tenha desejado o conúbio amoroso, que demonstre ter consciência do que está fazendo e que, portanto, esteja preparada para a iniciação sexual. Essas circunstâncias – inferíveis do que se decidiu na origem – tornam atípica a conduta de um homem de 27 anos manter relação sexual com menina de 11 anos e, a julgar pelo raciocínio, com meninas até de idade inferior. Em outras palavras, é a **legitimação judicial do sexo entre um adulto e uma criança**, bastando, para tanto, que se mostre esta, na interpretação do juiz, “preparada para a opção por ela feita”.

IV.

O acórdão impugnado se valeu de outro argumento para manter a absolvição do recorrido, qual seja, o de que “a inteligência preconizada pelo Parquet [quando sustenta ser irrelevante o consentimento da criança] é, vênha seja concedida, coisa do passado”. Isso porque, “não se pode mais, bem ao reverso das inteligências de antiga doutrina e de vetusta jurisprudência, esquecer a mutação da realidade social naquilo que diz respeito às coisas do sexo. Hoje, é possível que a 'vítima'", ainda que menor de 14 (catorze) anos, tenha plena ciência do assunto sexual, detendo maturidade suficiente para discernir e optar se lhe é conveniente lançar-se à prática do sexo. Assim, justifica-se, a não mais bastar a nova diretriz pretoriana sobre ser sempre relativa a presunção em destaque, inclusive do STF (HC nº 73.662-MG, Relator Ministro Marco Aurélio).”

Mais uma vez se percebe a sintonia do acórdão com a sentença de primeiro grau, que antecipara:

Nos dias de hoje, o menor já começa a ter informações sobre sexo, a ter a sua curiosidade natural despertada, quer pelas revistas, pelos jornais, pelo cinema, pela televisão e isso mesmo antes dos quatorze anos. Aos poucos foi sendo quebrado o tabu de falar de sexo com menores. Hoje as crianças têm lições de sexo nas escolas e até mesmo nas igrejas. Os pais procuram orientá-las. Essa também a preocupação dos nossos governantes, com campanhas educativas promovidas pelo Ministério e Secretarias de Estado da Saúde (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal raciocínio é, *permissa venia*, frágil e sofisticado, pois, a par de tomar como certo algo que é apenas possível ou até provável – ter a **vítima deste processo** efetivamente recebido todas essas informações e orientações sobre sexo que a mídia, o Estado e a família moderna oferecem –, conclui que a criança, por estar munida dessas informações, passa a ser senhora de seu destino e de suas opções de relacionamento sexual, porque já é uma pessoa madura, plenamente capaz de querer e de agir.

A esse respeito, soou-me acurada a observação constante das razões do recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo, no ponto em que assinalou, *in verbis*:

Não sensibiliza a tese de que a flexibilidade dos costumes e a plethora de informação propiciada pelos meios de comunicação tornam as pessoas mais aptas a decidir sobre importantes questões pessoais. Neste tema criou-se uma grande sofisma, devido à confusão reinante entre informação e formação. De fato, somente o acúmulo de informações não garante amadurecimento psicológico. No caso da criança K.C. não pode nem mesmo dizer que acumulou informações nos seus 11 anos de idade. Em outras palavras, o equilíbrio emocional, o auto conhecimento, a conscientização sobre os melhores caminhos a seguir etc são fatores que se agregam ao indivíduo ao longo da vida, pelo acúmulo de experiência individual. Isto sem mencionar a comprovação científica de que o sistema neurológico do jovem – no caso era uma criança – é incompleto e somente atinge a maturidade com a idade adulta. Estes mesmos fatores são adotados pelo legislador constitucional para justificar a inimputabilidade penal, a qual somente cessa aos dezoito anos completos. Nessa linha de raciocínio, parece insustentável que uma menina simples, de uma cidade do interior, com apenas onze anos de idade, possa ter o discernimento suficiente para decidir sobre tão importante aspecto de sua sexualidade.

