



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2899735 - AL (2025
/0115800-0)**

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : E L DE A F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE JOVEM DE 19 ANOS E ADOLESCENTE DE 13 ANOS. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. NASCIMENTO DE FILHO. ASSISTÊNCIA MATERIAL. ERRO DE PROIBIÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. *DISTINGUISHING* DA SÚMULA 593/STJ. ABSOLVIÇÃO.

I. CASO EM EXAME

1. Agrado regimental interposto por E. L. de A. F. em relação à decisão monocrática do Relator, que havia negado provimento ao recurso especial para manter sua condenação à pena de 8 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática de fato tipificado como estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). A defesa postula a absolvição e alega erro de proibição, dada a pequena diferença de idade, consentimento da vítima e manutenção de vínculo familiar decorrente do nascimento de filho da relação entre réu e vítima.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é possível afastar a aplicação literal do art. 217-A do CP e da Súmula 593 do STJ diante das particularidades do caso concreto; (ii) estabelecer se a conduta do agravante pode ser considerada atípica em razão de erro de proibição inescusável, configurando hipótese de exclusão da culpabilidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 593, estabelece que a vulnerabilidade de menores de 14 anos é absoluta e irrelevante o consentimento, a experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento afetivo. Mesmo assim, a subsunção da tese uniforme não pode afastar a análise das circunstâncias do caso concreto.

4. No caso, o relacionamento se deu entre jovem de 19 anos e adolescente de 13 anos, com consentimento da ofendida, ciência e aceitação da família, sobrevivendo o nascimento de um filho, ao qual o agravante sempre prestou assistência afetiva e material. O acervo probatório revela que o agravante incorreu em erro de proibição, sem plena consciência da ilicitude de sua conduta no contexto de uma união estável e pública.

5. A proteção integral da criança nascida da relação, garantida pelo art. 227 da Constituição da República e pela Lei 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), justifica solução que preserve o núcleo familiar constituído e evite traumas mais graves decorrentes de condenação penal do réu como pai.

6. A técnica do *distinguishing* autoriza o afastamento da tese sumulada quando as peculiaridades do caso concreto revelam inexistência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado.

7. A subsunção formal da conduta ao art. 217-A do CP deixa de se converter automaticamente em infração penal material, diante da ausência de relevante lesão social.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Agravo regimental provido para absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Tese de julgamento:

1. A aplicação do art. 217-A do CP e da Súmula 593 do STJ deve ceder, excepcionalmente, diante de circunstâncias concretas que evidenciem erro de proibição e inexistência de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado.

2. O erro de proibição pode caracterizar-se em casos de relacionamento amoroso consentido entre adolescentes e jovens de pouca diferença etária, quando do vínculo resultar constituição de núcleo familiar estável.

3. A técnica do *distinguishing* autoriza a não aplicação de entendimento sumulado em hipóteses excepcionais, desde que presentes fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que justifiquem a prevalência da justiça material sobre a subsunção literal ao tipo penal.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 227; CP, arts. 20 e 217-A; CPP, art. 386, III; ECA (Lei 8.069/1990), art. 2º; Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013), art. 1º, § 1º; Lei 13.257/2016.

Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Seção, j. 26.08.2015 (Súmula 593).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto rerratificado do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (voto-vista), Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de agosto de 2025.

Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2899735 - AL (2025
/0115800-0)**

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : E L DE A F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE JOVEM DE 19 ANOS E ADOLESCENTE DE 13 ANOS. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. NASCIMENTO DE FILHO. ASSISTÊNCIA MATERIAL. ERRO DE PROIBIÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. *DISTINGUISHING* DA SÚMULA 593/STJ. ABSOLVIÇÃO.

I. CASO EM EXAME

1. Agrado regimental interposto por E. L. de A. F. em relação à decisão monocrática do Relator, que havia negado provimento ao recurso especial para manter sua condenação à pena de 8 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática de fato tipificado como estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). A defesa postula a absolvição e alega erro de proibição, dada a pequena diferença de idade, consentimento da vítima e manutenção de vínculo familiar decorrente do nascimento de filho da relação entre réu e vítima.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é possível afastar a aplicação literal do art. 217-A do CP e da Súmula 593 do STJ diante das particularidades do caso concreto; (ii) estabelecer se a conduta do agravante pode ser considerada atípica em razão de erro de proibição inescusável, configurando hipótese de exclusão da culpabilidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 593, estabelece que a vulnerabilidade de menores

de 14 anos é absoluta e irrelevante o consentimento, a experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento afetivo. Mesmo assim, a subsunção da tese uniforme não pode afastar a análise das circunstâncias do caso concreto.

4. No caso, o relacionamento se deu entre jovem de 19 anos e adolescente de 13 anos, com consentimento da ofendida, ciência e aceitação da família, sobrevivendo o nascimento de um filho, ao qual o agravante sempre prestou assistência afetiva e material. O acervo probatório revela que o agravante incorreu em erro de proibição, sem plena consciência da ilicitude de sua conduta no contexto de uma união estável e pública.

5. A proteção integral da criança nascida da relação, garantida pelo art. 227 da Constituição da República e pela Lei 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), justifica solução que preserve o núcleo familiar constituído e evite traumas mais graves decorrentes de condenação penal do réu como pai.

6. A técnica do *distinguishing* autoriza o afastamento da tese sumulada quando as peculiaridades do caso concreto revelam inexistência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado.

7. A subsunção formal da conduta ao art. 217-A do CP deixa de se converter automaticamente em infração penal material, diante da ausência de relevante lesão social.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Agravamento regimental provido para absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Tese de julgamento:

1. A aplicação do art. 217-A do CP e da Súmula 593 do STJ deve ceder, excepcionalmente, diante de circunstâncias concretas que evidenciem erro de proibição e inexistência de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado.

2. O erro de proibição pode caracterizar-se em casos de relacionamento amoroso consentido entre adolescentes e jovens de pouca diferença etária, quando do vínculo resultar constituição de núcleo familiar estável.

3. A técnica do *distinguishing* autoriza a não aplicação de entendimento sumulado em hipóteses excepcionais, desde que presentes fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que justifiquem a prevalência da justiça material sobre a subsunção literal ao tipo penal.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 227; CP, arts. 20 e 217-A; CPP, art. 386, III; ECA (Lei 8.069/1990), art. 2º; Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013), art. 1º, § 1º; Lei 13.257/2016.

Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Seção, j. 26.08.2015 (Súmula 593).

