



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.343 - SC (2014/0001304-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANDRE CAETANO KOVALESKI
ADVOGADO : ANDRÉ CAETANO KOVALESKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : M A DA R (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO 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. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA SANÇÃO PENAL. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. EXPRESSA MENÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440/STJ NÃO VIOLADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal e firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1152864/SC, 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.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59 ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. No caso, consideradas desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto e fixada a pena-base acima do mínimo legal, cabível o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de março de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.343 - SC (2014/0001304-9)

IMPETRANTE : ANDRE CAETANO KOVALESKI
ADVOGADO : ANDRÉ CAETANO KOVALESKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : M A DA R (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado por M A DA R, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Registram os autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 213, c.c. art. 224, alínea *a*, e no art. 213, do Código Penal, porque teria coagido duas adolescentes (de 13 e 14 anos na data dos fatos) à conjunção carnal. Dois corréus foram denunciados como partícipes, pois teriam auxiliado o Paciente em seu intento.

O MM Juiz da 1.^a Vara Criminal de Chapecó/SC julgou improcedente a denúncia, porque como as menores tinham relacionamento de afeto com o Paciente, a versão sustentada pelas vítimas, de que foram forçadas a prática do ato sexual, "*não encontra o mínimo respaldo nos autos, tendo ainda os depoimentos de seus pais e conselheiros apenas transmitido o que lhes foi relatado*" (fl. 313).

O Tribunal de origem, entretanto, deu parcial provimento ao recurso de apelação do assistente de acusação para, mantida a absolvição dos corréus, condenar o Paciente apenas pelo crime de estupro com violência presumida, relativo à conjunção carnal com a menor de quatorze anos, nos termos do seguinte acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL - INSURGÊNCIA DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO - ESTUPROS- PRIMEIRO FATO - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ART. 213, C/C ART. 224, A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/09) - MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS - RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA - PROVÁVEL CONSENTIMENTO DA MENOR - IRRELEVÂNCIA - SENTENÇA REFORMADA - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE - CONCURSO DE PESSOAS (ART. 29, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) - ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS QUE NÃO AUTORIZAM IMPUTAR A COAUTORIA.

SEGUNDO FATO - ADOLESCENTE COM MAIS DE 14 ANOS - PALAVRAS ISOLADAS DA SUPOSTA VÍTIMA E DISSONANTES DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA ALICERÇAR O ÉDITO CONDENATÓRIO - APLICAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA.
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (fl. 417)*

O recurso especial interposto não foi admitido e o agravo em recurso especial foi julgado intempestivo, em decisão da minha lavra.

Após transitada em julgado a condenação, insurge-se a Defesa por meio do presente *habeas corpus*.

Aduz, de início, que a presunção de violência deve ser afastada, em face do reconhecido consentimento da vítima pelo acórdão condenatório, e porque "*o acusado não tinha conhecimento da menoridade da vítima*", pois "*sua estatura e porte físico induziram-no a erro*" (fl. 13). De outro lado, impugna o regime inicial fechado imposto pelo acórdão condenatório.

Pugna, assim, em liminar e mérito, pela absolvição do Paciente ou pela fixação do regime intermediário de cumprimento de pena.

O pedido liminar foi indeferido, pela Presidência desta Corte, nos termos da decisão de fl. 613.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 619/678, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 684/686, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.343 - SC (2014/0001304-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO 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. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA SANÇÃO PENAL. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. EXPRESSA MENÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440/STJ NÃO VIOLADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal e firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1152864/SC, 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.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59 ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. No caso, consideradas desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto e fixada a pena-base acima do mínimo legal, cabível o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Não se desconhece que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, fiquei vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão pela qual me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, o Tribunal de Justiça catarinense, ao dar provimento ao apelo do assistente em acusação, condenou o Paciente pela prática do crime de estupro, com violência presumida, aduzindo o seguinte:

"De acordo com a prova mencionada, tudo indica que, ao contrário do alegado pela vítima e sua colega, Marcelo e Renan foram contatados pelas menores e compareceram até a residência de R. Caso contrário não haveria justificativa para negarem qualquer ligação para os telefones dos acusados.