Bastaria, aliás, rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que a criminalização das relações sexuais consentidas entre adultos e infantes é uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conquista da modernidade e que a necessidade de melhor informar adolescentes e crianças sobre assuntos relacionados ao sexo não tem por objetivo – e nem é sua consequência natural – antecipar as experiências amorosas dessa faixa etária da população, mas preveni-la sobre seus riscos (gravidez precoce, doenças sexualmente transmissíveis, pedofilia etc.).

Em verdade, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, de crianças e adolescentes, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Senão vejamos.

Até o Código Penal de 1940, crianças e adolescentes não recebiam proteção penal específica em relação aos crimes de natureza sexual. De fato, tanto o Código Criminal do Império (1830) quanto o Código Penal da República (1890) não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de 14 anos, e sequer previam recrudesimento da pena prevista para tais situações.

A partir do Código Penal de 1940 passou-se a presumir, para fins penais, a ocorrência de violência em quaisquer atos libidinosos cometidos contra meninas e meninos menores de 14 anos, sob o fundamento – constante da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (n. 70) – de que tal ficção legal decorre da *innocentia consilii* do sujeito passivo dessa modalidade delitiva, a denotar “sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Também se entendeu importante e necessário – para a efetiva e proporcional proteção penal – punir especialmente o crime cometido contra crianças e adolescentes e, no ponto que mais interessa, previu-se, expressamente, a hipótese de cometimento de estupro e de atentado violento ao pudor “com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador” (art. 225, II, CP, em sua versão original), hipótese que, a par da iniciativa pública da ação penal, também mereceu agravamento da reprimenda do infrator, inicialmente “de quarta parte” (art. 226, II), e, agora, “de metade” (*ex vi* da redação dada ao dispositivo pela Lei 11.106/05).

Esse mesmo “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” – na dicção do acórdão – foi responsável também por cominar diversos crimes contra crianças e adolescentes, em rol constante de marcante legislação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infanto-juvenil, que sucedeu, sob nova realidade político-constitucional, o antigo Código de Menores. A referência, por óbvio, é ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90, o qual vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para conferir maior proteção penal a essa faixa etária.

Assim é que, a par da criminalização das condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes de modo geral, novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes.

Após reformas penais de menor grandeza (como a da Lei n. 10.764/03, que alterou o art. 241 do ECA, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de menores em cenas de sexo explícito), veio à tona a Lei n. 11.829/08, que, conforme enunciado em sua ementa, altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Outra importantíssima alteração legislativa a destacar, ocorrida no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/09, banuiu a tentativa de setores da doutrina e da jurisprudência de relativizar a presunção de violência do antigo artigo 224 do CPB, ao inovar, em técnica legislativa, o tratamento jurídico-penal dos “crimes contra os costumes”, que passaram a se denominar “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo-se, no que interessa por ora, como “estupro de vulnerável”, na letra do art. 217-A, a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Registre-se, por derradeiro, a recente edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/90, para **classificar como hediondo** o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Esse lento progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, **é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos** que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil:

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

ARTIGO 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Constituição da República

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

É anacrônico, portanto, o discurso que procura associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por descurar e expor pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau, não importa – a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce.

Não. A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes, indispensável para que vivam, plenamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta.

V.

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. O tema é essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado. A dogmática penal, que decorre, como visto, de clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação extraordinária.

Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada, vigente à época dos fatos em exame (art. 224, “a”, do CPB). Devo, inclusive, admitir já haver, em passado longínquo, aceitado a possibilidade de que, em casos excepcionais – o exemplo mais pungente é o do casal de namorados que mantém, por anos, relacionamento amoroso, vindo o rapaz, após completar 18 anos, a ser criminalmente responsabilizado por manter relações sexuais com a amada, menor de 14 anos – o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais.