RELATÓRIO

O atual agravo regimental interposto por E L DE A F diz respeito à decisão de fls. 321-325 e-STJ, proferida por mim como Relator, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Principalmente, alega a parte agravante que a decisão monocrática deixou de considerar adequadamente a diferença de idade entre o recorrente e a vítima, que seria pequena, e o consentimento da vítima, elementos que, segundo o agravante, deveriam afastar a tipicidade da conduta.

Assim, requer o provimento do agravo regimental para reformar a decisão agravada, reconhecer a atipicidade material da conduta e absolver o recorrente.

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 367-371).

Destaca-se também que a sentença foi absolutória e o acórdão condenatório, objeto do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

Ao decidir como Relator, conheci do agravo e neguei provimento ao recurso especial (fls. 321-325 e-STJ). Adveio então o atual agravo regimental. O voto que inicialmente submeti à elevada apreciação da egrégia Turma foi o de negar provimento ao agravo regimental e reafirmar a decisão que proferira, assim:

Trata-se de agravo interposto por E L DE A F contra decisão de fls. 255-256 que inadmitiu o recurso especial, com fundamento na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

No agravo em recurso especial, a parte sustenta que a análise da pretensão do agravante não envolve a análise de matéria fático-probatória, não incidindo a Súmula nº 7 do STJ (fls. 267/277).

No recurso especial, sustenta-se violação do art. 217-A do Código Penal, aduzindo a inexistência de tipicidade material da conduta atribuída ao recorrente, considerando as circunstâncias específicas do caso, como o relacionamento amoroso entre o recorrente e a vítima, a pequena diferença de idade entre eles, e o consentimento da vítima (fls. 223/244).

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar o acórdão recorrido e absolver o recorrente em razão da atipicidade material da conduta.

Contraminuta apresentada (fls. 286/288).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, manifestando-se pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial, conforme a ementa a seguir (fls. 304/312):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 217-A, DO CP. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚMULA Nº 07/STJ. PARECER PELO CONHECIMENTO DO AGRAVO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

– Nos termos da iterativa jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça "atestada pelo Tribunal a quo, mediante fundamentação idônea, a existência de elementos de prova suficientes para a condenação, não há como acolher a tese defensiva de absolvição sem o efetivo revolvimento do acervo fático-probatório, providência vedada em recurso especial conforme o óbice prescrito pela Súmula n. 7/STJ. " (AgRg no AR Esp n. 2.116.525/PR, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, D Je de 19/9/2022.)

– Mister destacar, ademais, que segundo o teor do Enunciado n. 593 do 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”.

– Parecer pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirma as razões da decisão impugnada. Passo à análise do recurso especial.

Consta dos autos que o juízo de primeiro grau julgou improcedente a denúncia e absolveu a parte apelada da acusação do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do CP por atipicidade do fato. Interposta apelação pelo Ministério Público, restou provida para julgar procedente a denúncia, ficando o réu condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Verifica-se que a Corte de origem concluiu pela suficiência de provas para a condenação do recorrente, destacando que a presunção de violência possui caráter absoluto, conforme a Súmula nº 593 do STJ, e que as circunstâncias do caso não descaracterizam o delito, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior. Veja-se:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. EFETIVA OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO TIPO PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pela defesa em face de decisão que manteve a condenação do réu pela prática do crime de estupro de vulnerável, porquanto a conduta do réu efetivamente vulnera o bem jurídico tutelado pela norma penal, ainda que superficiais os atos praticados.

2. A questão em discussão consiste em saber se a superficialidade dos atos praticados, sem violência ou grave ameaça, e o consentimento da vítima afastam a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

3. O entendimento deste Sodalício acerca da temática está materializado na Súmula n. 593, no sentido de que "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".

4. In casu, o crime de estupro de vulnerável restou caracterizado em razão da presunção absoluta de violência em face da pessoa menor de 14 anos, ainda que sejam superficiais os atos praticados ou haja consentimento da ofendida.

5. Neste ponto, registra-se que a conduta do réu de beijar a vítima e acariciar as suas pernas, enquanto esta sentava em seu colo, efetivamente vulnera o bem jurídico tutelado pela norma penal, razão pela qual há de ser mantida a condenação do ora agravante.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.346.687/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 3/12/2024, DJEN de 9/12/2024.)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão que manteve a condenação do réu por estupro de vulnerável. A defesa alega que a relação era consensual e que a vítima tinha plena consciência de seus atos, buscando a absolvição com base na atipicidade da conduta e erro de tipo.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste na possibilidade de revisão da condenação por estupro de vulnerável, considerando a alegação de consentimento da vítima e a suposta atipicidade da conduta.

III. Razões de decidir

3. O habeas corpus não é a via adequada para reexame de provas, sendo inviável a absolvição com base em alegações que demandam revolvimento fático-probatório.

4. A jurisprudência do STJ estabelece a presunção absoluta de violência em casos de estupro de vulnerável, sendo irrelevante o consentimento da vítima.

5. A palavra da vítima, corroborada por provas testemunhais e documentais, possui especial relevância em delitos contra a dignidade sexual.

6. A individualização da pena deve respeitar os parâmetros legais, sendo vedada a revisão dos critérios de dosimetria na ausência de manifesta ilegalidade.

IV. Dispositivo e tese

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 913.497/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2024, DJe de 6/11/2024.)

O acórdão recorrido se harmoniza com a jurisprudência desta Corte, razão pela qual incide, na hipótese, a Súmula 83/STJ, também aplicável aos recursos especiais interpostos com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional.

Outrossim, a revisão do entendimento do acórdão recorrido, no sentido da não configuração do erro material, demandaria reexame fático-probatório, o que não se admite na via do recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Sua. Excelência eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca proferiu voto-vista na sessão de julgamento de 19/08/2025, no sentido de dar provimento ao recurso especial da defesa para, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver o agravante.

Reconheço a grandeza jurídica e jurisdicional do voto do eminente Ministro, que veio a ser também os votos dos eminentes Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto, plenos de razão.

Assim justificando, reconsidero meu voto e também dou provimento ao agravo regimental e ao recurso especial para absolver o recorrente.

De acordo com isso, busca-se, no presente agravo regimental, a reforma da decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, mantendo a condenação do agravante E L DE A F pela prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

A defesa sustenta a inexistência de tipicidade material da conduta atribuída ao recorrente, considerando as circunstâncias específicas do caso, como o relacionamento amoroso entre o recorrente e a vítima, a pequena diferença de idade entre eles, e o consentimento da ofendida.

