SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2389611 - MG (2023/0207398-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	D DE L R
ADVOGADO	:	GIANINY DE OLIVEIRA MACHADO - MG157170

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **1.** ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL.** RECORRIDO ABSOLVIDO PELO TRIBUNAL LOCAL (TJMG). PEDIDO DE CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. **2.** DEFESA INTRANSIGENTE DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DOS ADOLESCENTES. REAFIRMAÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E SÚMULA 593/STJ. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. **3.** ERRO DE PROIBIÇÃO CONSTATADO PELA CORTE LOCAL. STJ TRATADO COMO TERCEIRA INSTÂNCIA RECURSAL. RECURSO ESPECIAL UTILIZADO COMO NOVA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **4.** PONDERAÇÃO ENTRE VERBETES 7/STJ E 593/STJ. ENUNCIADOS QUE REFLETEM NORMAS DE HIERAQUIAS DISTINTAS. PREVALÊNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. TEORIA DE KELSEN. **5.** ART. 227 DA CF. PRIORIDADE ABSOLUTA. CRIANÇA, ADOLESCENTE E JOVEM. TODOS PRESENTES NOS AUTOS. PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. **6.** NUANCES DO CASO CONCRETO. JOVEM TRABALHADOR RURAL DE 20 ANOS. ADOLESCENTE DE 12 ANOS. 2013. UNIÃO ESTÁVEL E FILHA. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. DISTINÇÃO NECESSÁRIA. **7.** APLICAÇÃO LITERAL DA LEI. COLISÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DERROTABILIDADE DA NORMA. *HARD CASES*. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. **8.** VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR. OFENSA MAIOR. **9.** PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. **10.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, firmou

Documento eletrônico VDA40801067 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:19
Código de Controle do Documento: 5ed78ab5-fdc0-4233-a989-6cd0fc5299ee

entendimento no sentido de que, "para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime". Tal orientação, inclusive, foi sedimentada por meio da edição do verbete n. 593/STJ.

- Na presente hipótese, o Tribunal local, com base no acervo fático-probatório constante dos autos, consistente no depoimento da vítima, na prova testemunhal e no interrogatório do acusado, concluiu que "não se verificou, *in casu*, o conhecimento sobre a ilicitude da conduta". Consta, ainda, do acórdão recorrido que "**a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível**".

- Nesse contexto, a desconstituição das conclusões da Corte de origem, fundadas em **exame exauriente do conjunto de fatos e provas** constante dos autos, para restabelecer a condenação do réu, mediante **afastamento do erro de proibição invencível**, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial, conforme o enunciado n. 7/STJ. Precedentes.

2. Reafirmação pela Relatoria da defesa intransigente dos direitos da criança e da adolescente, no sentido de que a menor de 14 anos deve, na verdade, estudar, brincar e participar de atividades próprias para sua idade. Não deve namorar, pois está ainda em formação biológica e emocionalmente. De igual sorte, deve-se ratificar incansavelmente a principiologia trazida na jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior sobre a matéria e sedimentada por meio do enunciado n. 593/STJ.

- No entanto, não se deve deixar de levar em consideração que **a vida é maior que o direito.** Logo, a indesejável antecipação da adolescência ou mesmo da fase adulta não pode acarretar um prejuízo maior para aqueles que estão envolvidos, em especial para a **criança que adveio do relacionamento do casal (que durou mais ou menos 1 ano - e-STJ fl. 199) e é a prioridade absoluta do sistema brasileiro, por meio do estatuto da primeira infância.**

- Descendo aos fatos, registro que, embora o casal não esteja mais junto, consta que o pai continua dando assistência à criança. Ademais, o Tribunal de origem destacou se tratar de um **trabalhador rural, com 20 anos de idade** à época dos fatos, que incidiu em **erro de proibição invencível**. Nesse contexto, está-se diante de **situação excepcionalíssima**, na qual se deve priorizar a nova vida, em atenção ao estatuto da primeira infância, que, como já afirmado, tem prioridade absoluta.

3. Relevante registrar, **dando às coisas o exato nome que elas têm**, que a hipótese dos autos não trata de atipicidade da conduta em virtude de eventual consentimento da vítima ou pelo fato de o réu "ser matuto", nem de excludente de ilicitude por paixão. De igual sorte, não se está diante de erro de tipo, mas sim de excludente de culpabilidade, por erro de proibição invencível. Não é possível retirar das instâncias ordinárias, no ponto, a soberania a respeito do exame do conjunto fático e

Documento eletrônico VDA40801067 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:19
Código de Controle do Documento: 5ed78ab5-fdc0-4233-a989-6cd0fc5299ee

probatório dos autos, uma vez que o STJ não pode ser considerado uma terceira instância recursal bem como o recurso especial não pode ser tratado como nova apelação.

4. Não se mostra adequada, de outra parte, a suscitada ponderação entre os verbetes 7/STJ e 593/STJ, principalmente porque os enunciados sumulares não são princípios mas sim o resumo de entendimentos consolidados. Ainda que assim não fosse, o enunciado n. 7/STJ reflete a norma constante do art. 105, III, da CF, que trata da missão constitucional do STJ. Já o verbete n. 593/STJ diz respeito ao art. 217-A do CP. São enunciados que tratam, portanto, de normas de hierarquias distintas, cujo eventual conflito deve se resolver em beneficio da norma de maior hierarquia, em atenção à teoria de Hans Kelsen.

5. Ainda que se considere que o enunciado n. 593/STJ reflete, em verdade, o art. 227 da CF, não se pode descurar que o *caput* do mencionado dispositivo, com redação dada pela EC 65/2010, dispõe que "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".

- Mais uma vez, dando às coisas o nome que elas têm, registro que o legislador infraconstitucional estabeleceu que se considera "criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (art. 2º da Lei n. 8.069/1990). Ademais, "são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade" (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.852/2013). Tem-se, portanto, norma constitucional que protege igualmente a criança nascida da relação tida entre a adolescente de 12 anos e o jovem de 20 anos, à época dos fatos.

- Dessa forma, necessário, de fato, realizar uma ponderação de princípios, mas não no formato em que sugerido. Com efeito, o legislador ordinário, por meio da Lei n. 13.257/2016, estabeleceu a necessidade de se atentar para a especificidade e a relevância dos primeiros anos de vida, denominada **primeira infância,** no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano. **Assim, a prioridade absoluta, na hipótese, deve ser a proteção integral da criança que nasceu desta relação.**

6. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de culpabilidade, em virtude do reconhecimento do erro de proibição. Ademais, deve se levar igualmente em consideração a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado, uma vez que se trata do relacionamento de dois jovens, que havia sido, em um primeiro momento, aceito pela família da adolescente, sobrevindo uma filha e a efetiva constituição de núcleo familiar, apesar de não estarem mais juntos como casal.

- Não se está a infirmar a orientação sedimentada no enunciado sumular n. 593/STJ. Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com

Documento eletrônico VDA40801067 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:19
Código de Controle do Documento: 5ed78ab5-fdc0-4233-a989-6cd0fc5299ee

as suas particularidades próprias, **sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.**

- Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos nem sempre albergam as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padrasto que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da *distinguishing* ou distinção.

7. A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de mais de 11 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em **rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana**. Dessa forma, estando a **aplicação literal da lei na contramão da justiça**, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

- O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto. Nesse sentido: HC 124306, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 16/3/2017 PUBLIC 17/3/2017 e e ADI 3689, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10-05-2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007). **STJ:** REsp n. 1.953.607/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022 (Tema Repetitivo 1.120) e CC n. 199.079/RN, Relatora para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, julgado em 13/12/2023, DJe de 18/12/2023.

-Doutrina sobre a Teoria da derrotabilidade do enunciado normativo no Direito Penal.

8. Não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana". A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrido acabaria por deixar a adolescente e a filha de ambos desamparadas não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. "Está em julgamento a vida de três pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime". (AREsp 1555030/GO e REsp 1524494/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021). No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, e REsp n. 1.977.165/MS, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023.

9. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade

Documento eletrônico VDA40801067 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:19
Código de Controle do Documento: 5ed78ab5-fdc0-4233-a989-6cd0fc5299ee

familiar (art. 226, §3°). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III).

- Proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, no novo vínculo familiar (que existiu e que ainda permanece- pai e filha; mãe e filha - onze anos depois - 2013/2024), de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre a vítima e o recorrido, haja vista o nascimento da filha do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: **a absoluta proteção da criança em sua primeira infância (no caso um bebê, hoje uma criança quase adolescente).** No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a manutenção da opção absolutória quer na perspectiva da ausência de culpabilidade quer na de atipicidade material.

- "(....) essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009". (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)

10. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por maioria, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira.

Brasília, 12 de março de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Documento eletrônico VDA40801067 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:19
Código de Controle do Documento: 5ed78ab5-fdc0-4233-a989-6cd0fc5299ee

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2389611 - MG (2023/0207398-8)

RELATOR	:	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	D DE L R
ADVOGADO	:	GIANINY DE OLIVEIRA MACHADO - MG157170

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra decisão monocrática da relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, em razão da incidência do enunciado de súmula n. 7 dessa Corte.

Em síntese, trata-se de denúncia oferecida contra D. L. DE R, que narra que ele, aos 20 (vinte) anos, passou a se relacionar com a vítima que,à época dos fatos, tinha apenas 12 (doze) anos. O acusado passou a buscar a adolescente na porta da escola, fazendo-a abandonar as aulas. Posteriormente, em decorrência de relação sexual, a vítima descobriu estar grávida.

Após regular instrução do processo, foi proferida sentença condenatória (e-STJ, fls. 120-128), em que foi condenado pela prática do delito descrito no artigo 217-A do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial fechado.

A defesa, então, apresentou recurso de apelação, o qual foi, em julgamento pelo TJMG, provido para absolver o acusado em decisão assim ementada (e-STJ, fl 191):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL. RECONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula nº 523 do STF). Cabalmente comprovadas autoria e materialidade do delito de estupro de vulnerável, mas demonstrado que o acusado não tinha consciência sobre a ilicitude da conduta e sendo inevitável o erro, deve ele ser absolvido (art. 386, V218).I, CPP).*

Interposto Recurso Especial pelo MPMG (e-STJ, fls. 209-218),

requerendo que a sentença condenatória fosse reestabelecida, foi inadmitido na origem com fundamento de que o *Parquet* buscava o reexame de provas, incidindo a vedação da Súmula n.7/STJ.

Nas razões do agravo, a parte solicita o processamento do recurso especial, alegando que os requisitos necessários para sua admissão foram cumpridos (e-STJ, fls. 252-257).

O Ministério Público Federal manifestou-se favorável ao provimento do agravo para que fosse dado provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 273-280). A decisão agravada, todavia, conheceu o agravo, mas não conheceu o recurso especial, sob o argumento da incidência do enunciado de súmula n. 07/STJ (e-STJ, fls. 283-289).

Nas razões do agravo (e-STJ, fls. 295/300) o agravante argumenta que o enunciado supramencionado não seria aplicável uma vez que a matéria ventilada no recurso especial não demanda revolvimento do conjunto fático-probatório, tratando-se de mera revaloração dos fatos incontroversos, expressamente delineados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Em sessão de julgamento virtual, o Ministro Relator encaminhou voto pelo não provimento do agravo regimental.