Não obstante a versão dada aos fatos pela vítima e sua colega, não se questiona a ocorrência da relação sexual entre P. e Marcelo, tanto que este confessou ter mantido conjunção carnal com a menor.

Todavia, o ponto em questão é a existência de consentimento da vítima, o que fez com que o réu fosse absolvido, sustentando o Magistrado a quo que a ofendida era uma adolescente com maturidade sexual, descaracterizando, assim, o crime de estupro, já que se trata de presunção relativa de violência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Nesse rumo, as simples - e isoladas - alegações do apelado de que acreditava que P. tinha de 15 (quinze) a 16 (dezesseis) anos na ocasião e que ela "costumava ficar com a piaçada" (fls. 92/93), não servem para elidir a presunção de violência delineada no antigo art. 224, "a", do Código Penal.

[...]

Desse modo, ainda que se vislumbre dos autos a possibilidade da existência de consentimento de P., tal fator é irrelevante, pois não demonstrado pelo acusado a maturidade sexual da vítima e sua capacidade em dispor sexualmente de seu corpo. Aliás, por já conhecer a vítima, não é crível que não tivesse ciência de sua verdadeira idade.

Convém ressaltar, que o fato de P. e sua amiga estarem em casa sozinhas e dos contatos telefônicos com os acusados horas antes do ocorrido, não se afigura, por si só, como idôneo a ensejar o desvirtuamento da educação moral da menor, cabendo à defesa provar tal assertiva, na forma do art. 156 do Código de Processo Penal, inexistindo, portanto, fundamento bastante para elidir a presunção de violência.

Vale lembrar, também, que, apesar do entendimento exposto pelo Sentenciante, não há como se presumir que a vítima era "moça de compleição física avantajada para sua idade, conforme se pode averiguar no ensejo da tomada do seu depoimento" (fl. 299), mormente quando se trata de Magistrado diverso do que conduziu referida audiência (fl. 127). Ainda que assim o fosse, não se pode perder de vista que entre a data dos fatos (23/11/2005) e a oitiva da menor em Juízo (23/312007) transcorreram exatos 16 (dezesseis) meses, não possuindo P. G., certamente, as mesmas características que detinha à época dos fatos.

Desse modo, restando comprovada a materialidade e a autoria do estupro, e não havendo nos autos provas de que a vítima possuía experiência sexual, ou aparentasse ser maior, a ponto de descaracterizar a presunção de violência, a condenação de Marcelo Alves da Rosa por infração ao art. 213, ele o art. 224, "a", ambos do Código Penal (com redação anterior à Lei n. 12.015/09), é medida que se impõe." (fls. 425/428)

Pois bem.

De fato é controvertida a questão sobre a presunção de violência em crime sexual contra menor de 14 anos ser relativa ou absoluta, nos termos da antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, antes da alteração promovida pela Lei n.º 12.015/2009. Vale dizer: admite-se-ia ou não a produção de prova em contrário à presunção de violência, assumindo, assim, que a menor de 14 anos pudesse, validamente, consentir com o ato sexual.

Entretanto, a questão restou pacificada na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp n.º 1152864/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, na sessão de julgamento do dia 26 de fevereiro de 2014, ainda pendente de publicação.

Diante da literalidade da Lei Penal em vigor, parece-me iniludível que quis o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Legislador 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 **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.

Há de se ressaltar que pouco importa a vida pregressa da vítima. Ora, se já foi prematuramente iniciada na prática sexual, esse fato só denota a fragilidade da proteção que se pretendeu dar ao menor.

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.

No mesmo diapasão, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

"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 violência ou a ameaça por parte do algoz.

4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012.)

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/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-217 DIVULG 14/11/2011, PUBLIC 16/11/2011.)