Fato é que, acertadamente, vem a jurisprudência perfilando o entendimento de que não se há de permitir relativizações – mesmo em *hard cases* como o exemplificado – da presunção de violência prevista na antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal, sob pena de criar-se danosa instabilidade jurídica e, o que é mais angustiante, abrir espaço para que situações como a que ora se enfrenta – de elevada reprovabilidade – sejam toleradas pelo Direito.

A esse respeito, creio oportuno trazer à colação, entre tantos arestos sobre o tema, o da **Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP**, referido linhas atrás, da relatoria do Ministro Felix Fischer, de cujo voto extraem-se importantes ponderações:

(...) Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressaltadas tristes exceções que podem eventualmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 recomendável, então, apesar 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 inconsequente 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 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-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresse 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 levar 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 recorrido, 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, 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." **(Embargos de divergência desprovidos. (REsp. n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010)***

À vista do exposto, e por considerar que o acórdão recorrido contrariou os artigos de lei indicados e, nos aspectos assinalados, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao recurso especial, para condenar o recorrido pelo delito previsto no artigo 213 c/c os artigos 224, "a" (antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009), e 226, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, e determinar, por conseguinte, a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para a adequada fixação da pena**, em atenção aos precedentes desta Corte Superior (REsp 1.122.681/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6T., DJe 1º/10/2013; REsp 1.176.752/RJ, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5T., DJe 10/5/2013; REsp 741.665/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5T., DJ 18/10/2007).

Determino, outrossim, a retificação da autuação deste Recurso Especial, para que passe a constar o nome completo do recorrido, haja vista que o sigilo imposto por lei, em casos como o vertente, visa à proteção da criança ou do adolescente vítimas de crime de natureza sexual, e não do autor do delito.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.180 - SP (2009/0033433-7)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cinge-se a controvérsia à natureza relativa ou absoluta da presunção de violência nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor na hipótese em que a vítima não for maior de 14 anos de idade, à luz do artigo 224 do Código Penal, em vigor à época dos fatos.

Compulsando os autos, verifica-se que o recorrido foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 213 combinado com o artigo 224, alínea "a", na forma do artigo 71, todos do Código Penal, em razão de ter mantido por duas vezes conjunção carnal com a vítima, menor que contava com 11 anos de idade:

Consta dos autos do incluso inquérito policial que na madrugada do dia 10 para o dia 11 de outubro de 2003, bem como no último dia, por volta das 15h00min, na residência situada na Avenida Arapongas, nº 155, nesta cidade e comarca, B. E. D. S., vulgo "Benê", qualificado a fls. 17/20, por duas vezes, constrangeu K. C. D. B., de apenas 11 (onze) anos de idade, mediante violência presumida, à conjunção carnal.

Segundo se apurou, o denunciado, no dia 10 de outubro, em sua residência, levou a vítima - que ficou desaparecida dos familiares por 2 (dois) dias - até seu quarto, e com ela pernoitou.

Durante a madrugada, o investigado, depois de despir-se, manteve relação sexual vaginal com a ofendida, que ostenta apenas 11 (onze) anos de idade (vide certidão de fls. 8).

Na tarde do dia 11 de outubro, por volta das 15h00min, novamente o denunciado introduziu o pênis na vagina da vítima, mantendo a relação sexual até a ejaculação.

Em primeiro grau de jurisdição, o juiz o absolveu por atipicidade, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, concluindo que a presunção de violência não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso em concreto, no qual restou evidenciado o consentimento da jovem que, além de não ser ingênua, assentiu plenamente nas duas vezes em que ocorreram as relações sexuais:

10. No exame acurado do caso em concreto realizado a partir da prova coligida, concluo que não houve o estupro em si, já que a vítima confessou em Juízo que mantivera relação sexual com o acusado, com seu consentimento. Disse que não foi forçada a fazer algo ou iludida com promessas pelo acusado.

Não há vislumbre, pois, de violência ou de fraude, por parte do acusado.