É o relatório do necessário.

Passo, então, a justificar a divergência à conclusão do eminente relator, com as mais devidas vênias.

Inicialmente, ressalto que não desconheço que o recurso especial por sua natureza excepcional tem cognição restrita à apreciação de interpretação de lei federal, não podendo o julgador adentrar no exame de fatos e provas dos autos. Entretanto, em casos excepcionais, como as em que há incorreta valoração das provas e, ainda, quando as premissas fáticas estiverem bem delineadas nos autos, é totalmente possível analisar a questão debatida no recurso, independentemente de revolvimento das provas.

É o caso dos autos.

A valoração da prova realizada pelo Tribunal local deve ser revista posto que equivocada ao acatar a tese de erro de proibição, fundamentada na ideia de que o recorrido não teria condições de saber da vulnerabilidade da vítima.

Em breve incursão nas provas trazidas, se verifica que a vítima tinha 12

(doze) anos à época em que o recorrido, com então 20 (vinte) anos, passou a tirá-la das aulas em sua escola e levá-la para, com ele, se relacionar e, a partir de determinado momento, manter relação sexual, que resultou em uma gravidez que colocou sua vida em perigo e seus planos de vida em dúvida.

É pouco crível que o acusado não tivesse conhecimento da ilicitude sua conduta, especialmente no mundo atual, sendo o local do crime a área urbana da cidade de Araguari/MG, que possuía mais de 109 mil habitantes no ano do crime (2013).

O réu conhecia familiares da menor e, inequivocamente, tinha conhecimento da idade da vítima, não apenas porque a buscava na escola, mas porque era amigo de um primo daquela na casa da qual residia. Mais do que isso, na única oportunidade em que foi ouvido – posto que comprovado nos autos que se furtou à aplicação da lei penal durante todo o processo, inclusive sendo citado por hora certa– confessou que sabia da idade da vítima (e-STJ, fl. 27).

Inicialmente, no que se refere à alegada ocorrência de erro de proibição invencível, entendo que o TJMG não tinha elementos no conjunto probatório suficientes a demonstrar a necessária invencibilidade do erro para excluir a alegada potencial consciência da ilicitude. Isso porque o erro de proibição deve levar em consideração as relações do indivíduo com o meio, sua experiência pretérita, características pessoais, local onde vive, um hipotético e total isolamento das informações e notícias etc. Assim ensina Rogério Sanches:

> *Para aferir se o erro foi inescusável ou inescusável são consideradas as características pessoais do agente, tais como idade, grau de instrução, local em que vive e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada, e não o critério inerente ao homem médio. (CUNHA, Rogério Sanches.* ***Manual de Direito Penal:*** *Parte Geral: arts. 1º ao 120. 8. Salvador. Editora Juspodivm, 2020)*

Segundo Guilherme Nucci:

> *Para que o erro se concretize (vencível ou invencível), é fundamental haver a ausência da potencial consci~encia da ilicitude, que significa não ter tido o agente a real e atual consci~encia de que sua conduta era ilícita e não tinha a menor condição de saber. Por isso, faltou-lhe a noção do ilícito real e potencial. (NUCCI, Guilherme de Souza.* ***Código Penal Comentado****. 23. Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2023)*

Não se pode, racionalmente, aceitar que um homem de 20 anos de idade não tivesse a consciência da ilicitude de manter relação sexual com uma menina de 12 (doze) anos. Não se trata, o agressor, do *"matuto"* exemplificado nas doutrinas de direito penal, ou do ermitão que vive totalmente isolado da sociedade,

sem qualquer acesso aos meios de comunicação ou à sociedade.

Ademais, aceitar a incidência de tal excludente de tipicidade sem comprovação inequívoca de seus requisitos, em especial em crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes, pode resultar na definição da responsabilidade penal do ato a partir de uma avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima, o que é inadmissível dentro da doutrina constitucional da proteção integral (artigo 227 da Constituição Federal).

Nesse sentido, já se manifestou esta Corte, ao afirmar que

> *Nesse contexto fático, incontroverso, admitir o erro de tipo implicaria assumir, na espécie e em casos similares, a legitimidade de um escrutínio nada disfarçado das vítimas do sexo feminino de crimes sexuais e reconhecer que existe um paradigma de mulher apta ao sexo, de acordo com seu aspecto físico, de seu fenótipo, e, consequentemente, definidor de sua idade. Importaria, outrossim, a objetificação do corpo feminino e o reconhecimento, essencialmente, da impossibilidade da contenção da libido masculina.*
>
> *Faço lembrar, a propósito, que o erro quanto ao elemento objetivo do tipo deve ser inescusável e que, aceitar, com largueza, a incidência dessa excludente de tipicidade nos delitos de natureza sexual pode, com muita facilidade e conveniência, definir a responsabilidade penal do ato a partir da avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima (...)*
>
> *À exceção da exibição de documento de identidade falso, ou ante circunstâncias excepcionais que realmente permitam dar efetiva credibilidade ao erro de tipo, não é razoável alegar, por mera e simplória argumentação de que a vítima teria compleição física não compatível com sua verdadeira idade, o erro sobre a idade da pessoa abusada, e dessa forma dar curso a uma discricionariedade não compatível com o critério já definido como objetivo (etário) pelas Cortes Superiores (...) (AREsp n. 2240102/PI, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/02/2023, DJe de 06/02/2023).*

O contexto trazido nos autos demonstra, inequivocamente, a ocorrência de ato típico, antijurídico e culpável, não existindo qualquer elemento que demonstre a ocorrência de erro de proibição invencível. Como bem colocado na sentença condenatória (e-STJ, fls. 125-126):

> *"Pela análise do conjunto probatório, denota-se que o acusado possuía capacidade suficiente para conhecer a ilicitude da conduta perpetrada, sobretudo pelo fato de, conforme relato da vítima, a ter convencido a se relacionar 'às escondidas', sabendo que a genitora desta não aprovaria o relacionamento em razão da idade dos envolvidos, demonstrando ter conhecimento acerca do caráter ilícito do fato. Não se pode deixar de considerar ainda que na hipótese, o acusado tinha por volta de 20 anos de idade quando dos fatos, sendo que a vítima contava com 12 anos de idade. Ora, essa diferença de idade já afasta a tese defensiva. E de conhecimento geral e público que manter relações sexuais com atos libidinosos com uma criança nessa cidade constitui ato contrário ao Direito. O acusado não se mostra um eremita ou uma pessoa criada de forma completamente isolada e reclusa, a*

ponto de se fazer crer que desconhecia a reprovabilidade de sua conduta."

Por outro lado, a tipicidade do crime descrito no artigo 217-A do CP não é afetada pelo hipotético consentimento da ofendida em sujeitar-se à lascívia de alguém, tampouco pela existência de relacionamento amoroso entre ambos (AgRg no HC n. 800.685/SE, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 24/8/2023.).

Na verdade, o fato de terem um relacionamento "amoroso" apenas reforça a situação de violência imposta à adolescente, que deve ser protegida pelo Estado até mesmo de suas vontades. Ninguém acharia "lícito" dar a ela bebida alcoólica ou substância entorpecente apenas porque "manifestou vontade".

Veja-se, a vítima é uma menina de 12 (doze) anos de idade que foi submetida à prática de conjunção carnal pelo agressor e diversas outras violências físicas, morais e psicológicas que ensejaram o recebimento de medidas protetivas de urgência (e-STJ, fls. 40-42). É princípio do sistema jurídico pátrio que pessoas em desenvolvimento, em tal faixa etária, não possuem discernimento no terreno da sexualidade, significando que o conceito penal de vulnerabilidade tem natureza absoluta e não comporta relativização. É nesse sentido o enunciado de Súmula 593 desse STJ:

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

Por força do julgamento do REsp Repetitivo n. 1.480.881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era 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 fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp

762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, 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.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida

> *nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543- C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (DJe 10/9/2015).*

O voto do Min. Schietti, à época, acompanhado à unanimidade, realizou aprofundado estudo sobre o tema e concluiu que praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre adulto e adolescente ou criança e tipificam, como crime, a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional.

Ainda que assim não fosse, a autoria e a materialidade do delito foram comprovadas no conjunto probatório dos autos, notadamente pelos relatos contundentes da vítima e de sua genitora. Trago, a título exemplificativo, o relato da mãe da vítima (e-STJ, fl. 12):

> *Que a declarante informa que é mãe da vítima C. P. S. a qual é menor de idade com 13 anos de idade e atualmente está gravida; Que a declarante comparece a esta delegacia para relatar que há aproximadamente um ano atrás sua filha Camila. contra a vontade da declarante iniciou um relacionamento com o autor D. L. DE R.; Que a declarante informa que desde o início do referido relacionamento D. é muito agressivo e sempre ameaçou a vítima e a declarante também; Que a declarante relata que o autor manteve relações sexuais com C. e que como consequência de tais atos, C. engravidou e que está em período de gestação há seis meses; Que D. por sua vez a princípio se negava a assumir a paternidade, porém após alguns dias o mesmo assumiu ser o pai da criança que virá a nascer; Que a declarante relata que o autor frequentemente vem ameaçando a vítima para que a. mesma passe a morar junto com o Autor; Que a declarante informa que há aproximadamente 3 meses atrás D. foi até a casa da tia da vítima "e saiu puxando a C. pelo chão" conforme se expressa. Que a declarante informa que as ameaças são frequentes e que desejar tomar as medidas cabíveis o mais rápido possível, tendo em vista que nunca foi de acordo com a relação da filha com o autor. tendo em vista que mesmo C. sendo menor e tendo 12 anos de idade no início do relacionamento o autor manteve relações sexuais com a mesma. Que ao ser perguntada se a declarante deseja representar criminalmente contra D., a declinante manifesta desejo de representar criminalmente contra o mesmo.*

A mesma narrativa, de diversos atos de violência, também foi reproduzida pela vítima, bem como o fato de que o agressor era amigo de um primo daquela, o que demonstra, como demonstrado, que ele tinha conhecimento de sua idade (e-STJ, fls. 18/19). O Estudo Social realizado no Tribunal de origem (e-STJ, fls.

61-62) confirmou os maus-tratos sofridos pela adolescente.