Concluída a instrução criminal, o juízo de primeiro grau julgou improcedente a denúncia e absolveu a parte apelada da acusação do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do CP por atipicidade do fato, utilizando-se dos seguintes fundamentos (fls. 144-161):

01. Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público em desfavor de E L DE A F, na qual se lhe imputa a autoria de condutas que poderiam ser descritas como Estupro de Vulnerável, conforme o crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal brasileiro.

02. Segundo a narrativa contida nos autos, entre os meses de julho e agosto de 2014, E L DE A F teria praticado conjunção carnal com S V DE P B, que, na época, era adolescente com 13 anos de idade. O crime teria ocorrido na residência do acusado, [...].

03. Afirma-se que o denunciado e a vítima teriam começado a se envolver por volta de dezembro de 2013. O relacionamento teria continuado até que, em julho de 2014, tiveram a primeira relação sexual, por iniciativa do acusado, que teria exigido “uma prova de amor”.

04. Tal fato teria se repetido no mês de agosto de 2014, por mais duas vezes, também na residência do acusado.

05. Conforme se obtém do inquérito policial elaborado, **o denunciado teria chegado a engravidar a adolescente e teria reconhecido o filho após o nascimento e estaria dando assistência material ao mesmo.**

[...]

2. FUNDAMENTAÇÃO

[...]

23. No caso dos autos, entendo que a pretensão punitiva do Estado não merece prosperar, pois as provas produzidas não demonstram a materialidade do crime que é imputado ao acusado.

24. Inicialmente, no que diz respeito à materialidade, obtém-se dos autos o laudo pericial de fl. 19, que relata que a vítima S V DE P B (na época dos fatos, em 2014, com 13 anos de idade) apresentava em seu corpo vestígios de ocorrência de conjunção carnal. Além disso, constam os depoimentos prestados pela vítima e pelo acusado tanto à autoridade policial nas fls. 12-13 e 20; e ao Juízo, em audiência de instrução, na fl. 124, de onde se é possível obter que E L DE A F e S V DE P B mantiveram um relacionamento e, neste contexto, praticaram relações sexuais.

25. A princípio, e dada a idade em que a vítima tinha na ocasião, tal laudo constataria a materialidade do crime descrito na denúncia especificamente, seria suficiente para a tipicidade formal. Todavia, **após uma análise de todo o conjunto probatório, compreendo que falta a tipicidade material às condutas que foram praticadas pelo acusado.** Explico.

26. O feito conta, também, com diversos elementos probatórios que apontam que E L DE A F teria mantido um relacionamento amoroso com a então menor S V DE P B, quando o primeiro já era maior de idade (com 19 anos, cf. fl. 21) e não tinha conhecimento de que esta tinha menos que 14 anos de idade.

27. Para tanto, temos inicialmente as declarações de S V DE P B, apontada como vítima. Ao Juízo, a menor de idade afirmou que ela e o acusado chegaram a ter um filho em comum e que, hoje em dia, mantém uma boa convivência, apesar de cada um estar atualmente em uma família diferente. Em suas declarações, a suposta vítima também deixou claro que ele provê assistência ao filho de ambos.

28. Os termos das declarações da vítima encontram respaldo nos depoimentos de S DE P S (mãe da vítima), ouvida na qualidade de testemunha de acusação.

29. Em seu depoimento perante o Juízo, S DE P S afirmou que ficou sabendo do relacionamento entre sua filha e o acusado quando S V DE P B ficou grávida. No mais, afirmou que, depois que a criança nasceu, o réu deu assistência à criança e que o relacionamento deste com a família da vítima é tranquilo. Por fim, disse a testemunha que não tem nada a declarar contra o acusado.

30. As testemunhas de acusação Silvana Ferreira Torres Moura e Felix Silva Targino afirmaram que não se recordavam do caso.

31. W M S DOS S também foi ouvido como testemunha, uma vez que arrolado como tal pela defesa do acusado. Em seu depoimento perante o Juízo, esta testemunha alegou que tinha conhecimento do relacionamento entre a vítima e o réu. Disse também que não sabia dizer a idade que a vítima tinha na época, mas ela parecia já ser uma moça formada.

32. A testemunha de defesa também disse que não sabia informar se o réu tinha conhecimento da idade da vítima e que, desde então, cada um prosseguiu com sua vida e construíram suas famílias, sendo que E L DE A F cumpre com suas responsabilidades como pai.

33. Por fim, temos os termos do interrogatório do réu E L DE A F. Em resposta às perguntas do Juízo, o acusado admitiu que manteve um relacionamento com S V DE P B, mas não tinha ciência da idade da vítima e que, se tivesse, não teria se relacionado com alguém com 13 anos de idade.

34. Alegou o réu que S V DE P B não parecia ter 13 anos de idade e já tinha características de uma mulher mais velha e que já tinha perguntado sobre a idade dela, mas ela escondeu e não respondeu. Só foi descobrir depois que a vítima tinha 13 anos, quando ela engravidou e o Conselho Tutelar chegou na sua casa.

35. Disse o interrogado que, desde que a criança nasceu, voltou a ter contato com a vítima para prestar assistência ao filho que tiveram em comum. Afirmou, por fim, que hoje ela está em um outro relacionamento e ambos tiveram uma filha.

36. Dos termos de todos estes depoimentos, compreendo que é possível extrair a certeza de que o réu E L DE A F de forma voluntária e consciente, iniciou um relacionamento amoroso, e, no contexto desse, também de maneira consciente e voluntária, praticou relação sexual com a S V DE P B por pelo menos uma vez.

37. Todavia, **não há como se afirmar, com certeza, que o réu estava consciente da idade da vítima quando se engajou em um relacionamento amoroso com esta. Na verdade, extrai-se do acervo probatório que o acusado, em seu comportamento, teria praticado seu comportamento sob erro quanto à idade que a vítima tinha na época.**

38. Dito isto, a procedência ou improcedência do pedido condenatório trazido na denúncia envolve a análise sobre a tipicidade da conduta praticada pelo Réu, ante o fato deste se encontrar inserido num relacionamento amoroso com a vítima S V DE P B.

39. Cumpre, neste momento, explicitar que o Erro de Tipo é a falsa percepção da realidade acerca dos elementos constitutivos do tipo penal. O artigo 20 do Código Penal prevê o erro de tipo como aquele que recai sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime e que exclui o dolo deste. Permite-se, nestes casos, a punição por crime culposo, se tal estiver previsto em lei.