11. Vem a lei, contudo, e diz: "Presume-se a violência, se a vítima não maior de quatorze anos".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mas a lei necessita ser aplicada de forma condizente com o tempo em que se vive. Cuida-se de atentar para o seu espírito. Buscou o legislador proteger a menor de quatorze anos da década de quarenta. Mais de cinquenta anos depois, as coisas mudaram. A menor de quatorze anos, hoje, não é a menor daquela época.

É missão do Juiz interpretar a lei com toda a sua nuance, auscultando o seu sentido, perscrutando as razões que a ditaram. Fazê-la viver no tempo presente.

No mais, tem-se que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, restou esclarecido que acusado e vítima estavam "namorando", ainda que há poucos dias, e que, após algumas "preliminares" na "prainha" e no veículo do acusado, eles acabaram por ir até a casa do mesmo e lá transando. Ao que tudo indica, a presente ação penal surgiu única e exclusivamente da reação dos pais da vítima por conta da pouca idade da mesma.

Soma-se ao depoimento da própria vítima o das testemunhas de acusação que, no caso, esclareceu a vítima que o ocorrido em nada abalou sua vida, o que denota, mais uma vez, a consciência da menina quando das relações sexuais entre ambos.

12. Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do CP, no que preceitua como estupro o ato de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça".

13. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o acusado por livre e espontânea vontade.

Como já salientado, a presunção de violência prevista no artigo 224 do CP cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra.

(...)

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como em concreto.

(...)

Na verdade, a menor esclareceu sua capacidade em demonstrar sua vontade de realizar o coito. Ora, menina-moça, de quase 12 anos, depois disso, teria que ter vontade de realizar outros atos sexuais. Não o faria se ela não fosse humana, quase mulher.

14. É óbvio que o acusado, com 22 anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar os coitos com a vítima. Ocorre que, ao que leio das declarações contidas nos autos, não foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias, mas sim também desejou os acontecimentos sexuais. No mais, tendo eles se encontrado algumas vezes antes do coito, trata-se de um acontecimento normal para os padrões atuais de comportamento sexual da juventude.

(...)

Embora a ofendida assegure que era virgem antes do relacionamento com o réu, declarou também que à época estavam se encontrando com certa frequência. Patente, destarte, que a presunção de violência deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arredada, já que é manifesto que não houve violência, sequer presumida, mas sim evidente consentimento da vítima.

(...)

16. Os dados reunidos ao longo da instrução revelam que K., mesmo com apenas 11 anos de idade, não era uma menina totalmente inocente que faz jus à proteção estabelecida pela alínea a do artigo 224 do Código Penal.

Enfim, as provas demonstram: a presunção relativa de violência há que ceder às evidências de que a ofendida, malgrado menor de quatorze anos, não era ingênua e assentiu plenamente nas duas vezes em que ocorreram as cópulas vagínicas. Impensada, porém, atípica, via de consequência, a conduta de B. E..

Diante desse desate, o *Parquet* interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento com base nos fundamentos abaixo:

Ora, se segundo incontestáveis observações do virtuoso Juiz da causa (fls. 66 - in fine), "a suposta vítima [...] mostrou-se segura e tranqüila em suas declarações, assim como asseverou que os fatos não lhe trouxeram problemas", cuja ofendida, aliás, ainda aparentava "ter mais de 12 anos de idade", parece obviedade ressaltar que ela, depois de ter encetado namoro com o réu, por meses, segundo seu relato policial (fls. 13), que inclusive "matava aula e ia com o mesmo para a prainha", lá, com certeza, trocando beijos e outras carícias (fls. 66), quis o relacionamento sexual "por vontade própria", sabendo o quê significava. Enfim, não se pode tê-la como um anjinho; e, tampouco uma menina, ou uma criança, desprotegida e incauta, à mercê dos caprichos sexuais de outrem.