Convocado a prestar esclarecimentos, o recorrido confirmou os fatos, confessando a prática delitiva e que tinha pleno conhecimento da idade da vítima e mesmo ciente da conduta após as declarações na delegacia, “o réu confessou a prática de relações sexuais na fase extrajudicial, não havendo qualquer controvérsia acerca dos fatos” (fls 27 e. 124)

E, nesse ponto, necessário relembrar que é entendimento dessa Corte que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais que são, com frequência, praticados na clandestinidade e às escondidas. Veja-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXCEPCIONAL DO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Se as instâncias ordinárias, mediante indicação de provas reproduzidas sob o crivo do contraditório, reconheceram o estupro de vulnerável, inviável a desconstituição do trânsito em julgado e o reexame do caderno fático e probatório para, em habeas corpus, absolver o agravante.*
>
> *2. **O acórdão estadual está em consonância com a jurisprudência desta Corte, de que a palavra coerente da vítima tem especial valor nos crimes sexuais praticados às escondidas. As relações sexuais forçadas foram narradas ao Juiz e corroboradas por laudo pericial que atesta a conjunção com ruptura de hímen, ainda que em data impossível de ser delimitada pelos peritos. O Tribunal de Justiça explicou se tratar de vítima com condições de entender os fatos (13 anos), o que transmite a segurança para uma condenação.***
>
> *3. Agravo regimental não provido*
>
> *(AgRg no HC n. 852.027/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 11/12/2023.) - Grifo Acrescido.*
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. PALAVRA DA VÍTIMA. CONSUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. INCIDÊNCIA DEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, em especial as declarações das duas vítimas, entenderam, de forma fundamentada, haver prova da materialidade de autoria dos crimes de estupro de vulnerável e constrangimento de menor, inviável nesta célere via do habeas corpus, que exige prova pré-constituída, pretender conclusão diversa.*
>
> ***2. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado.***
>
> *3. Não há falar em aplicação da consunção em crimes cometidos em circunstâncias distintas, contra duas vítimas diferentes, sob desígnios*

autônomos. Assevere-se que a última conduta imputada ao paciente foi praticada contra a vítima L. M. L. após completar 14 anos de idade, de maneira que o tipo penal que sanciona essa conduta e o crime de estupro de vulnerável protegem objetividades jurídicas distintas, o que, por si só, afasta o princípio da consunção.

4. Ao contrário do que argumenta a defesa, as condutas criminosas praticadas pelo paciente contra as menores ocorreram, inicialmente, no período de 2004 a 2008, tendo cessado, por conseguinte, em data posterior à entrada em vigor da Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005, que agravou a fração de aumento da causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 835.427/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023.) - Grifo Acrescido

Assim, seja pela presença de todos os requisitos afetos à tipicidade, seja pela inexistência de elementos que excluam qualquer dos requisitos do tipo, inadmissíveis o afastamento do decreto condenatório e a conclusão adotada pelo Tribunal de origem. Por todos os aspectos a conduta do agressor viola as normas penais e constitucionais.

O que se pune aqui é o adulto que infringe a norma.

O que se protege é a infância sadia, protegida e livre de violências que marcarão uma adolescente por toda a sua existência. Veja-se que os autos trazem a triste narrativa de violências domésticas sendo sofridas por uma adolescente de tenra idade ameaçada que, em determinada oportunidade, após ter sofrido a violência sexual, foi tão violentamente agredida – já grávida - que precisou ser levada ao hospital, pela mãe, para atendimento.

É essencial que passemos a usar a terminologia correta para os atos cometidos pelo recorrido. O que ocorreu nos presentes autos foi estupro de vulnerável. Não se pode diminuir ou minimizar a gravidade do crime que a vítima sofreu e não se pode relativizar a responsabilidade do agente quanto à sua conduta, com uma valoração equivocada do conjunto probatório dos autos.

Desta forma, na ponderação de princípios de Alexy, quando retiramos de ambos os princípios o que mais se adequa ao sistema judicial como um todo, supero a súmula 7, de natureza processual, mas não supero a súmula 593, de alçada constitucional, que materializa o artigo 227 da CF, que determina que a criança deve ser prioridade absoluta e deve ser protegida por todos os agentes públicos e pela sociedade.

Pelo exposto, apresento ao colegiado estas breves razões para divergir do Relator, com a devida *venia*, para conhecer e prover o Agravo Regimental para

conhecer e dar provimento ao Recurso Especial para reestabelecer a sentença proferida em primeira instância, que condenou o réu nas penas do artigo 217-A do Código Penal.

É como voto.

Ministra Daniela Teixeira

Vogal

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2389611 - MG (2023/0207398-8)

RELATOR	:	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	D DE L R
ADVOGADO	:	GIANINY DE OLIVEIRA MACHADO - MG157170

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **1.** ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL.** RECORRIDO ABSOLVIDO PELO TRIBUNAL LOCAL (TJMG). PEDIDO DE CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. **2.** DEFESA INTRANSIGENTE DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DOS ADOLESCENTES. REAFIRMAÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E SÚMULA 593/STJ. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. **3.** ERRO DE PROIBIÇÃO CONSTATADO PELA CORTE LOCAL. STJ TRATADO COMO TERCEIRA INSTÂNCIA RECURSAL. RECURSO ESPECIAL UTILIZADO COMO NOVA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **4.** PONDERAÇÃO ENTRE VERBETES 7/STJ E 593/STJ. ENUNCIADOS QUE REFLETEM NORMAS DE HIERAQUIAS DISTINTAS. PREVALÊNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. TEORIA DE KELSEN. **5.** ART. 227 DA CF. PRIORIDADE ABSOLUTA. CRIANÇA, ADOLESCENTE E JOVEM. TODOS PRESENTES NOS AUTOS. PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. **6.** NUANCES DO CASO CONCRETO. JOVEM TRABALHADOR RURAL DE 20 ANOS. ADOLESCENTE DE 12 ANOS. 2013. UNIÃO ESTÁVEL E FILHA. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. DISTINÇÃO NECESSÁRIA. **7.** APLICAÇÃO LITERAL DA LEI. COLISÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DERROTABILIDADE DA NORMA. *HARD CASES*. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. **8.** VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE VÍNCULO FAMILIAR. OFENSA MAIOR. **9.** PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. **10.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, firmou

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

entendimento no sentido de que, "para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime". Tal orientação, inclusive, foi sedimentada por meio da edição do verbete n. 593/STJ.

- Na presente hipótese, o Tribunal local, com base no acervo fático-probatório constante dos autos, consistente no depoimento da vítima, na prova testemunhal e no interrogatório do acusado, concluiu que "não se verificou, *in casu*, o conhecimento sobre a ilicitude da conduta". Consta, ainda, do acórdão recorrido que "**a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível**".

- Nesse contexto, a desconstituição das conclusões da Corte de origem, fundadas em **exame exauriente do conjunto de fatos e provas** constante dos autos, para restabelecer a condenação do réu, mediante **afastamento do erro de proibição invencível**, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial, conforme o **enunciado n. 7/STJ.** Precedentes.

2. Reafirmação pela Relatoria da defesa intransigente dos direitos da criança e da adolescente, no sentido de que a menor de 14 anos deve, na verdade, estudar, brincar e participar de atividades próprias para sua idade. Não deve namorar, pois está ainda em formação biológica e emocional. De igual sorte, deve-se ratificar incansavelmente a principiologia trazida na jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior sobre a matéria e sedimentada por meio do enunciado n. 593/STJ.

- No entanto, não se deve deixar de levar em consideração que **a vida é maior que o direito.** Logo, a indesejável antecipação da adolescência ou mesmo da fase adulta não pode acarretar um prejuízo maior para aqueles que estão envolvidos, em especial para a **criança que adveio do relacionamento do casal (que durou mais ou menos 1 ano - e-STJ fl. 199) e é a prioridade absoluta do sistema brasileiro, por meio do estatuto da primeira infância.**

- Descendo aos fatos, registro que, embora o casal não esteja mais junto, consta que o pai continua dando assistência à criança. Ademais, o Tribunal de origem destacou se tratar de um **trabalhador rural, com 20 anos de idade** à época dos fatos, que incidiu em **erro de proibição invencível**. Nesse contexto, está-se diante de **situação excepcionalíssima**, na qual se deve priorizar a nova vida, em atenção ao estatuto da primeira infância, que, como já afirmado, tem prioridade absoluta.

3. Relevante registrar, **dando às coisas o exato nome que elas têm**, que a hipótese dos autos não trata de atipicidade da conduta em virtude de eventual consentimento da vítima ou pelo fato de o réu "ser matuto", nem de excludente de ilicitude por paixão. De igual sorte, não se está diante de erro de tipo, mas sim de excludente de culpabilidade, por erro de proibição invencível. Não é possível retirar das instâncias ordinárias, no ponto, a soberania a respeito do exame do conjunto fático e

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

probatório dos autos, uma vez que o STJ não pode ser considerado uma terceira instância recursal bem como o recurso especial não pode ser tratado como nova apelação.

4. Não se mostra adequada, de outra parte, a suscitada ponderação entre os verbetes 7/STJ e 593/STJ, principalmente porque os enunciados sumulares não são princípios mas sim o resumo de entendimentos consolidados. Ainda que assim não fosse, o enunciado n. 7/STJ reflete a norma constante do art. 105, III, da CF, que trata da missão constitucional do STJ. Já o verbete n. 593/STJ diz respeito ao art. 217-A do CP. São enunciados que tratam, portanto, de normas de hierarquias distintas, cujo eventual conflito deve se resolver em beneficio da norma de maior hierarquia, em atenção à teoria de Hans Kelsen.

5. Ainda que se considere que o enunciado n. 593/STJ reflete, em verdade, o art. 227 da CF, não se pode descurar que o *caput* do mencionado dispositivo, com redação dada pela EC 65/2010, dispõe que "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".

- Mais uma vez, dando às coisas o nome que elas têm, registro que o legislador infraconstitucional estabeleceu que se considera "criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (art. 2º da Lei n. 8.069/1990). Ademais, "são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade" (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.852/2013). Tem-se, portanto, norma constitucional que protege igualmente a criança nascida da relação tida entre a adolescente de 12 anos e o jovem de 20 anos, à época dos fatos.

- Dessa forma, necessário, de fato, realizar uma ponderação de princípios, mas não no formato em que sugerido. Com efeito, o legislador ordinário, por meio da Lei n. 13.257/2016, estabeleceu a necessidade de se atentar para a especificidade e a relevância dos primeiros anos de vida, denominada **primeira infância,** no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano. **Assim, a prioridade absoluta, na hipótese, deve ser a proteção integral da criança que nasceu desta relação.**

6. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de culpabilidade, em virtude do reconhecimento do erro de proibição. Ademais, deve se levar igualmente em consideração a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado, uma vez que se trata do relacionamento de dois jovens, que havia sido, em um primeiro momento, aceito pela família da adolescente, sobrevindo uma filha e a efetiva constituição de núcleo familiar, apesar de não estarem mais juntos como casal.

- Não se está a infirmar a orientação sedimentada no enunciado sumular n. 593/STJ. Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

as suas particularidades próprias, **sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.**

- Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos nem sempre albergam as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padrasto que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da *distinguishing* ou distinção.

7. A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de mais de 11 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em **rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana**. Dessa forma, estando a **aplicação literal da lei na contramão da justiça**, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

- O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto. Nesse sentido: **STF**, HC 124306, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 16/3/2017 PUBLIC 17/3/2017 e ADI 3689, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10-05-2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007). **STJ:** REsp n. 1.953.607/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022 (Tema Repetitivo 1.120) e CC n. 199.079/RN, Relatora para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, julgado em 13/12/2023, DJe de 18/12/2023.

-Doutrina sobre a Teoria da derrotabilidade do enunciado normativo no Direito Penal.