40. **O acervo probatório dos autos explicita que o relacionamento entre o acusado e a suposta vítima não se deu em clandestinidade e a vítima teria se engajado no relacionamento de forma consensual. Além disso, não ficou demonstrado, de forma incontestada, que o denunciado tivesse conhecimento da idade de S V DE P B na época: mais que isso, segundo o que se extrai do interrogatório, a suposta vítima teria se esquivado da verdade acerca de sua verdadeira idade quando indagada sobre o assunto.**

41. **Verifica-se, portanto, que E L DE A F incorreu em erro sobre a idade da vítima, uma circunstância elementar do delito de estupro de vulnerável. Dessa forma, deve haver a exclusão do dolo de sua conduta e, conseqüentemente, o afastamento da tipicidade, com a sua consequente absolvição.** Neste mesmo sentido, já decidiu o STJ: [...]

42. Neste ponto, não se pode olvidar que os Tribunais Superiores concebem a vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos como absoluta, haja vista seguirem a literalidade do que está prescrito no art. 217-A, do CP (com destaque ao seu §5º) e consoante se verifica com o entendimento formulado na Súmula nº 593, do STJ. Conforme esta posição, a simples prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos é suficiente para a configuração do crime de Estupro de Vulnerável, sendo irrelevante o emprego, ou não, de violência ou grave ameaça, o consentimento da vítima, a experiência sexual pregressa ou, ainda, a existência de relacionamento entre autor e ofendido(a).

43. Todavia, convém notar que a relação sexual constatada nas provas colhidas se deu na existência de um relacionamento amoroso entre o réu e a vítima, com o consentimento da menor para a realização do ato sexual e pequena diferença de idade entre E L DE A F e S V DE P B.

44. Diante destas particularidades do caso em análise, entendo que a aplicação literal do dispositivo contido no artigo 217-A do Código Penal, bem como do entendimento da Súmula nº 593 do STJ resultaria em uma condenação mínima de 8 (oito) anos ao acusado (bem como caracteriza-lo como “estuprador”), sem a análise dos princípios que regem o Direito Penal e as circunstâncias concretas em que os fatos ocorreram, o que, a meu ver, resultaria em violação ao princípio da proporcionalidade.

45. Com efeito, in casu, a vulnerabilidade da menor de 14 (catorze) anos deve ser analisada de acordo com o contexto em que se deram os fatos, particularmente o fato de que, conforme

se encontra demonstrado nas provas, a relação sexual se deu no contexto de um namoro consensual entre o réu e a adolescente.

[...]

49. Em suma: as peculiaridades do caso em questão, em especial as condições da vítima, relativizam a vulnerabilidade prevista no art. 217-A do Código Penal. Não se está a ignorar o teor ou a razão de existir da súmula 593 do STJ, ocorre que compreendo que, no presente caso, verifica-se a necessidade de *distinguishing*, entre o referido precedente e o caso em análise.

[...]

3. DISPOSITIVO

59. Diante de todo o exposto, julgo improcedente a denúncia, absolvendo o réu E L DE A F, com fulcro na expressa disposição do artigo 20 do Código Penal e no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, ante a comprovada atipicidade do fato. [...]

Há razão na sentença com apoio nas circunstâncias determinantes da absolvição, como está reconstituído nos judiciosos votos dos eminentes Ministros.

Interposta apelação pelo Ministério Público, resultou provida para julgar procedente a denúncia, ficando o réu condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, nos seguintes termos (fls. 210-215):

07. De início, é sabido que o delito de estupro de vulnerável pode se consumar através da conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos, passíveis de gerar satisfação da lascívia, consoante dispõe o art. 217-A, do CP, a saber: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

08. Cuida-se de norma editada com o fito de proteger a dignidade sexual da vítima menor de 14 anos, violada pela conjunção carnal ou por outro ato libidinoso. Além de disposto no parágrafo quinto do art. 217-A do CP, **segundo o enunciado da súmula 593 do STJ é: “irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.**

09. **Trata-se de crime cujo sujeito passivo é presumidamente vulnerável, inexistindo espaços para discussões a respeito da validade do consentimento.** Por certo, é possível a existência de erro quanto à idade da vítima, caso em que haverá a isenção de pena, nos moldes do art. 20 do CP: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

10. Segundo Rogério Sanches da Cunha, na obra Manual de Direito Penal, 13ª Edição: “o agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade. Cuida-se de ignorância ou erro que recai sobre as elementares, circunstâncias ou quaisquer dados que se agregam a determinada figura típica”.

11. O erro de tipo pode ser dividido em essencial e acidental. No primeiro, "o erro recai sobre os dados principais do tipo penal, enquanto no acidental, recai sobre dados secundários". É verdade que essas classificações possuem subclassificações em que cada uma produz um efeito diferente na conclusão do delito.

12. Considerando que a parte apelada alega o desconhecimento da idade da vítima, é forçoso reconhecer que aponta um erro de tipo essencial na medida em que a idade da ofendida é fator determinante para caracterização do crime.

13. Por seu turno, o erro de tipo essencial pode ser inevitável – situação em que o erro é imprevisível ao homem médio – acarretando a exclusão do dolo e da culpa e, por conseguinte, a inexistência de crime, bem como evitável – cenário em que o erro é previsível ao ser humano comum – ocasionando a exclusão do dolo, mas a punição por culpa se houver previsão legal.

14. Nessa toada, a atipicidade da conduta não pode ser reconhecida na medida em que os elementos probatórios caminham para o conhecimento da menoridade da vítima haja vista que ambos se relacionaram por aproximadamente 18 meses, fls. 20, sendo irrazoável concluir que o acusado desconhecia a idade, sobretudo porque a vítima fez aniversário em julho, momento em que ambos já nutriam um relacionamento; assim como pelo fato de que ambos moravam no Município de Palmeira dos Índios, na mesma rua, onde, geralmente, as pessoas se conhecem.

15. Ademais, independentemente de a vítima ter outorgado consentimento ou de ter os dois relacionamento afetivo, tais circunstâncias não possuem o condão de descaracterizar o delito por se tratar de violência presumida e não admitir relativização. Nesse sentido:

[...]

16. Por sua vez, em relação à exceção de romeu e julieta, cumpre esclarecer que esta consiste na hipótese de a vítima consentir com o ato sexual e possuir uma diferença de idade pequena em relação ao seu parceiro. Trata-se de uma inspiração shakespereana e que, segundo ela, o ato sexual não pode ser considerado crime de estupro, tendo em vista que ambos se encontram no mesmo momento de descoberta da sexualidade.