Além disso, viria a talhe perceber que a menor sempre pareceu mesmo ser senhora de si. Veja-se que, embora premida pelas circunstâncias de uma declaração policial ou de um depoimento na presença de um Juiz, quando esclareceu, aqui e acolá, acerca dos atos sexuais praticados, ela não teve a mínima dificuldade para grafar seu nome, o fazendo até com requintes de uma invejável caligrafia (fls. 11 e 66 verso). Reconhece-se que talvez o argumento não seja decisivo, mas é sintoma inarredável daquela conclusão, pois, via de regra, por fatores ligados ao elemento psicológico, as vítimas de estupro mal conseguem escrever seus nomes, após relembrar o histórico de seu vilipêndio sexual.

Melhor, sem dúvida, deixar intocada a sentença produzida pelo Dr. Cláudio Salvetti D'Angelo, que se demonstrou ser um Magistrado de seu tempo, moderno e estudioso, em prol da busca de uma justiça penal do razoável e mais humanizada.

O ilustre Ministro Rogério Schietti Cruz, designado relator, proferiu voto na linha do entendimento recentemente firmado pela Terceira Seção, por ocasião do julgamento, em 26 de fevereiro de 2014, dos Embargos de Divergência 1.152.864/SC, da relatoria da Ministra Laurita Vaz, no sentido de que a presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"a", do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual.

Conforme já externei no julgamento do Recurso Especial 430.615/MG, o tema relativo à natureza da presunção de violência nos crimes sexuais, por certo, é de grande valor, como cediço, porque envolve a liberdade sexual de pessoas cuja capacidade a lei considera incompleta. Aliás, abordar os transtornos da violência sexual já traz em si a reflexão de princípios básicos das sociedades humanas, imagine-se quando uma das partes envolvidas é menor de 14 anos.

Conquanto todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, dificultam o enquadramento típico no caso concreto. Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.

Vale ressaltar, neste ponto, que, no julgamento do *Habeas Corpus* 88.664/GO, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), a Sexta Turma analisou a matéria sob diversos enfoques. Naquela oportunidade, refletiu-se acerca da relação amorosa vivida pela vítima e pelo réu, sobre a necessidade de não se tornar o Direito estático, mormente se levado em consideração que a parte especial do Código Penal data de 1940. Lembrou, ainda, o ilustre magistrado que as sociedades mudam e os conceitos e preconceitos de igual modo.

Destacou-se, também, a imprescindibilidade de se ter em mente todo o arcabouço normativo, compatibilizando-se o Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que define como criança pessoa até 12 anos, e como adolescente aquela entre 12 e 18 anos, que, inclusive, pode ser responsabilizada por ato infracional com aplicação de medida socioeducativa. A propósito, cabe destacar do seu belo voto:

Adianto que vou aceitar os fatos exatamente como o fizeram o nobre Juiz de primeiro grau e o E. Tribunal goiano: o paciente, homem de mais de trinta anos de idade e casado, manteve relações sexuais com uma adolescente de menos de 14 anos de idade. Não discuto se tais relações sexuais ocorreram em 23 de novembro ou 23 de dezembro. Se elas ocorreram em 23 de dezembro, a adolescente contaria já com 14 anos de idade e o fato não seria típico. Mas, seja: consideramos que o contato sexual ocorreu em 23 de novembro e a menor contava 13 anos e onze meses de idade. Não discuto, igualmente, se era virgem ou se já haveria mantido relações sexuais com seu primeiro namorado, negado, obviamente, por este. Nem igualmente está em discussão se a menor procurou beneficiar o namorado, trazendo falsos dados para arredar a tipicidade da conduta do paciente. O que me parece importante é que o paciente, mesmo casado, insistiu em entreter namoro com a menor, a ponto de pedir ao pai desta autorização para namorá-la. E, negada a autorização, não resistiu em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levá-la a um motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais. A conduta do paciente se subsumiu ao tipo descrito no artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea "a", ambos do Código Penal? Por esse fato, merece o paciente a pena que lhe foi imposta, 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado? É essa pena objetivamente justa? O comportamento do paciente merece, sem dúvida, críticas. Com 32 anos de idade e chefe de família, não deveria assediar a menor. Há referências a ter sido preso anteriormente e não dedicar-se ao trabalho. São apenas referências. De qualquer modo, não estamos nem podemos examinar sua conduta do ponto de vista social, mas do direito penal. E, em seu favor, vimos que nutria afeto à vítima, tanto que buscou autorização dos pais desta para namorá-la. Não se pode deixar de consignar também que a própria menor aceitou o convite para ir ao Motel e manter relações sexuais. O ato foi consentido e aqui é que se enfrenta o maior problema: a lei penal não atribui validade ao consentimento de menor de 14 anos de idade para a prática de relações sexuais ou de atos libidinosos. Em outras palavras, presume-se a violência contra menores com menos de 14 anos de idade. Caracteriza-se, por definição legal, o estupro, se houver conjunção carnal, ou o atentado violento ao pudor, se se limita à prática de atos libidinosos distintos da conjunção carnal. Esse é o pensamento do legislador de 1940, ano em que nasceu o Código Penal Brasileiro. Em primeiro lugar, faz-se necessário lembrar que o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade. O chileno Eduardo Novoa Monreal escreveu monografia a propósito desse tema e já no preâmbulo anotou: '...a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo, gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele' (cf. 'O Direito como obstáculo à transformação social', Sergio Antonio Fabris Editor, pág. 9, Porto Alegre, 1988). E, nesse aspecto, é inegável o valor da jurisprudência, pois esta comumente vem à frente do legislador e é para ele fonte de inspiração. Em tantos temas de Direito Privado, de Direito Público e de Direito Penal, as decisões do Judiciário foram dando interpretação às leis e culminaram por adiantar-se ao legislador e disciplinaram relações fáticas, para cujas soluções não havia lei expressa. O Judiciário viabilizava uma solução e, posteriormente, o legislador a encampava, transformando-a em lei. Parece claro que, quando se interpreta um Código Penal nascido em 1940, portanto, com 69 anos de idade, é preciso adequá-lo à realidade de hoje, levando em conta os valores da atualidade, para que as decisões sejam mais justas. O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão abrangente desse arcabouço facilita - e muito - o entendimento e a interpretação da lei. Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo artigo 2º desse Estatuto, o menor é considerado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. E, como lembra Carlos Antônio R. Ribeiro, 'se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual' (cf. 'Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual', in Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol. 5, número 12, pág. 216). Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI! A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixou assentado: Contudo, a Carta Ihe (ao Judiciário) deu, mesmo nessa função típica, em certo distanciamento em relação a lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV da Constituição. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei'. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, pág. 67). E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a 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. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940....

Mostra-se relevante consignar, ademais, trecho da exposição de motivos do Código Penal de 1940, que fixou em 14 anos a idade para fins de se considerar a presunção de violência, a qual era de 16 anos no Diploma Repressivo de 1890, ao argumento de que:

(...) com a redução do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no caso de adolescentes, é a *inocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.

Conforme salientou Renato de Mello Jorge Silveira, "difícilmente nega-se o conhecimento das coisas do sexo aos jovens, ao menos em noções perfunctórias. Verdades absolutas não são passíveis de admissão". Ademais, registra que "a escolha aleatória de uma idade como marco fronteiro entre a possibilidade de consento e a presunção de violência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta". (*Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 219).

Destaque-se que o Direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais.

Nesse sentido, sobram críticas a respeito da fixação da idade de 14 anos, por tratar-se de critério subjetivo, "baseado no que se presume ser o desenvolvimento mental das pessoas nessa faixa etária. Como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, dos costumes e do tempo, étnicos e mesológicos, determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal estará adequado". (Prudente, Neemias Moretti. *Considerações críticas acerca das disposições gerais relativas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor*. In Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, 2000, p. 79).