8. Não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana". A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrido acabaria por deixar a adolescente e a filha de ambos desamparada não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. "Está em julgamento a vida de três pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime". (AREsp 1555030/GO e REsp 1524494/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021). No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, e REsp n. 1.977.165/MS, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023.

9. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

familiar (art. 226, § 3°). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III).
- Proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, no novo vínculo familiar (que existiu e que ainda permanece - pai e filha; mãe e filha - onze anos depois - 2013/2024), de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre a vítima e o recorrido, haja vista o nascimento da filha do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: **a absoluta proteção da criança em sua primeira infância (no caso um bebê, hoje uma criança quase adolescente).** No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a manutenção da opção absolutória quer na perspectiva da ausência de culpabilidade quer na de atipicidade material.
- "(....) essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009". (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)
10. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, contra decisão monocrática, da minha lavra, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, em virtude do óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior.

Nas razões do regimental, o agravante alega, em síntese, a inaplicabilidade do referido óbice sumular à hipótese dos autos, sob o argumento de que a apreciação da matéria ventilada no recurso especial prescinde de revolvimento do conjunto fático-probatório, demandando mera revaloração jurídica de fatos incontroversos, expressamente delineados no acórdão proferido pelo Tribunal local.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou, não sendo esse o entendimento do Relator, a submissão do recurso à apreciação do órgão colegiado.

O presente agravo regimental foi incluído na pauta de julgamento da sessão

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

virtual do dia 27/2/2024 a 4/3/2024, sendo, no entanto, encaminhado para julgamento presencial, em virtude de destaque da eminente Ministra Daniela Teixeira.

É o relatório.

VOTO

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme explicitado na decisão monocrática, o Ministério Público busca, em síntese, o restabelecimento da condenação do ora agravado pela prática do delito de estupro de vulnerável, mediante **afastamento do erro de proibição invencível** reconhecido pelo Tribunal de origem.

De início, reitero que a Terceira Seção desta Corte Superior, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/8/2015, firmou entendimento no sentido de que, "para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime". Tal orientação, inclusive, foi sedimentada por meio da edição do enunciado n. 593 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Na espécie, entretanto, não houve inobservância do referido entendimento. De fato, o Tribunal de origem, na apreciação do apelo defensivo, absolveu o ora recorrido da imputação atinente ao cometimento do delito de estupro de vulnerável, por considerar que o o acusado incorreu em **erro de proibição invencível, circunstância que exclui a culpabilidade e, por consequência, o próprio crime.**

A propósito, transcrevo excertos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (e-STJ fls. 198/199):

> *A prova dos autos é uníssona no sentido de que o acusado e vítima mantiveram um relacionamento amoroso, sendo que até chegaram a morar juntos.*
> *Aponta-se, inicialmente, que qualquer violação à criança e adolescente merece repúdio e imediata intervenção estatal. O tratamento protetivo trazido pela Constituição é digno de elogios, pois é dever de toda a sociedade, nesta incluindo as instituições, zelar pela formação dos indivíduos.*
> *Contudo, dificilmente, em matéria penal, é possível falar em valoração a priori, porque* ***a análise do caso concreto é crucial para individualização da conduta, sua adequação típica e, se e quando for o caso, de eventual pena aplicada.***

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

> *É evidente que não é desejável que uma adolescente inicie um relacionamento sexual como se adulta fosse, notadamente ante os potenciais efeitos desse encurtamento das etapas do desenvolvimento pessoal, posteriormente, em sua vida adulta.*
> *Todavia, há várias circunstâncias que devem ser levadas em consideração. No caso dos autos, a prova oral produzida é uníssona no sentido de que não havia qualquer dolo do agente em causar dano à vítima ao ter com ela relações sexuais. Claramente eles tinham um relacionamento amoroso, ainda que de forma conturbada e em um contexto com episódios de violência. Além disso, a própria ofendida afirma ter faltado aula para se encontrar com o acusado, bem como declarou que residiram juntos após o descobrimento da gravidez.*
> ***Como dito, a adolescente e o acusado mantiveram um namoro por mais ou menos um ano**, ainda que com rompimentos, o qual, apesar de desaprovado pela genitora da vítima, era de seu conhecimento.*
> ***As elementares típicas do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal se configuraram porque o apelante teve conjunção carnal com menor de 14 (catorze) anos. Ocorre que não se verificou, in casu, o conhecimento sobre a ilicitude da conduta.***
> *O acusado, na única oportunidade em que foi ouvido, afirmou ter conhecimento da idade da vítima, bem como demonstrou o contexto amoroso da relação de ambos. A própria mãe da vítima tinha conhecimento da relação afetiva, sendo possível concluir que **todos acreditavam estar diante de um relacionamento lícito**, ainda que não desejado pela genitora de C.P.S.*
> *O consentimento da ofendida e ciência da família quanto ao relacionamento são elementos que confirmam, para o apelante, sua percepção de que não havia qualquer ilicitude em sua conduta porquanto a vítima figurava como sua namorada, além de afirmar o recorrente que desconhecia a ilicitude da conduta de se relacionar com menor de 14 anos.*
> ***Ademais, a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível.***
> *Destarte, embora verificadas as elementares típicas do artigo 217-A do Código Penal, o recorrente deve ser absolvido, nos termos do artigo 386, VI, porquanto agiu com erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). - grifei*

Como visto, o Tribunal local, com base no acervo fático-probatório constante dos autos, consistente no depoimento da vítima, na prova testemunhal e no interrogatório do acusado, concluiu que o recorrido efetivamente praticou as elementares típicas do crime do art. 217-A do Código Penal, mas que "não se verificou, *in casu*, o conhecimento sobre a ilicitude da conduta". Consta, ainda, do acórdão recorrido que "a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível" (e-STJ fl. 199).

Nesse contexto, a desconstituição das conclusões da Corte de origem, fundadas em exame exauriente do conjunto de fatos e provas constante dos autos, no intuito de restabelecer a condenação do réu pela prática do delito do art. 217-A do Código

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

Penal, mediante afastamento do erro de proibição invencível, como pretendido, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial, **conforme óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior**.

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE PROIBIÇÃO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO*
> ***1. A análise das questões relativas à ocorrência de erro de proibição demandaria reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso nesta instância extraordinária, em virtude do disposto na Súmula 7/STJ. Precedentes.***
> *2. De acordo com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, há presunção absoluta de violência nos casos de prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.*
> *3. O consentimento, experiência e comportamentos sexuais anteriores não exclui a tipicidade da conduta do réu.*
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 1.073.000/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 25/8/2017).*
>
> *RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. INADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109, IV, 107, IV, AMBOS DO CP. PRESCRIÇÃO. RETROATIVIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 24. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. SÚMULA 83/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/90. TESE ABSOLUTÓRIA. PRESCINDIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 59, DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. COMPENSAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS COM DESFAVORÁVEIS. NÃO CABIMENTO. VETOR JUDICIAL NEGATIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEVADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. R$ 937.488,04. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. JURISPRUDÊNCIA STJ. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DISCRICIONARIEDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 21, DO CP. ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...)*
> *14. **Quanto ao erro de proibição, o acolhimento da pretensão recursal, especificamente sobre autoria, dolo, inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, continuidade delitiva e substituição da pena privativa de liberdade, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, o que não se viabiliza em recurso especial. Precedentes (AgRg no REsp 1405034/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 23/5/2018).***
> *15. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.*
> *(REsp n. 1.993.272/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 21/8/2023.)*

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

No mesmo diapasão: AgRg no REsp n. 1.844.880/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/9/2020; AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.713.529/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 21/9/2020 e AgRg no AREsp n. 1.798.180/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 31/3/2023.

Dessa forma, reafirmo não ser possível, em agravo em recurso especial, s **uperar o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior, para verificar, com base no conjunto probatório dos autos, se o recorrido realmente tinha consciência da ilicitude de sua conduta ou, eventualmente, poderia alcançar essa consciência.**

Prossigo, no entanto, no exame do recurso, em virtude do voto divergente proferido pela eminente Ministra Daniela Teixeira, na sessão do dia 12/3/2024.

Conforme relatado, o presente agravo regimental havia sido incluído na pauta de julgamento da sessão virtual do dia 27/2/2024 a 4/3/2024 e foi encaminhado para julgamento presencial, em virtude de destaque da eminente Ministra Daniela Teixeira, que, na sessão do dia 12/3/2024, proferiu voto no sentido da superação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior, para dar provimento ao presente agravo.

Diante do referido entendimento, embora considere intransponível, na presente hipótese, o óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior, avanço sobre o mérito propriamente dito, em atenção aos judiciosos fundamentos trazidos pela digna Ministra.

De plano, reafirmo a defesa intransigente com os direitos da criança e da adolescente, no sentido de que criança menor de 14 anos não deve namorar mas sim brincar, ir para escola e praticar atividades compatíveis com sua idade. De igual sorte, reafirmo estar inteiramente de acordo com a principiologia trazida na jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior sobre a matéria e sedimentada por meio do enunciado n. 593 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, não se deve deixar de levar em consideração que **a vida é maior que o direito**, a indesejada antecipação da adolescência ou mesmo da fase adulta não pode acarretar um prejuízo maior para aqueles que estão envolvidos, em especial para a criança que adveio do relacionamento (que durou mais ou menos um ano - e-STJ fl. 199) e é a prioridade absoluta do sistema brasileiro, por meio do estatuto da primeira infância.

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

Descendo aos fatos, registro que, embora o casal não esteja mais junto, consta que o pai continua dando assistência à criança. Ademais, o Tribunal de origem destacou se tratar de um trabalhador rural, com 20 anos de idade à época dos fatos, que incidiu em erro de proibição invencível. Nesse contexto, está-se diante de situação excepcionalíssima, na qual se deve priorizar a nova vida, em atenção ao estatuto da primeira infância, que, como já afirmado, tem prioridade absoluta.

A exceção registrada na presente hipótese apenas confirma a regra, possibilitando-se a realização da justiça no caso concreto, por meio da observância de princípios maiores contidos na Constituição Federal e na própria legislação infraconstitucional, como é o caso do estatuto da primeira infância.

Registro, a propósito, que, em relação ao meu Gabinete, no período 2015/2024, constam do sistema jurisprudencial da Corte 455 acórdãos e 4.020 decisões monocráticas, que tratam do tema estupro de vulnerável. A distinção feita, em relação à Sumula 593/STJ, decorrente da ponderação de valores protetivos à proteção familiar (primeira infância, especialmente), gira em torno de 1% dos casos. Logo, posso afirmar que o enunciado do referido verbete vem sendo cumprido por este julgador, seja por concordância, seja por respeito ao princípio da colegialidade e ao sistema de precedentes.

Em atenção ao voto da eminente Ministra Daniela Teixeira, e, nas suas palavras, **dando às coisas o nome que elas têm**, registro, primeiramente, que o réu nos presentes autos não é coronel nem chefe do pai da vítima, mas sim um **jovem trabalhador rural, humilde e com pouca escolaridade.** Ademais, não se está diante de um grande centro urbano, mas sim de área rural do interior das Minas Gerais.