17. Em que pese o consentimento da vítima, além de não se vislumbrar pequena **diferença de idade (06 anos) entre os envolvidos**, há que se registrar que a referida tese não é comumente aplicada nos casos em julgamento. Consoante registrado outrora, **a presunção de violência possui caráter absoluto, e eventual consentimento ou experiência sexual ou relacionamento anterior não possui o condão de eliminar o caráter típico do fato.** É dizer, portanto, que a exceção de Romeu e Julieta encontra óbice na súmula 593 do STJ.

18. Considerando a presença de fato típico, ilícito e culpável, acolho a pretensão ministerial e julgo procedente o pedido de condenação pelas práticas do crime previsto no art. 217-A do CP; motivo pelo qual passo à análise da dosimetria da pena.

O acórdão fez incidir a súmula vigente, a exemplo do meu voto primitivo.

Acima disso, prevalecem os fundamentos do voto-vista proferido pelo eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, os quais, com a devida permissão, adoto com

admiração e respeito também como razões de decidir, para reafirmar o entendimento absolutório contido na sentença.

Assim, ao retificar meu voto inicial, dou provimento ao agravo regimental e também absolvo o recorrente com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2025/0115800-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.899.735 /
AL
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 07008403820168020046 7008403820168020046

EM MESA

JULGADO: 05/08/2025
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS CINI MARCHIONATTI (DESEMBARGADOR CONVOCADO TJRS)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : E L DE A F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : E L DE A F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, pediu vista o Sr. Ministro o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2899735 - AL (2025/0115800-0)

RELATOR : MINISTRO CARLOS CINI MARCHIONATTI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO TJRS)
AGRAVANTE : E L DE A F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

VOTO-VISTA

Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas (e-STJ fls. 339/350) contra decisão monocrática da lavra do eminente relator, Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado do TJRS), que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial (e-STJ fls. 321/325).

Submetido o recurso a julgamento da Quinta Turma desta Corte, o eminente relator negou-lhe provimento.

O relator ressalta que a presunção e violência no crime de estupro de vulnerável é absoluta e que as circunstâncias do caso não descaracterizam o delito.

Entretanto, peço vênia para divergir quanto à segunda assertiva.

Em relação ao tema em debate, cabe consignar 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, tal como decidiu o Juízo sentenciante, entendo que o acusado incorreu em **erro de proibição invencível, circunstância que exclui a culpabilidade e, por consequência, o próprio crime.**

A propósito, transcrevo excertos constantes da sentença (e-STJ fls. 147/160):

17. Em uma decisão de política criminal, o legislador decidiu por sepultar as discussões acerca do antigo artigo 224 do CP e das hipóteses de presunção de violência para os casos em que as vítimas fossem menores de 14 anos, e criou uma figura típica autônoma. Assim, no caput do art. 217-A foi previsto o estupro de vulnerável, considerando como tal a vítima menor de 14 (catorze) anos.

18. Conforme se observa, para que ocorra o delito em comento, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser a vítima menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá caracterizar-se o chamado erro de tipo - de sorte que, a depender do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou à sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

19. Além disso, também criminaliza a lei a conduta daquele que, conscientemente e de forma voluntária, pratica conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que lhe impeça de manifestar necessário discernimento para a prática de um ato sexual consentido.

20. É importante fazer a distinção pois o que a lei não proíbe que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, ao punir absolutamente toda as pessoas que pratiquem, com algum portador de deficiência mental ou intelectual, um ato sexual consentido até mesmo porque esta iria contra a dignidade e autonomia sexual garantidas através da Lei Brasileira de Inclusão à Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 /2015) e ao Decreto Legislativo nº 186, que introduziu a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência com força de norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, pois aprovado através do procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da CF.

21. Por fim, também se pune a conduta do agente que, de forma consciente e voluntária, pratica conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa que, no momento do ato, por qualquer razão, não pode oferecer resistência. São situações em que ocorre a vítima não pode se autodeterminar e consentir em relação ao comportamento sexual. Ocorre nos casos, por exemplo, em que o sujeito passivo do crime se encontra em estado de embriaguez letárgica, de sono profundo, de hipnose ou qualquer outro caso em que se configure a impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir ao ato.

22. Feitas tais considerações sobre o crime imputado à parte acusada, há de se lembrar que a aplicação de uma sentença penal condenatória exige a certeza quanto à materialidade e autoria do crime.

23. No caso dos autos, entendo que a pretensão punitiva do Estado não merece prosperar, pois as provas produzidas não demonstram a materialidade do crime que é imputado ao acusado.

24. Inicialmente, no que diz respeito à materialidade, obtém-se dos autos o laudo pericial de fl. 19, que relata que a vítima S V de P B (na época dos fatos, em 2014, com 13 anos de idade) apresentava em seu corpo vestígios de ocorrência de conjunção carnal. Além disso, constam os depoimentos prestados pela vítima e pelo acusado tanto à autoridade policial nas fls. 12-13 e 20; e ao Juízo, em audiência de instrução, na fl. 124, de onde se é possível

obter que E L de A F e S V de P B mantiveram um relacionamento e, neste contexto, praticaram relações sexuais.

25. A princípio, e dada a idade em que a vítima tinha na ocasião, tal laudo constataria a materialidade do crime descrito na denúncia especificamente, seria suficiente para a tipicidade formal. Todavia, após uma análise de todo o conjunto probatório, compreendo que falta a tipicidade material às condutas que foram praticadas pelo acusado. Explico.

26. O feito conta, também, com diversos elementos probatórios que apontam que E L de A F teria mantido um relacionamento amoroso com a então menor S V de P B, quando o primeiro já era maior de idade (com 19 anos, cf. fl. 21) e não tinha conhecimento de que esta tinha menos que 14 anos de idade.

27. Para tanto, temos inicialmente as declarações de S V de P B, apontada como vítima. Ao Juízo, a menor de idade afirmou que ela e o acusado chegaram a ter um filho em comum e que, hoje em dia, mantém uma boa convivência, apesar de cada um estar atualmente em uma família diferente. Em suas declarações, a suposta vítima também deixou claro que ele provê assistência ao filho de ambos.

28. Os termos das declarações da vítima encontram respaldo nos depoimentos de Shirley de Pontes Silva (mãe da vítima), ouvida na qualidade de testemunha de acusação.

29. Em seu depoimento perante o Juízo, Shirley de Pontes Silva afirmou que ficou sabendo do relacionamento entre sua filha e o acusado quando S V de P B ficou grávida. No mais, afirmou que, depois que a criança nasceu, o réu deu assistência à criança e que o relacionamento deste com a família da vítima é tranquilo. Por fim, disse a testemunha que não tem nada a declarar contra o acusado.

30. As testemunhas de acusação Silvana Ferreira Torres Moura e Felix Silva Targino afirmaram que não se recordavam do caso.