Elucidativa, ainda, a lição do saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que se manifestou sobre o tema nos seguintes termos:

O Direito pune conforme o comportamento. Impossível, por isso, sancionar ação não praticada. Uma coisa é estuprar, ou atentar contra o pudor; outra, e no âmbito penal, absolutamente distinta, punir por presunção, ainda que definida em lei. A história rompe as incoerências. A vida prática foi trazendo para os tribunais situações que, amoldadas ao texto legislativo, conduziram à injustiça revoltante. É sabido, empurradas por condições sociais e econômicas adversas, muitas jovens convivem em ambientes de prostituição. (...). Antes da idade mencionada no CP, entregam-se à vida sexual, mediante retribuição. Pois bem, alguém que houvesse mantido relação, de uma hora para outra, era surpreendido com denúncias e, tantas vezes, condenado nas sanções dos arts. 213 ou 214. O argumento central era a idade da jovem. Ela, contudo, consentira, colocara-se no ambiente de oferecimento, tinha ciência do significado de sua conduta. Todavia, e aqui o absurdo, paulatinamente impugnado, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atribuir violência ao agente, ou seja, era punido como que houvesse constrangido a moça, mediante violência ou grave ameaça. Absoluto descompasso entre a vida e o Direito. (*Estupro: violência presumida*, in Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLIV, nº 228, outubro de 1996. p. 44/45).

Nessa linha de raciocínio, confirmam-se os seguintes precedentes que, embora não reflitam a atual jurisprudência dominante deste Sodalício acerca do tema, adotaram entendimento no sentido ora esposado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 213 E 224, "A", DO CÓDIGO PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não se afigura defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta de presunção de inocência em fatos em que a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 884.944/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 29/11/2010)

Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos (presunção de violência relativa). Consentimento válido da menor (relevância).

1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente.

2. Reputa-se relativa a violência presumida disposta no inciso a do art. 224 do Cód. Penal.

3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente.

4. No caso, o consentimento não-viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro.

5. Recurso do qual se conheceu pelo dissídio, mas ao qual se negou provimento.

(REsp 542.324/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2005, DJe 14/04/2008)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INNOCENTIA CONSILII. PRESUNÇÃO RELATIVA. REEXAME DE PROVA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a comprovação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

divergência jurisprudencial, por intermédio da juntada de cópia integral dos arestos apontados como paradigma ou pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados, cabendo esclarecer que, dentre os repositórios autorizados e credenciados por esta Corte para a caracterização do dissídio, não se encontra, por certo, o Diário de Justiça da União.

2. É relativa a presunção inserta no artigo 224, alínea "a", do Código Penal.

3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado nº 7).

4. Recurso improvido.

(REsp 309.704/PB, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2003, DJ 30/06/2003, p. 322)

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

1. A presunção de violência contida no art. 224, "a", do CP é juris tantum, ou seja, tem caráter relativo. Precedentes.

2. Recurso conhecido em parte (letra "c") e improvido.

(REsp 195.279/PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2002, DJ 19/12/2002, p. 454)

Dessa forma, considero que a presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea "a", do Código Penal tem natureza relativa, devendo subsistir o acórdão recorrido que, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, manteve a sentença absolutória em razão da inexistência do crime de estupro na espécie.

Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que os fatos não derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, tendo o casal namorado por meses e a menor declarado em Juízo que mantivera as relações sexuais com o acusado por livre e espontânea vontade.

Ante o exposto, com a devida vênia do voto proferido pelo eminente Ministro Relator, **nego provimento ao recurso especial.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0033433-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.112.180 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10342003 4811133 4811133600

PAUTA: 07/08/2014

JULGADO: 07/08/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : B E DOS S

ADVOGADO : DAVID VITÓRIO MINOSSI ZAINA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que negava provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.