De igual sorte, relevante registrar, **mais uma vez dando às coisas o exato nome que elas têm**, que a hipótese dos autos não trata de atipicidade da conduta em virtude de eventual consentimento da vítima ou pelo fato de o réu "ser matuto", nem de excludente de ilicitude por paixão. Também não se está diante de erro de tipo, mas sim de excludente de culpabilidade, por **erro de proibição invencível.**

Ademais, embora o douto voto divergente considere não ser crível que o agravado não tivesse conhecimento da ilicitude de sua conduta, não é possível retirar das instâncias ordinárias a soberania a respeito do exame do conjunto fático e probatório dos autos, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado uma terceira instância recursal bem como o recurso especial não pode ser tratado como nova apelação.

Destaco, outrossim, que **eventual** ausência de elementos probatórios relativos

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

à causa excludente da culpabilidade não revela necessariamente que esta não esteja presente, razão pela qual se mostra temerário que o Superior Tribunal de Justiça desça a minúcias fáticas e probatórias. De fato, em um país de dimensões continentais, não me parece que a avaliação fática desta Corte deva se sobrepor à das instâncias ordinárias.

Anoto, ainda, que não se mostra adequada a suscitada ponderação de princípios entre os verbetes n. 7 e 593 da Súmula desta Corte Superior, proposta pelo voto divergente, principalmente porque **os enunciados sumulares não são princípios mas sim o resumo de entendimentos consolidados.** Ainda que assim não fosse, o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça reflete a norma constante do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, que trata da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Já o verbete n. 593 diz respeito ao art. 217-A do Código Penal. São enunciados que tratam, portanto, de normas de hierarquias distintas, cujo eventual conflito deve se resolver em beneficio da norma de maior hierarquia, em atenção à teoria de Hans Kelsen.

No mais, ainda que se considere que o enunciado n. 593 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça reflete, em verdade, o art. 227 da Constituição Federal, não se pode descurar que o *caput* do mencionado dispositivo, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 65/2010, dispõe que "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".

Mais uma vez, **dando às coisas o nome que elas têm,** registro que o legislador infraconstitucional estabeleceu que se considera "criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (art. 2º da Lei n. 8.069/1990). Ademais, "são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade" (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.852/2013). Tem-se, portanto, norma constitucional que protege igualmente a criança nascida da relação tida entre a adolescente de 12 anos e o jovem de 20 anos, à época dos fatos.

Dessa forma, concordo inteiramente com o voto divergente a respeito da necessidade de realizar uma ponderação de princípios, mas não no formato em que

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

sugerido. Com efeito, o legislador ordinário, por meio da Lei n. 13.257/2016, estabeleceu a necessidade de se atentar para a especificidade e a relevância dos primeiros anos de vida, denominada primeira infância, no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano. **Assim, a prioridade absoluta, na hipótese, deve ser a proteção integral da criança que nasceu desta relação.**

A propósito, preciosas são as conclusões do Prof. Pedro Affonso Duarte Hartung, em sua tese de doutoramento na USP: Levando os Direitos das Crianças a Sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança - São Paulo, 2019, p. 486:

> .....
> *(iii) O Artigo 227 assegura à criança o direito fundamental à solidariedade, o qual pode ser visto como uma função autônoma de direito fundamental, que se expressa, especificamente no caso da criança, pelo dever compartilhado entre Estado, famílias e sociedade de assegurar às crianças com absoluta prioridade seus direitos e melhor interesse.*
> *(iv)* ***O Artigo 227 garante à criança o direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse em face do Estado, o qual possui, portanto, o dever de efetivá-lo em todas as suas ações e decisões, inclusive no âmbito do Sistema de Justiça.***
> *(v) O direito fundamental da criança à prioridade de seus direitos e melhor interesse* ***pode ser considerado como absoluto, mesmo à luz da teoria dos princípios, pelo entendimento do duplo aspecto desse direito fundamental, expresso como regra, com aplicação definitiva, ou como princípio, mas com alto peso abstrato, que, na prática, garante sua precedência sobre outros direitos em possíveis colisões de direitos fundamentais.***
> *(vi) O melhor interesse da criança no caso concreto pode ser definido pela subsunção de regras já previstas na rede de normas* ***ou pela aplicação da proporcionalidade, que tem como ultima ratio o sopesamento, o qual – em função do direito à absoluta prioridade da criança – deve ser feito no universo normativo de direitos fundamentais em colisão abstrata da própria criança.***
> *(vii) O processo de aferição do melhor interesse da criança, inclusive na aplicação da proporcionalidade e sopesamento, especialmente na definição dos pesos abstratos, d****eve ser realizado por meio de uma comunidade plural de intérpretes, inclusive pelas próprias crianças****, por meio de procedimentos acessíveis, sensíveis e amigáveis a elas e suas famílias, geridos na busca de decisões,* ***na medida do possível, consensuais para preservação do bem comum que é a proteção e o cuidado da criança e seus direitos****. (...)*

E sobre a prioridade do Pacto Nacional da Primeira Infância, não se pode esquecer a ponderação da festejada Professora Joseane Petry Veronese, da Universidade Federal de Santa Catarina, especialista no tema:

> *(...) Como não podemos voltar ao tempo e melhorar a infância de cada ser humano, podemos, no entanto, projetar o futuro das crianças que já nasceram e que estão para nascer. É este o objetivo deste artigo, apoiado nas descobertas científicas realizadas após a década de 1990, do século XX e do*

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

> *início do século XXI, que demonstram que as habilidades sociais, afetivas e cognitivas das crianças dependem dos primeiros 1000 dias de vida e desenvolvem- se até os seis anos, principalmente*
> *(...) Delineada no primeiro capítulo, a obrigação do Estado parte de cumprir a Convenção sobre os Direitos da Criança, com atuação em prol dos mais vulneráveis, o Pacto Nacional da Primeira Infância faz parte do cumprimento da Convenção, mas a partir de dados mais atualizados acerca dos impactos decisivos da primeira infância na formação e destino de cada ser humano, por significar uma atuação na implementação do favorecimento às crianças desde a concepção até os 6 anos de idade, "no intuito de buscar a articulação e o alinhamento das ações desenvolvidas pelos órgãos, entidades e instituições", do qual se buscará ações coletivas para a melhoria da infraestrutura necessária à proteção da criança, nos primeiros seis anos de vida e na gestação, considerado esse período como fundamental para o desenvolvimento humano, em busca da transformação em favor de uma sociedade melhor, conforme justificou o Conselheiro Luciano Frota. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019a).*
> .....
> *A principal motivação do Pacto Nacional da Primeira Infância diz respeito ao fato de que várias áreas da ciência garantem que o período que vai desde a gestação aos seis anos de vida é primordial para o desenvolvimento para a fase adulta, chamando a responsabilidade do Estado para a atuação integrada. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019c).*
> .....
> *Desta forma, as decisões judiciais do primeiro e segundo graus, que tratem da primeira infância, poderão ser tratadas com efetiva prioridade pelos Tribunais e contabilizadas a nível Estadual e Nacional, a partir de 2020, para que sejam observados os gaps de ação em relação à população de zero a 6 anos e gestacionais do respectivo Estado, em comparação com os nascimentos no período e, em comparação a outros Estados da Federação.*
> https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/241/1/O%20Pacto%2

A propósito, vejam-se: VERONESE, Josiane Rose Petry; SANCHES, Helen Crystiane Corrêa. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. VERONESE, Josiane Rose Petry (coord). Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a. p. 131-190. _____. Justiça da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Lume Juris Editora, 2016. VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes Muniz. Comentários ao art. 22. In.: VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir (coord). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. VERONESE, Josiane Rose Petry. Convenção sobre os direitos da Criança – 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente. Salvador: JusPodivm, 2019b.

Relevante destacar, ademais, que, como é de conhecimento, o crime de estupro de vulnerável, atualmente tipificado no art. 217-A do Código Penal, não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Contudo, diante do referido contexto legal, se faz imperativo, em casos excepcionais, sob pena de **violação da responsabilidade penal subjetiva**, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

O conceito analítico de crime, segundo a teoria tripartite, é constituído pelo fato típico, antijurídico e culpável; o conceito formal diz respeito à conduta típica descrita no preceito incriminador; já o conceito material se refere à efetiva violação ao bem jurídico tutelado. Ademais, não se deve perder de vista que o legislador, ao enumerar os tipos penais incriminadores, tem o objetivo de manter a pacificação social, e, nessa perspectiva, "sob o enfoque minimalista (Direito Penal de intervenção mínima), esse modo de controle social deve ser subsidiário, ou seja, somente estará legitimada a atuação do Direito Penal diante do fracasso de outras formas de controle jurídicas (...)" (AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. Direito Penal: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador/BA: JusPodivm, 2015. p. 34).

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

> *Conceitualmente, o atributo da relevância social introduzido pelo modelo social de ação não integra a realidade descritível pela observação sensorial: é uma qualidade da ação atribuível por juízo de valor próprio dos conceitos axiológicos que qualificam a ação como crime - e, desse ponto de vista, a relevância social é atributo do tipo de injusto, responsável pela seleção de ações e de omissões de ação no tipo legal. Como esclarece ROXIN, o conceito de relevância social designa, apenas, uma prop riedade necessária para valorar o injusto, porque existiriam ações socialmente relevantes e ações socialmente não-relevantes, ou seja, a relevância social é uma propriedade que a ação pode ter ou pode não ter e, ausente essa propriedade, não desaparece a ação, mas somente a significação social" (SANTOS, Juarez Cirino. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 18/19).*

Nessa linha de intelecção, um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, **haja vista a ausência de culpabilidade, em virtude do reconhecimento do erro de proibição**. Ademais, deve se levar igualmente em consideração a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado, uma vez que se trata do relacionamento de dois jovens, que havia sido, em um primeiro momento, aceito pela família da vítima, tanto que moraram juntos (e-STJ fl. 56), sobrevindo uma filha e a efetiva constituição de núcleo familiar, apesar de não estarem mais juntos como casal.

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

Anoto, mais uma vez, que não se está a infirmar a orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI, e sedimentada no enunciado sumular n. 593 desta Corte Superior. Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, **sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.**

Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos nem sempre albergam as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padrasto que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Ora, as situações precisam ser sopesadas de acordo com sua gravidade concreta e com sua relevância social, e não apenas pela mera subsunção ao tipo penal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da *distinguishing* ou distinção, que autoriza a não aplicação de uma tese firmada, quando verificadas particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto.

A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de mais de 11 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em **rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana**. Dessa forma, estando a **aplicação literal da lei na contramão da justiça**, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

Anoto, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da **teoria da derrotabilidade do enunciado normativo**, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto.