31. Walterlan Maxwele Souza dos Santos também foi ouvido como testemunha, uma vez que arrolado como tal pela defesa do acusado. Em seu depoimento perante o Juízo, esta testemunha alegou que tinha conhecimento do relacionamento entre a vítima e o réu. Disse também que não sabia dizer a idade que a vítima tinha na época, mas ela parecia já ser uma moça formada.

32. A testemunha de defesa também disse que não sabia informar se o réu tinha conhecimento da idade da vítima e que, desde então, cada um prosseguiu com sua vida e construíram suas famílias, sendo que E L de A F cumpre com suas responsabilidades como pai.

33. Por fim, temos os termos do interrogatório do réu E L de A F. Em resposta às perguntas do Juízo, o acusado admitiu que manteve um relacionamento com S V de P B, mas não tinha ciência da idade da vítima e que, se tivesse, não teria se relacionado com alguém com 13 anos de idade.

34. Alegou o réu que S V de P B não parecia ter 13 anos de idade e já tinha características de uma mulher mais velha e que já tinha perguntado sobre a idade dela, mas ela escondeu e não respondeu. Só foi descobrir depois que a vítima tinha 13 anos, quando ela engravidou e o Conselho Tutelar chegou na sua casa.

35. Disse o interrogado que, desde que a criança nasceu, voltou a ter contato com a vítima para prestar assistência ao filho que tiveram em comum. Afirmou, por fim, que hoje ela está em um outro relacionamento e ambos tiveram uma filha.

36. Dos termos de todos estes depoimentos, compreendo que é possível extrair a certeza de que o réu E L de A F de forma voluntária e consciente, iniciou um relacionamento amoroso, e, no contexto desse, também de maneira consciente e voluntária, praticou relação sexual com a S V de P B por pelo menos uma vez.

37. Todavia, não há como se afirmar, com certeza, que o réu estava consciente da idade da vítima quando se engajou em um relacionamento amoroso com esta. Na verdade, extrai-se do acervo probatório que o acusado, em seu comportamento, teria praticado seu comportamento sob erro quanto à idade que a vítima tinha na época.

38. Dito isto, a procedência ou improcedência do pedido condenatório trazido na denúncia envolve a análise sobre a tipicidade da conduta praticada pelo Réu, ante o fato deste se encontrar inserido num relacionamento amoroso com a vítima S V de P B.

39. Cumpre, neste momento, explicitar que o Erro de Tipo é a falsa percepção da realidade acerca dos elementos constitutivos do tipo penal. O artigo 20 do Código Penal prevê o erro de tipo como aquele que recai sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime e que exclui o dolo deste. Permite-se, nestes casos, a punição por crime culposos, se tal estiver previsto em lei.

40. O acervo probatório dos autos explicita que o relacionamento entre o acusado e a suposta vítima não se deu em clandestinidade e a vítima teria se engajado no relacionamento de forma consensual. Além disso, não ficou demonstrado, de forma incontestada, que o denunciado tivesse conhecimento da idade de S V de P B na época: mais que isso, segundo o que se extrai do interrogatório, a suposta vítima teria se esquivado da verdade acerca de sua verdadeira idade quando indagada sobre o assunto.

41. Verifica-se, portanto, que E L de A F incorreu em erro sobre a idade da vítima, uma circunstância elementar do delito de estupro de vulnerável. Dessa forma, deve haver a exclusão do dolo de sua conduta e, conseqüentemente, o afastamento da tipicidade, com a sua conseqüente absolvição. Neste mesmo sentido, já decidiu o STJ: [...]

42. Neste ponto, não se pode olvidar que os Tribunais Superiores concebem a vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos como absoluta, haja vista seguirem a literalidade do que está prescrito no art. 217-A, do CP (com destaque ao seu §5º) e consoante se verifica com o entendimento formulado na Súmula nº 593, do STJ. Conforme esta posição, a simples prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos é suficiente para a configuração do crime de Estupro de Vulnerável, sendo irrelevante o emprego, ou não, de violência ou grave ameaça, o consentimento da vítima, a experiência sexual pregressa ou, ainda, a existência de relacionamento entre autor e ofendido(a).

43. Todavia, convém notar que a relação sexual constatada nas provas colhidas se deu na existência de um relacionamento amoroso entre o réu e a vítima, com o consentimento da menor para a realização do ato sexual e pequena diferença de idade entre E L de A B e S V de P Barros.

44. Diante destas particularidades do caso em análise, entendo que a aplicação literal do dispositivo contido no artigo 217-A do Código Penal, bem como do entendimento da Súmula nº 593 do STJ resultaria em uma condenação mínima de 8 (oito) anos ao acusado (bem como caracteriza-lo como “estuprador”), sem a análise dos princípios que regem o Direito Penal e as circunstâncias concretas em que os fatos ocorreram, o que, a meu ver, resultaria em violação ao princípio da proporcionalidade.

45. Com efeito, in casu, a vulnerabilidade da menor de 14 (catorze) anos deve ser analisada de acordo com o contexto em que se deram os fatos, particularmente o fato de que, conforme se encontra demonstrado nas provas, a relação sexual se deu no contexto de um namoro consensual entre o réu e a adolescente.

46. Com base nisto, há de se ter em mente que nem sempre a aplicação do direito se dá de forma automática e estática. Na análise e interpretação de normas também é importante estar ciente e aberto das mudanças da sociedade e, com elas, os diferentes conceitos e preconceitos que os indivíduos se encontram inseridos.

47. Culturalmente, o despertar precoce da prática sexual é visto com maus olhos até mesmo porque não se pode negar que, sob este pretexto, há a possibilidade de que adultos cometam abusos contra menores de idade, seja por manipulação/dominação psicológica, seja por violência direta.

48. Violência contra menores neste sentido existe e não pode ser desconsiderada. Mas este não parece ter sido o caso apresentado nos presentes autos. Constata-se que, do que se extrai dos autos, o ato sexual entre ambos foi consentido, e, ainda, era de conhecimento de terceiros, como a testemunha Walterlan Maxwele Souza dos Santos.

49. Em suma: as peculiaridades do caso em questão, em especial as condições da vítima, relativizam a vulnerabilidade prevista no art. 217-A do Código Penal. Não se está a ignorar o teor ou a razão de existir da súmula 593 do STJ, ocorre que compreendo que, no presente caso, verifica-se a necessidade de distinguishing, entre o referido precedente e o caso em análise.