Nem se diga que a letra da lei está ultrapassada pela realidade social.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale ressaltar, a propósito, que o Legislador – que poderia ter baixado a idade para se perquirir sobre o consentimento para o ato sexual, se assim quisesse – optou por manter a idade limite de quatorze anos. E mais: agravou a pena para esse tipo de delito, com a capitulação do crime de **estupro de vulnerável** – incluído pela Lei n.º 12.015/2009 –, nestes termos:

*"Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos."*

Vê-se, claramente, a opção do Legislador pela impossibilidade de haver consentimento válido de menor de quatorze anos para o ato sexual, deixando evidenciado que a violência é ínsita à conduta.

A redação do tipo legal, com efeito, é contundente ao descrever tão só a ação do agente, sem nenhuma referência explícita à violência ou a outro meio de sedução, o que reforça a ideia de ser absoluta a presunção da violação ao bem jurídico tutelado.

A propósito:

"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, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe de 30/04/2010.)

No caso em apreço, apesar do suposto consentimento da vítima, ressaltou o acórdão impugnado que a menor não possuía experiência sexual, sendo envolvida pelo Paciente para a prática da conjunção carnal, o que é suficiente à configuração do crime de estupro com violência presumida.

De outro lado, ao individualizar a pena, o aresto assim consignou, *in verbis*:

"Atendendo às diretrizes elencadas no art. 69 do Código Penal, tem-se a culpabilidade normal à espécie. Não registra antecedentes criminais (fl. 212). Inexistem elementos nos autos para a segura análise de sua conduta social e personalidade. Os motivos e as circunstâncias subsumem-se ao tipo. As consequências devem ser consideradas negativas, haja vista a repercussão que os fatos tiveram na comunidade, a qual culminou com o acompanhamento psicológico e social da menor e de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

família (fls. 26, 222/223 e 226/227). Quanto ao comportamento da vítima, conquanto haja a possibilidade de ter consentido com o ato, não se pode dizer, em razão de sua tenra idade, que contribuiu para a prática do crime.

Assim, pela análise desfavorável de uma circunstância judicial, fixa-se a pena-base pouco acima do mínimo, ou seja, em 6 (seis) e 6 (seis) meses de reclusão.

Na fase intermediária, ausentes agravantes, presente a atenuante da confissão espontânea, utilizada, inclusive, para fundamentar o édito condenatório, reduz-se a sanção ao piso previsto na lei vigente na ocasião.

Na terceira fase, inexistindo causas de aumento ou de diminuição, a pena privativa de liberdade resta definitiva em 6 (seis) anos de reclusão.

Convém ressaltar que, mesmo se tratando de estupro na forma simples, ou seja, sem resultar lesões corporais graves ou morte, é entendimento pacífico a condição de hediondez do delito. Dessa feita, com fulcro no art. 1º, V, e 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, fixa-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Pelo quantum penal aplicado, impossível conceder-se a substituição da reprimenda corporal ou mesmo o sursis (arts. 44, I, e 77 do Código Penal)." (fls. 433/434)

No ponto, ressalto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (STF, HC 111.840/ES, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado no dia 27/06/2012.)

Com efeito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Assim, consoante orientação da Suprema Corte, afastada a disposição constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o que dispõe o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com o reconhecimento das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis, mesmo para condenado reconhecidamente primário e de bons antecedentes, correta a decisão que impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

Isso porque, conforme ditame do art. 33, § 3.º, do Código Penal, segundo o qual "*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*". A propósito: HC 240.896/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 15/08/2012.

Como se vê, não há flagrante ilegalidade que permita a concessão *ex officio* da ordem de *habeas corpus*.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0001304-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.343 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 018060144448 18060144448 20090574894

EM MESA

JULGADO: 25/03/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANDRE CAETANO KOVALESKI
ADVOGADO	: ANDRÉ CAETANO KOVALESKI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: M A DA R (PRESO)
CORRÉU	: R M
CORRÉU	: A R

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.