Ao ensejo:

> *Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo*

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124306, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.066, DO ESTADO DO PARÁ (...) PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.
(.....)
7. ***O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que,***

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.
(ADI 3689, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10-05-2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00635)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale a pena conferir:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. REMIÇÃO DA PENA. ART. 126, § 4º, DA LEP. TRABALHO E ESTUDO. SUSPENSÃO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REMIÇÃO. PROIBIÇÃO DA REMIÇÃO FICTA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. DERROTABILIDADE DA NORMA JURÍDICA. ART. 3º DA LEP. PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA E DA FRATERNIDADE. DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA. PRECEDENTE DA 6ª TURMA. PERÍODO DE SUSPENSÃO. COMPARECIMENTO EM JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
1. O princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5°, XLVI da Constituição da República, diz-nos que a pena deve sempre ser individualizada para cada infrator. Doutrina e jurisprudência explicam que a individualização ocorre em três etapas: (a) legislativa; (b) judicial; e (c) executória.
2. Discorrendo sobre a terceira etapa da individualização da pena, Guilherme Nucci assevera que "a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável." (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Execução Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 18).
3. A remição é o resgate (ou abatimento) de parte da pena pelo sentenciado por meio do trabalho ou do estudo na proporção estabelecida em lei (art. 126 da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal - LEP).
4. Conforme jurisprudência assente nesta Corte Superior, a ausência de previsão legal específica impossibilita a concessão de remição da pena pelo simples fato de o Estado não propiciar meios necessários para o labor ou a educação de todos os custodiados. Entende-se, portanto, que a omissão estatal não pode implicar remição ficta da pena, haja vista a ratio do referido benefício, que é encurtar o tempo de pena mediante a efetiva dedicação do preso a atividades lícitas e favoráveis à sua reinserção social e ao seu progresso educativo.
5. ***Nada obstante tal entendimento, ele não se aplica à hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19 por várias razões (distinguishing)****. A jurisprudência mencionada foi construída para um estado normal das coisas, não para uma pandemia com a dimensão que se está a observar com o vírus da covid-19. Exemplifique-se a particularidade do caso com as seguintes medidas verificadas: (a) estado de emergência reconhecido por emenda constitucional (EC 123/22); (b) auxílios emergenciais concedidos à população necessitada; (c) trabalho remoto tanto no setor público quanto no setor privado à maioria dos trabalhadores por determinado período; e (d) recolhimento familiar compulsório decretado pelos governantes.*
Esse contexto geral demonstra que os instrumentos ordinariamente utilizados não se mostravam suficientes e adequados para a extraordinariedade dos

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

acontecimentos.

*6. **Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a "Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto" (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 133).***

Nessa linha, negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a remitir sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, caput, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

7. Nessa senda, o art. 3º da Lei 7.210/84 estabelece que, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". Em outros termos, ressalvadas as restrições decorrentes da sentença penal e os efeitos da condenação, o condenado mantém todos os direitos que lhe assistiam antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

8. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os princípios da isonomia e da fraternidade (este último tão bem trabalhado pelo em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) não permitem negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de covid-19 o direito de remitir parte da sua pena tão somente por estarem privados de liberdade. Não se observa nenhum discrímen legítimo que autorize negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de remitir a pena durante as medidas sanitárias restritivas.

9. Porém, deve-se realizar um exame, caso a caso, diferencian do-se duas situações: (a) de um lado, os presos trabalhadores e estudantes que se viram impedidos de realizarem suas atividades tão somente pela superveniência do estado pandêmico e, sendo o caso, reconhecer-lhes o direito à remição da pena; (b) de outro, aquelas pessoas custodiadas que não trabalhavam nem estudavam, às quais não se deve estender a benesse. Note-se, assim, que não se está a conferir uma espécie de remição ficta pura e simplesmente ante a impossibilidade material de trabalhar ou estudar. O benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da Covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades.

10. Ainda que não sobre idêntica temática, mas também afeto ao campo da execução penal, a Sexta Turma em precedente recente reconheceu como cumprida a obrigação de comparecimento em juízo suspensa em virtude da pandemia, considerando "desproporcional o prolongamento da pena sem a participação do apenado em tal retardamento.".

*11. Tese: **Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, §4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.***

12. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.953.607/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022.)

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM AÇÕES DE GUARDA. TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS. EXCEÇÕES EXPLÍCITAS E IMPLÍCITAS. SUPERAÇÃO DAS REGRAS. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO. LITERALIDADE INSUFICIENTE, SITUAÇÕES NÃO CONSIDERADAS PELO LEGISLADOR, INADEQUAÇÃO, INEFICIÊNCIA OU INJUSTIÇA CONCRETAMENTE CONSIDERADA. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. REGISTRO OU DISTRIBUIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL COMO ELEMENTOS DEFINIDORES DA COMPETÊNCIA. SUPRESSÃO DO ÓRGÃO JUDICIÁRIO OU ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. EXCEÇÕES EXPLÍCITAS. EXISTÊNCIA DE EXCEÇÃO IMPLÍCITA. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL SOB A ÓTICA MATERIAL. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA E FORUM NON CONVENIENS. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA AQUELE QUE POSSUA MELHORES CONDIÇÕES DE JULGAR A CAUSA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EM EXAME. CIRCUNSTÂNCIAS GRAVÍSSIMAS. INDÍCIOS DE INFLUÊNCIAS INDEVIDAS NO JUÍZO EM QUE TRAMITA A CAUSA. POSSÍVEL PRÁTICA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA O FILHO. CIRCUNSTÂNCIAS GRAVES NÃO CONSIDERADAS PELO PODER JUDICIÁRIO LOCAL. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES DE GUARDA E DE RESIDÊNCIA. ALIJAMENTO DA MÃE DO EXERCÍCIO DA GUARDA. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO JUÍZO DE PARNAMIRIM/RN. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE RESIDÊNCIA DA MÃE NA LOCALIDADE AO TEMPO DA PROPOSITURA DA AÇÃO.

.....

*2- **De acordo com a teoria da derrotabilidade das normas, as regras possuem exceções explícitas, previamente definidas pelo legislador, e exceções implícitas, cuja identificação e incidência deve ser conformada pelo julgador, a quem se atribui o poder de superá-la, excepcional e concretamente, em determinadas hipóteses.***

3- A exceção implícita, de caráter sempre excepcional, pode ser utilizada para superar a regra quando a literalidade dela for insuficiente para resolver situações não consideradas pelo legislador ou quando, por razões de inadequação, ineficiência ou injustiça, o resultado da interpretação literal contrarie a própria finalidade da regra jurídica.

.....

10- Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Parnamirim/RN, com determinações relacionadas à transferência imediata dos processos em curso entre as comarcas, reavaliação de medidas relacionadas à guarda, poder familiar e multas, tramitação do processo durante as férias forenses e expedição de ofícios ao CNJ e CNMP.

(CC n. 199.079/RN, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 13/12/2023, DJe de 18/12/2023.)

Vejam-se, ainda: AgRg no AREsp n. 2.124.411/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023; AgRg no HC n. 703.002/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023; HC n. 684.875/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

23/3/2023; AgRg no AREsp n. 2.148.714/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022 e AgRg no REsp n. 1.919.722/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.

No importante resumo de Carsten Bäcker, "derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções". Pertinentes são as palavras do Professor da Universidade de Kiev:

> *Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis.*
> *(BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011, p. 60).*

É razoável concluir, portanto, que a realidade pode apresentar infinitas hipóteses casuísticas que justificam a flexibilização de uma regra, que fogem da previsibilidade do legislador, mas nem por isso são consideradas injustas. Este é o argumento central da derrotabilidade das normas. É inviável ao legislador antever todas as situações reais que justificariam fosse excepcionada a norma que pretende elaborar. E dessa incapacidade de antecipação normativa, segundo o Juiz Federal Juliano Taveira Bernardes, derivam exceções implícitas em número diretamente proporcional ao das múltiplas variáveis presentes nos diversos tipos de conduta que se pretende regular. (Suplemento Direito & Justiça, do jornal Correio Braziliense, do dia 07.03.2005).

Aliás, sobre a Teoria da Derrotabilidade, preciosas e didáticas são as lições do Prof. e Juiz Alexandre Morais da Rosa:

> *A Teoria da Derrotabilidade é uma novidade relativa. Por ela, mesmo que os requisitos necessários e suficientes para aplicação de uma norma jurídica estejam presentes, será possível diante do contexto (fático, jurídico, probatório, cognitivo, processual) excepcionar-se sua incidência. No campo do processo penal, nem sempre uma norma jurídica que, aparentemente (prima facie), indique a subsunção será aplicável, justamente em face do reconhecimento de sua derrota por força do incremento das premissas e da instauração de uma exceção ("tendo tudo em conta").*
>
> *A teoria da derrotabilidade (defeasibility), cada vez mais conhecida no Brasil, deve ser entendida em seu contexto(positivismo, desde Hart e será muito útil para compreender o jogo processual. É abusivo criticar-se pelo que se não pretende, ou seja, situa-se no ambiente que aceita a premissa da linguagem distinguida entre os campos: a) sintático; b) semântico; e c) pragmático.*
>
> *Com isso não se trata mais de construções exclusivamente sintáticas, nem do*

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

paraíso dos conceitos (positivismo lógico, vinculado à semântica), mas dependentes do contexto realista em que as normas jurídicas são aplicadas, isto é, no plano pragmático (modos, usos e funções da linguagem, vaga e ambígua, por definição), em que a interação humana, via linguagem e argumentação jurídica, apresentam-se como decisivos.

.....

Longe de legitimar o 'decisionismo', a proposta da derrotabilidade aceita a coexistência válida de diversas normas jurídicas, cuja eficácia dependerá de mecanismo de estipulação/acréscimo das premissas, capaz de excepcionar o caso penal em face do suporte fático/normativo. Nesse contexto, o elenco de premissas a priori pode se alterar "tendo tudo em conta".
Esse "ter tudo em conta" acolhe, ainda, que poderemos ter algo desconhecido no futuro. O caráter dinâmico e pragmático— da linguagem e não necessariamente filosófico — da compreensão dos casos penais, portanto, não se dá de maneira direta e sim pelo intrincado dispositivo de atribuição de sentido, a saber, o processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), provido de decisão motivada, constitui-se como limite democrático. (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida/).

De igual forma, leciona Gustavo Britta Scandelari:

A teoria da derrotabilidade busca explicar, de maneira lógica, o funcionamento do raciocínio humano em sua tarefa de descrição e apreensão discursiva dos mundos sensíveis e suprassensíveis em geral, verificando como e por quais razões determinada norma, embora aplicável em um caso concreto, deixa, excepcionalmente, de sê-lo. Embora tenha sido mais comumente estudada dentro do campo de pesquisas da filosofia do direito, não parece que seja útil apenas para tal área do conhecimento humano.
Como mecanismo de entendimento da regulação de condutas humanas – regidas que são por normas sociais e individuais – a derrotabilidade guarda um enorme potencial ainda inexplorado de rendimento prático em diversos outros cenários jurídicos. Pretende-se, aqui, indicar mais um desses espaços em que seu uso pode se desenvolver: o direito penal.
.....
Consoante os estudos de Serbena, trata-se de tema já muito conhecido dos ingleses, espanhóis e alemães, porém ainda subvalorizado em nosso país. Aborda métodos de motivação teórica e prática de decisões judiciais que discutem princípios fundamentais. A derrotabilidade, enquanto fenômeno apto a indicar a possibilidade de afastamento de princípios ou regras gerais em direito em determinados casos concretos, remonta desde Aristóteles, passando por Tomás de Aquino e chegando aos dias de hoje mais próxima da lógica.
.....
O precursor da derrotabilidade foi Hart, para quem o direito não pode ser fechado em sua aplicação, devendo-se verificar a existência de exceções – (ocorrerá A a menos que B) – que derrotariam a regra geral. Ser derrotada, todavia, não faz a regra deixar de ser regra. O conceito, no original, lê-se defeasibility e surgiu no artigo The Ascription of Responsibility and Rights, em que Hart tratou de certos requisitos que autorizariam a não aplicação de norma jurídica aplicável ao caso concreto, mesmo quando prevista expressamente em lei.
.....