50. A aplicação da exceção é plenamente possível. Quando o Código Penal determinou a idade limítrofe de 14 anos para fins de conceituação do vulnerável previsto no artigo 217-A, não acompanhou a evolução dos comportamentos na sociedade contemporânea, principalmente no que concerne à sexualidade dos jovens. Os avanços sociais, sobretudo o acesso à informação, especialmente por meio da internet e TV, possibilitam a obtenção de maturidade e discernimento pelos adolescentes, permitindo a relativização da presunção de vulnerabilidade em situações extremas e peculiares. Esta interpretação da norma valora a conduta humana do agente de acordo com os fatos sociais em que está inserido o julgador.

51. Diante destas considerações, impõe-se considerar que a relação sexual relatada nos autos se deu de forma consentida e no contexto de um relacionamento amoroso. Da mesma maneira, não se verificou nos autos que a experiência havida entre a vítima e o Réu se deu no contexto de algum tipo de manipulação, trouxe algum trauma psicológico e nem gerou consequências emocionais danosas à menor de idade.

52. Neste contexto, um dos princípios alicerces do Direito Penal é o princípio da ofensividade. Segundo esse princípio a criminalização de atos que geraram

lesões irrelevantes de bens jurídicos penalmente protegidos deve ser excluída. Não obstante a conduta seja típica (ainda que apenas no aspecto formal), se as ofensas ao bem jurídico protegido não forem significativas a ponto de autorizar a atuação estatal, não será legítima a aplicação do Direito Penal, que deve agir somente como ultima ratio.

53. Assim, quando não demonstrada a ofensividade da conduta do agente, deverá o juiz, em interpretação teleológica da norma, declarar a sua atipicidade.

54. Para além do princípio acima descrito e aplicável ao caso, convém notar que, em favor do denunciado, cabe o reconhecimento da “exceção Romeu e Julieta”, construção argumentativa trazida de concepções de direito norte-americano, estabelece a descriminalização da prática de relação sexual entre adolescentes quando esta se dá no contexto de descoberta sexual, quando demonstrado o consentimento entre os envolvidos e for pouca a diferença de idade entre eles.

55. Diante disso, magistrados e tribunais brasileiros têm se valido da legislação e jurisprudência estrangeira, quando a relação sexual ocorre entre dois adolescentes ou entre jovem e adolescente. Para tanto, cumpre explicitar os seguintes julgados: [...]

56. O caso em tela indica, portanto, a aplicação da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade, porquanto não se pode fechar os olhos para a vida real e as mudanças sociais, incluindo aqui o grau de acesso a informação e entendimento disponível a adolescentes.

57. Dessa forma, entendo cabível a relativização da responsabilidade penal no presente caso, por se tratar a hipótese de atos sexuais praticados de livre e espontânea vontade entre os envolvidos, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico da vítima.

58. Não havendo, portanto, como dissociar a presente decisão do reflexo social por ela produzido, bem como tendo em conta a recomendável desvalorização do fato no âmbito criminal, como acima demonstrado, entendo, por se tratar de medida de inteira justiça, que deve ser negada a pretensão acusatória contida na denúncia, absolvendo-se o réu especialmente em razão da demonstrada a presença de erro de tipo e ausência de tipicidade material do fato, circunstâncias que excluem o fato típico e, por conseguinte, o próprio crime.

3. DISPOSITIVO

59. Diante de todo o exposto, julgo improcedente a denúncia, absolvendo o réu E L DE A F, com fulcro na expressa disposição do artigo 20 do Código Penal e no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, ante a comprovada atipicidade do fato.

O Tribunal a quo condenou o paciente pelo fato de a presunção de violência ser absoluta, conforme segue (e-STJ fls. 211/214):

07. De início, é sabido que o delito de estupro de vulnerável pode se consumar através da conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos, passíveis de gerar satisfação da lascívia, consoante dispõe o art. 217-A, do CP, a saber: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

08. Cuida-se de norma editada com o fito de proteger a dignidade sexual da vítima menor de 14 anos, violada pela conjunção carnal ou por outro ato libidinoso. Além de disposto no parágrafo quinto do art. 217-A do CP, segundo o enunciado da súmula 593 do STJ é: "irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

09. Trata-se de crime cujo sujeito passivo é presumidamente vulnerável, inexistindo espaços para discussões a respeito da validade do consentimento. Por certo, é possível a existência de erro quanto à idade da vítima, caso em que haverá a isenção de pena, nos moldes do art. 20 do CP: "O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei".

10. Segundo Rogério Sanches da Cunha, na obra Manual de Direito Penal, 13ª Edição: "o agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade. Cuida-se de ignorância ou erro que recai sobre as elementares, circunstâncias ou quaisquer dados que se agregam a determinada figura típica".

11. O erro de tipo pode ser dividido em essencial e accidental. No primeiro, "o erro recai sobre os dados principais do tipo penal, enquanto no accidental, recai sobre dados secundários". É verdade que essas classificações possuem subclassificações em que cada uma produz um efeito diferente na conclusão do delito.

12. Considerando que a parte apelada alega o desconhecimento da idade da vítima, é forçoso reconhecer que aponta um erro de tipo essencial na medida em que a idade da ofendida é fator determinante para caracterização do crime.

13. Por seu turno, o erro de tipo essencial pode ser inevitável – situação em que o erro é imprevisível ao homem médio – acarretando a exclusão do dolo e da culpa e, por conseguinte, a inexistência de crime, bem como evitável – cenário em que o erro é previsível ao ser humano comum – ocasionando a exclusão do dolo, mas a punição por culpa se houver previsão legal.

14. Nessa toada, a atipicidade da conduta não pode ser reconhecida na medida em que os elementos probatórios caminham para o conhecimento da menoridade da vítima haja vista que ambos se relacionaram por aproximadamente 18 meses, fls. 20, sendo irrazoável concluir que o acusado desconhecia a idade, sobretudo porque a vítima fez aniversário em julho, momento em que ambos já nutriam um relacionamento; assim como pelo fato de que ambos moravam no Município de Palmeira dos Índios, na mesma rua, onde, geralmente, as pessoas se conhecem.

15. Ademais, independentemente de a vítima ter outorgado consentimento ou de ter os dois relacionamento afetivo, tais circunstâncias não possuem o condão de descaracterizar o delito por se tratar de violência presumida e não admitir relativização. Nesse sentido: [...]

16. Por sua vez, em relação à exceção de romeu e julieta, cumpre esclarecer que esta consiste na hipótese de a vítima consentir com o ato sexual e possuir uma diferença de idade pequena em relação ao seu parceiro. Trata-se de uma inspiração shakespereana e que, segundo ela, o ato sexual não pode ser considerado crime de estupro, tendo em vista que ambos se encontram no mesmo momento de descoberta da sexualidade.