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

A lógica dessa análise demonstra que toda e qualquer norma jurídica (isto é, seu sentido diante do caso concreto), da mais fundamental à mais ordinária, é derrotável. Seria utópico defender a invencibilidade de qualquer norma, porque é evidente que o sentido das normas, todas elas, é plurívoco e vulnerável a interpretações cambiáveis e, ainda quando não contraditórias, no mínimo dúbias. Como se sabe, os princípios e as cláusulas pétreas costumam ser redigidos em vocabulário bastante aberto, o que lhes coloca em posição privilegiada de serem derrotadas em casos reais.

Nesse sentido, "a análise da derrotabilidade mostra sua importância porque representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais dentro de uma norma geral e abstrata aplicável prima facie a todas as situações normais ou típicas". É claro que esse tratamento nunca dispensará os requisitos da coerência e fundamentação para que se opere qualquer tipo de derrotabilidade, sobretudo para que se evite o risco de ceder a niilismos jurídicos.

.....

Bissoli Filho já examinou a possibilidade de transposição da derrotabilidade ao direito penal, apontando que tipos penais abertos, p. ex., frequentemente deixam uma grande margem de cogitação sobre o significado de seus elementos que somente poderá ser enfrentada nos casos concretos.

.....

Mas o autor vai mais longe e lembra que a magnitude da teoria da derrotabilidade permite concluir que os próprios tipos penais, mesmo quando ainda são aplicados e aceitos como válidos socialmente, são ferramentas insuficientes, por si sós, para que se determine com segurança se as condutas que descrevem correspondem a eles perfeitamente. Além dos fatos aleatórios e de suas interpretações, o judiciário deverá ter em conta institutos jurídicos – tais como causas legais e supralegais de exclusão de ilicitude e de culpabilidade, condições de punibilidade, escusas absolutórias, perdão judicial e outros – que poderão derrotar a incidência da norma penal incriminatória.

.....

Com o apoio da derrotabilidade, consolida-se o raciocínio lógico de afastamento, sempre que justificado exaustivamente, de uma norma incriminadora em prol do respeito ao compromisso de se evitar constrangimento criminal sempre que possível.

.....

Não se pode depender principalmente de um raciocínio por simples subsunção, seja no direito penal, seja em outras áreas do direito. Há outras lógicas viáveis e mais seguras que cobram atenção também no direito penal, como o raciocínio não monotônico.

o emprego dessa lógica não é bizantinismo, ela se traduz em resultados práticos no direito penal (...)

Portanto, a derrotabilidade é um instrumento útil para a ideal compreensão do funcionamento teórico e prático do Direito Penal, seja como regra de interpretação, seja como meio de excepcionar a sua aplicação, evitando-a em casos específicos. Uma norma penal pode efetivamente restar derrotada conforme a repercussão da conduta que ela regula seja praticamente nula no mundo dos fatos – e essa intelecção aumenta o controle de incriminações legais e judiciais indevidas, combatendo abusos.

(SCANDELARI, Gustavo Britta. Adequação social como derrotabilidade no direito penal. **Revista IBCCrim**, n. 149, p. 53-74, 2018).

É evidente, pois, que a aplicação dessa ideia da derrotabilidade exige coragem do intérprete do direito, no momento em que se propõe a deixar de ser apenas um mero

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

leitor do texto normativo e busca uma interpretação conforme a realidade fática do caso concreto que se lhe apresenta.

Com efeito, verifico, conforme concluiu a Corte local, que a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse encadeamento de ideias, a tese firmada no Recurso Especial n. 1.480.881/PI não se aplica à hipótese dos presentes autos, **haja vista as particularidades trazidas, que retiram não apenas a culpabilidade mas igualmente a tipicidade material da conduta.**

Destaco, ademais, conforme firmado pela Quinta Turma, que não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana". A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrido acabaria por deixar a adolescente e a filha de ambos desamparadas não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. Conforme bem destacado pelo eminente Ministro Ribeiro Dantas, Relator dos precedentes, "está em julgamento a vida de três pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime".

Registrou, ademais, o ilustre Ministro:

> *(...) estou movido por uma preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização. Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida e impor-lhe a difícil condição de mãe jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual. Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objetivo (lícito e correto, ressalto) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria.*

Por oportuno, transcrevo a ementa dos referidos julgados:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME COMETIDO QUANDO O AUTOR TINHA 19 E A VÍTIMA 13 ANOS DE IDADE. SÚMULA 593/STJ. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO OU DA EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE IMPOSIÇÃO DE PENA, DIANTE DA EXCEPCIONALÍSSIMA SITUAÇÃO DOS AUTOS. NAMORO ENTRE RÉU E VÍTIMA QUE TEVE CONTINUIDADE, CULMINANDO EM SEU CASAMENTO (QUANDO JÁ ADULTA A OFENDIDA). FAMÍLIA*

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

CONSTITUÍDA, COM DOIS FILHOS. NECESSIDADE DE PRESERVAR A ESCOLHA FEITA LIVREMENTE PELA OFENDIDA, COMO FORMA DE EVITAR SUA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.
1. O réu I L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha. 2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido. 3. O namoro entre réu e vítima teve continuidade, já depois de a moça atingir a idade permitida pela legislação, culminando em seu casamento. Posteriormente, desta união foi gerado um segundo filho, de modo que existe uma unidade familiar constituída livremente pela ofendida, quando esta já tinha idade para consentir. 4. A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana. 5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, dois filhos pequenos, sem o apoio de seu marido. 6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la. 7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e a família por ela constituída. 8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (AREsp 1555030/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME COMETIDO QUANDO O AUTOR TINHA 19 E A VÍTIMA 11 A 12 ANOS DE IDADE. SÚMULA 593/STJ. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO OU DA EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE IMPOSIÇÃO DE PENA, DIANTE DA EXCEPCIONALÍSSIMA SITUAÇÃO DOS AUTOS. NAMORO ENTRE RÉU E VÍTIMA DO QUAL RESULTOU UMA FILHA, SUSTENTADA FINANCEIRA E EMOCIONALMENTE PELO RÉU. PEDIDO EXPRESSO FORMULADO PELA VÍTIMA, EM 2017, PELA ABSOLVIÇÃO DO RECORRIDO. NECESSIDADE DE PRESERVAR A ESCOLHA FEITA LIVREMENTE PELA OFENDIDA, COMO FORMA DE EVITAR SUA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA E PROTEGER OS INTERESSES DA CRIANÇA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O réu P B DE A, à época com 19 anos de idade, manteve com a vítima L F G DA S, então com 11 a 12 anos de idade, relações sexuais no período de dezembro de 2009 a abril de 2010. 2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido. 3. 7 anos após o cometimento do crime, a vítima formulou apelo expresso para que o réu fosse absolvido (e-STJ, fl. 538), por considerá-lo um bom pai, que convive com a filha e atende suas necessidades, além de ser a única fonte de sustento da criança. 4. A vitimização secundária consiste no

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana. 5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, sua filha pequena, que hoje é sustentada integralmente pelo recorrido. 6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la. 7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e o desenvolvimento de sua filha. 8. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1524494/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 28/5/2021).

A propósito, vale recordar outros precedentes da Quinta Turma, que realizaram também a distinção:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.

2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.
3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados e a constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.
4. A condenação de um jovem que, na época dos fatos, tinha 19 anos, hoje com 25 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).
5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017).
6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
7. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3°). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.
8. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no REsp n. 2.029.009/RN, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.

2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevindo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.

4. A condenação do agravado, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 11 anos e 3 meses de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017).

6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

7. Destaco, ainda, conforme recentemente firmado pela Quinta Turma, que

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana". A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida.
(REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).
8. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3°). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.
9. Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção:
a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso criança).
Submeter a conduta do envolvido à censura penal levará ao esfacelamento da união do casal, ocasionando na vítima e em seus filhos traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada:
a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.
- Essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (int ernas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009).
(AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).
10. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.177.806/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO

1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.

2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual.

3. A Corte de origem concluiu pelo cabimento da relativização da responsabilidade penal no presente caso, por se tratar-se a hipótese de atos sexuais praticados de livre e espontânea vontade entre adolescentes/jovens, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico da vítima e, por consequência, deve ser reconhecida a atipicidade do fato.

4. As instâncias ordinárias não se limitaram a analisar a adequada subsunção da conduta ao tipo penal do art. 217-A do Código Penal.

Foram detidamente analisadas todas as particularidades do caso concreto, pela perspectiva da vítima e do autor, chegando-se à conclusão de que o fato não constitui infração penal.

5. Não se está a infirmar a orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI e na Súmula 593/STJ. Não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.

6. Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos podem nem sempre albergar as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padrasto que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal. Ora, as situações precisam ser sopesadas de acordo com sua gravidade concreta e com sua relevância social, e não apenas pela mera subsunção ao tipo penal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da distinguishing ou distinção, que autoriza a não aplicação de uma tese firmada, quando verificadas particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto.

7. A condenação de um jovem, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 2.064.843/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.)

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

No mesmo sentido, cito, ainda, os seguintes julgados da Colenda Sexta Turma deste Tribunal da Cidadania:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO.*
> *1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.*
> *2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de uma filha, devidamente reconhecida, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação.*
> *3. "Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade" (RHC n. 126.272/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1º/6/2021, DJe 15/6/2021).*
> *4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial o fato de a vítima viver maritalmente com o acusado desde o nascimento da filha do casal, denota que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.*
> *5. "A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida" (REsp n. 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021.)*
> *6. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 21/9/2023.)*
>
> *RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DENÚNCIA REJEITADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECEBIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DOS PAIS DA MENOR. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO.*
> *1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então*

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

dominante, de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.
2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação.
3. "Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade" (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021).
4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.
5. "A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente, mas também emocionalmente, desestruturando e entidade familiar constitucionalmente protegida" (REsp n. 1.524.494/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).
6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia.
(REsp n. 1.977.165/MS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 25/5/2023.)

De igual forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece o chamado **erro de proibição invencível,** em situações análogas. A título de exemplo, confira-se a seguinte decisão:

Trata-se de Recurso Ordinário em Habeas Corpus, com pedido liminar, interposto contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Habeas Corpus 705.071/PE, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ).

.....

A presente hipótese, contudo, apresenta excepcionalidade.

O essencial em relação às liberdades individuais, em especial a liberdade de ir e vir, não é somente sua proclamação formal nos textos constitucionais ou nas declarações de direitos, mas a absoluta necessidade de sua pronta e eficaz consagração no mundo real, de maneira prática e eficiente, a partir de

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

uma justa e razoável compatibilização com os demais direitos fundamentais da sociedade, de maneira a permitir a efetividade da Justiça Penal.

MAURICE HAURIOU ensinou a importância de compatibilização entre a Justiça Penal e o direito de liberdade, ressaltando a consagração do direito à segurança, ao salientar que em todas as declarações de direitos e em todas as Constituições revolucionárias figura a segurança na primeira fila dos direitos fundamentais, inclusive apontando que os publicistas ingleses colocaram em primeiro plano a preocupação com a segurança, pois, conclui o Catedrático da Faculdade de Direito de Toulouse, por meio do direito de segurança, se pretende garantir a liberdade individual contra o arbítrio da justiça penal, ou seja, contra as jurisdições excepcionais, contra as penas arbitrárias, contra as detenções e prisões preventivas, contra as arbitrariedades do processo criminal (Derecho público y constitucional. 2. ed. Madri: Instituto editorial Réus, 1927. p. 135- 136).

Essa necessária compatibilização admite a relativização da liberdade de ir e vir em hipóteses excepcionais e razoavelmente previstas nos textos normativos, pois a consagração do Estado de Direito não admite a existência de restrições abusivas ou arbitrárias à liberdade de locomoção, como historicamente salientado pelo grande magistrado inglês COKE, em seus comentários à CARTA MAGNA, de 1642, por ordem da Câmara dos Comuns, nos estratos do Segundo Instituto, ao afirmar: que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra (capítulo 29). Com a consagração das ideias libertárias francesas do século XVIII, como lembrado pelo ilustre professor MIRKINE GUETZÉVITCH (russo de nascimento e francês por opção), essas limitações se tornaram exclusivamente trabalho das Câmaras legislativas, para se evitar o abuso da força estatal (As novas tendências do direito constitucional. Companhia editora nacional, 1933. p. 77 e ss.).

No presente caso, no entanto, não houve a devida compatibilização.

Na sentença de absolvição constou, durante a instrução probatória, que "a vítima descreveu com clareza e coerência que manteve relacionamento amoroso com o acusado, tendo praticado sexo, de forma consentida, em diversas ocasiões". A genitora da vítima, por sua vez, "atestou a existência do namoro entre a sua filha e o recorrente, apesar de tal relacionamento se dar a sua revelia e contragosto.". Constou, ainda, que "conforme se extrai do

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

depoimento da vítima e do acusado, bem como do laudo sexológico, não houve, em nenhum momento, ato de violência envolvido.".

Além disso, o Juízo de primeira instância concluiu que "a vítima possui maturidade sexual precoce, já estando vivendo, à época da instrução probatória, em união estável com outra pessoa, conforme esclarece o relatório do Conselho Tutelar".

Na ocasião da prolação da sentença, o Magistrado ponderou que "tanto a vítima quanto o recorrente ainda viviam na Aldeia Pankararu, zona rural do Município de Jatobá, da Comarca de Petrolândia/PE.".

Por todo o exposto, o Magistrado julgou improcedente o pedido do Ministério Público Estadual e absolveu o recorrente com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Irresignado, o Ministério Público Estadual apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o qual reformou a sentença, conforme a seguinte ementa:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERÁBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA.

1. Segundo tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a mera prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso do agente com menor de catorze anos é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 217-A, caput, do CP, sendo irrelevante a existência de consentimento do ofendido, experiência anterior ou de discernimento sobre sua sexualidade.

2. Ainda que não se aplicasse automaticamente o parâmetro referente à idade da vítima, as circunstâncias do caso concreto sequer permitiriam relativizar a vulnerabilidade da adolescente de doze anos. Com efeito, a relação não era permitida por seus pais, não houve uma união estável, com compartilhamento de residência, filhos, etc., circunstâncias que poderiam ensejar o ínfimo desvalor da culpabilidade, incidindo a bagatela imprópria. Tampouco há elementos que evidenciem que a vítima, na época dos fatos, já possuía autonomia e capacidade de autodeterminar-se, ao contrário, residia com sua família, de quem era dependente, tendo o réu se aproveitado das ocasiões em que seus responsáveis não estavam em casa para praticarem as relações sexuais.

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

3. Recurso a que se dá provimento, reformando a sentença absolutória para condenar o réu pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Neste recurso, a defesa reitera os argumentos trazidos no writ original e junta a Certidão de Nascimento de Inácio Manoel da Silva, nascido no ano de 2017 (filho da vítima e do recorrente); a Declaração de União "conforme os costumes", subscrito pela vítima, no dia 21 de outubro de 2021, na qual afirma que vive com o recorrente desde 2011 e que tanto ela quanto o seu filho dependem dele para sobreviverem; a Declaração de Juliana (genitora da vítima), do dia 05 de novembro de 2021, afirmando que a sua filha mantém união estável com o recorrente dentro dos usos e costumes da Tribo e que a sua filha passa por dificuldades para alimentar o filho do casal; e a Declaração de indígenas sobre a união estável da vítima e do recorrente (aproximadamente 130 assinaturas).

Consideradas as especiais circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato da defesa ter juntado documentos que comprovam que o recorrente desconhecia a ilicitude do fato, se vislumbra, no caso, a ocorrência do ERRO DE PROIBIÇÃO.

O recorrente é silvícola e tanto ele quanto a suposta vítima viviam, na época dos fatos, na Aldeia Pankararu, zona rural do Município de Jatobá, da Comarca de Petrolândia/PE, sob o manto da cultura indígena.

Tanto é verdade que a própria genitora afirma, agora em declaração, que a sua filha mantém união estável com o recorrente dentro dos usos e costumes da Tribo e que a sua filha passa por dificuldades para alimentar o filho do casal, após a prisão do recorrente.

Constou na sentença que:

"restando evidente que a vítima, apesar da idade, possuía clara capacidade de se autodeterminar sexualmente, tanto por força da cultura em que está inserida, quanto pelos elementos de sua própria personalidade e formação, é forçoso reconhecer, no meu entendimento, que a vítima não se encontrava no estado de vulnerabilidade concebido pela lei, nem houve lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pelo art. 217-A, do CP, qual seja, a dignidade sexual da vítima Iramaia".

Assim, por observar que o recorrente agiu com erro sobre a antijuridicidade do fato, entendo que deva incidir, na hipótese, o erro de proibição, descrito

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

no art. 21, do Código Penal.

Dessa maneira, como nenhum homem ou mulher poderá ser privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional e de acordo com os excepcionais e razoáveis requisitos legais, pois o direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, como ensinou o grande constitucionalista do Império, Pimenta Bueno (Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388); o presente Recurso Ordinário em Habeas Corpus é meio idôneo para garantir todos os direitos legais previstos ao paciente e relacionados com sua liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Min. CELSO DE MELLO, na simples condição de direito-meio, essa liberdade individual esteja sendo afetada apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo (Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 459).

Diante do exposto, com fundamento no art. 21, §1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS para reconhecer a incidência do art. 21, do Código Penal, em favor do recorrente J.M.J., no tocante à ação penal n. 0000121-35.2011.8.17.1120, em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Petrolândia, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, absolvendo-o com fundamento legal no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

(RHC 212345 / DF , Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 25.04.2022)

Veja-se, ainda: RE 567985, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18-04-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013 RTJ VOL-00236-01 PP-00113.

Em situação semelhante, a Desembargadora Vanderlei Teresinha Kubiak, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observou que em que pese a atuação da vítima e seu companheiro não retrate a conduta esperada, em tese, por indivíduos em idade análoga, a menor e o indiciado mantiveram um relacionamento afetivo, com moradia comum e conhecimento das famílias envolvidas. Logo, não se trata de uma situação de abuso sexual, mas de indesejada precocidade, estimulada pela mídia - novelas, filmes, seriados e outros programas de televisão. Por este raciocínio, seria uma "hipocrisia"

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

impor pesada pena ao jovem denunciado**.** *(*https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/tj-rs-absolve-acusado-estupro-sexo-menor-14-anos/).

Nessa linha de compreensão, se por um lado a Constituição da República consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3°). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III).

Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na unidade familiar que se formou à época de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre a vítima e o recorrido. Há outros aspectos, na situação em foco, além dos aspectos já analisados pelo Tribunal Mineiro, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do Código Penal. Refiro-me não só à existência de uma união estável, embora não continuada, mas também ao nascimento da filha do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: **a absoluta proteção da criança em sua primeira infância (no caso um bebê à época, hoje - 11 anos depois - uma criança quase adolescente).**

Em suma, houve uma união estável com habitação comum na realidade rural (2013). Nasceu uma criança, hoje com 11 anos aproximadamente. Permanece a relação mãe x filha - pai x filha. Cada um mantém o intuito de ser pai, ser mãe e ser filha, embora não haja mais a relação de casal. O vínculo familiar está eternizado.

Submeter a conduta do recorrido à censura penal levará ao esfacelamento do vínculo familiar que indiscutivelmente existe, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a manutenção da opção absolutória quer na perspectiva da ausência de culpabilidade quer na de atipicidade material.

Em suma:

> *(....) essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária*

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

(incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade.- um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. Sâo Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

(...)

(AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)

Por fim, não podemos nos esquecer que somos aplicadores do Direito e que **devemos nos pautar pelas normas jurídicas, decorrentes do sistema constitucional vigente.** O conhecimento cuidadoso da doutrina penal é o que nos autoriza a lidar com um dos bens mais preciosos do ser humano, que é a liberdade. Assim, afirmar que a conduta típica foi praticada, sem atentar para a efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado ou para o preenchimento dos elementos do conceito analítico de crime, não pode ensejar uma condenação.

Lembro que não adotamos a teoria do direito penal do inimigo, formulada por Gunther Jakobs, e que separa os indivíduos em "heróis" e "vilões", reservando a estes últimos, considerados inimigos da sociedade, a aplicação de penas sem a observância de garantias e direitos fundamentais. De fato, em especial no direito penal, mister se faz o olhar atento às particularidades do caso concreto, conforme acima explicitado, para que sejam evitadas meras condenações midiáticas.

Assim, em que pese o esforço argumentativo do ilustre representante do Ministério Público estadual, não foram apresentados argumentos aptos a reverter as conclusões trazidas na decisão agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Documento eletrônico VDA40801044 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 22/03/2024 15:13:18
Código de Controle do Documento: b11ee6ae-cfa4-4d25-8667-ed5188ccab32

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0207398-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 2.389.611 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0150754552013 01507545520138130035 10035130150754001 10035130150754002 10035130150754003 150754552013 1507545520138130035 197812013

PAUTA: 04/03/2024 JULGADO: 12/03/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	D DE L R
ADVOGADO	:	GIANINY DE OLIVEIRA MACHADO - MG157170

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	D DE L R
ADVOGADO	:	GIANINY DE OLIVEIRA MACHADO - MG157170

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 maioria, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira.

Documento eletrônico VDA40608351 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 12/03/2024 16:48:49
Código de Controle do Documento: 5FAB7BC3-D970-457F-9B15-10A693DCD2D8