17. Em que pese o consentimento da vítima, além de não se vislumbrar pequena diferença de idade (06 anos) entre os envolvidos, há que se registrar

que a referida tese não é comumente aplicada nos casos em julgamento. Consoante registrado outrora, a presunção de violência possui caráter absoluto, e eventual consentimento ou experiência sexual ou relacionamento anterior não possui o condão de eliminar o caráter típico do fato. É dizer, portanto, que a exceção de Romeu e Julieta encontra óbice na súmula 593 do STJ.

18. Considerando a presença de fato típico, ilícito e culpável, acolho a pretensão ministerial e julgo procedente o pedido de condenação pelas práticas do crime previsto no art. 217-A do CP; motivo pelo qual passo à análise da dosimetria da pena.

Dessa forma, não obstante o comprovado erro de proibição assentado na sentença e com base na presunção absoluta de violência que orienta a tipificação do crime de estupro de vulnerável, a Corte local condenou o agravante.

De plano, reafirmo a defesa intransigente com os direitos da criança e do 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**, e 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 entre o agravante e a vítima, a qual é 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 continuava dando assistência à criança. Ademais, trata-se de pessoa jovem, com 19 anos de idade à época dos fatos, que incidiu em erro de proibição ao se relacionar, de forma estável, com vítima adolescente que possuía 13 anos ao tempo dos fatos.

Nesse contexto, constata-se 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.

Destaco que a hipótese dos autos não trata de atipicidade da conduta em virtude de eventual consentimento da vítima, nem de excludente de ilicitude por paixão.

Também não se está diante de erro de tipo, mas sim de excludente da culpabilidade, por **erro de proibição invencível**.

No mais, destaco o art. 227 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 65/2010, o qual 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*.

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 13 anos e o jovem de 19 anos à época dos fatos.

Estabeleceu-se, por meio da Lei n. 13.257/2016, a necessidade de 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 da relação em discussão.**

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, **deve 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 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%20Nacional%20pela%20Primeira%20Inf%20c3%a2ncia.pdf>

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, 2019.

Relevante destacar, ademais, como é de conhecimento, que 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 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 propriedade 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 aceito pela família da vítima, sobrevivendo um filho, com a efetiva constituição de núcleo familiar, apesar de não estarem mais juntos como casal.

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 descuidar 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 padraço 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 19 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).

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 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, 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 5º, 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 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 retribuir sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padecia, 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.)

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 Andrichi, 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 TJDF), 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 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 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.*

.....

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

Com efeito, verifico 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 o filho desamparados 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 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 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 DISTINGUISHING. 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 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, § 3º). 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 FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 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, sobrevivendo 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 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, § 3º). 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 (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, 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 DISTINGUISHING. 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. 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 padrao 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.)

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 TJDF), 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 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.)

E ainda, em hipótese semelhante à presente, recentíssimo precedente da Terceira Seção:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 217-A, CAPUT, DO CP. PLEITO DE CONDENAÇÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE, DIANTE DA AVALIAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO, MANIFESTOU-SE PELA NÃO OCORRÊNCIA DO DELITO. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RELAÇÃO AMOROSA. REPRESENTANTE DO CONSELHO TUTELAR QUE IDENTIFICOU UMA CONVIVÊNCIA MARITAL. 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. RECENTE JULGADO DA SEXTA TURMA.

1. Consta do combatido aresto que o relato dos fatos parece revelar de modo muito claro circunstâncias que, sem dispensar alguns cuidados particulares, estão muito distantes da necessidade de alguma repreensão penal. [...] O réu e a vítima mantiveram relação amorosa por meses, espontaneamente passando a conviver em situação análoga a um matrimônio. Não é sem motivo que, em juízo (68.130), a representante do Conselho Tutelar afirmou que o órgão registrou boletim de ocorrência após identificar que ambos estavam "convivendo maritalmente". Ademais, ambos declararam que as relações sexuais foram consentidas, sendo fruto do relacionamento amoroso conjuntamente construído e conforme relato (68.126 e 68.127), o casal residia na casa dos genitores da ofendida. Por fim, conforme relataram, o relacionamento findou em decorrência do presente processo e da relação não tiveram filhos. [...] A sentença, ao seu turno, dá contorno sumário à conduta; não ignora o relacionamento amoroso, tampouco reconhece qualquer violência - a responsabilidade é traçada unicamente em face do critério etário, de modo bastante formal. Ou seja, a condenação decorre unicamente da ciência, pelo réu, da idade da vítima, passando inaudito ao juízo da condenação todas as demais circunstâncias - sobretudo a coabitação do casal na residência dos genitores da vítima. Não creio, por isso, que a condenação possa subsistir. [...] No mais, a solução caminha muito longe da intervenção penal; se há de ser feito algo, o arranjo é outro, muito distante da severidade proposta no campo da punição penal.

[...]

4. [...] "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 1/6/2021, DJe 15/6/2021) - (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, DJe 25/5/2023).

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 2.045.280/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 3/4/2025, DJEN de 6/5/2025.)

De igual forma, em situações análogas, o Supremo Tribunal Federal reconhece o chamado **erro de proibição invencível**.

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 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 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 VULNERABILIDADE. 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.

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 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 parecida, 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" 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, § 3º). 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 agravante. Há outros aspectos, na situação em foco, 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 do filho do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: **a absoluta proteção da criança, a qual atualmente possui cerca de 10 anos de idade e é mantida pelo pai, ora agravante.**

Em suma, houve uma união estável entre o agravante e então menor com 13 anos de idade. Nasceu um filho que hoje possui 10 anos, aproximadamente. Permanece a relação mãe x filho - pai x filho. Cada um mantém o intuito de ser pai, ser mãe e ser filho, embora não haja mais a relação de casal. O vínculo familiar está eternizado.

Submeter a conduta do agravante à censura penal levará ao esfacelamento do vínculo familiar que indiscutivelmente existe, ocasionando na apontada vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao agravante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada que não a absolutória.

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 (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. São 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.

Ante o exposto, peço vênias ao eminente relator para, dele divergindo, **dar** provimento ao agravo regimental e, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver o agravante.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2025/0115800-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.899.735 /
AL
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 07008403820168020046 7008403820168020046

EM MESA

JULGADO: 19/08/2025
SEGREGO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS CINI MARCHIONATTI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO TJRS)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : E L DE A F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : E L DE A F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

CERTIDÃO

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

" Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto retificado do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca (voto-vista), Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.