

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.394.686 - CE
(2018/0295310-4)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : F H B
ADVOGADOS : BRUNO HENRIQUE VAZ CARVALHO - CE019341
FELIPE FONTELES DE SOUSA - CE033649
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

DECISÃO

F. H. B. agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará** (Apelação Criminal n. 0007954-27.2016.8.06.0121).

Em suas razões, o agravante, sem apontar o dispositivo legal violado, sustenta o erro de tipo no tocante à idade da vítima, bem como a ausência de provas para a sua condenação. Por tal razão, pretende a sua absolvição.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local (fls. 243-245), o que ensejou a interposição deste agravo (fls. 251-258).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso (fl. 275).

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada.

No caso, constato a latente deficiência na fundamentação do recurso, pois **o recorrente – consoante reconhecido nas razões do agravo à fl. 255 – deixou de citar expressamente o dispositivo da legislação infraconstitucional supostamente violado pelo Tribunal a quo.** Assim, descumprido requisito imprescindível para o conhecimento do recurso, a teor do enunciado sumular n. 284 do Supremo Tribunal Federal: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Ainda que assim não fosse, a Corte de origem confirmou os termos da sentença condenatória, pois entendeu que "o acervo probatório robusto, harmônico e contundente, não deixa a menor sombra de dúvida quanto à materialidade do crime, assim como quanto à autoria delitiva imputada ao apelante, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e plenamente amparado pelo acervo probatório dos autos" (fl. 211).

Dessa forma, constato que as instâncias ordinárias, após minuciosa análise do acervo fático-probatório carreado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do agravante pelo crime de estupro de vulnerável, **notadamente pela prova oral produzida durante a instrução do feito.**

Portanto, para alterar tal conclusão, como pugna o recurso especial, a fim de absolver o réu, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado nesta esfera, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Ilustrativamente:

[...]

1. Afastar a condenação imposta pela instância antecedente, a fim de absolver os recorrentes por insuficiência de provas de autoria, demanda o reexame do caderno fático-probatório dos autos, o que é vedado conforme Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para reduzir as penas dos recorrentes pelo crime de roubo.

(REsp n. 1.202.111/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 31/3/2016)

Especificamente sobre o desconhecimento da idade da vítima – menor de 14 anos, o que caracteriza a violência presumida –, ficou registrado no acórdão que "da prova oral ficou demonstrado que o réu frequentava a casa onde a vítima morava e sabia de sua tenra idade" (fl. 211).

Sobre o tema, por força do julgamento **do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, a **Terceira Seção** desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou

ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. O acórdão ficou assim ementado:

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

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EResp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

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

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

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

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

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

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

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

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de

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

Na oportunidade, ficou registrado que, "ainda na vigência da alínea "a" do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da **Lei n. 12.015/09**), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima**, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos".

Na espécie, a ofendida, **à época com 13 anos de idade, foi submetida à prática de conjunção carnal.**

O voto condutor do mencionado recurso especial repetitivo, o qual foi acompanhado à unanimidade, realizou aprofundado estudo sobre o tema e concluiu que **praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente – e, mais ainda, com uma criança** – e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional.

A tese assentada naquela oportunidade é clara:

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.

Ademais, por amor ao debate, no que se refere ao alegado **erro de tipo**, afastado pela Corte de origem, entendo necessárias as seguintes ressalvas sobre a incidência da figura do art. 20 do Código Penal nos casos de delito sexuais, em sua maioria praticados contra vítimas do sexo feminino – quando sói valer-se do erro de tipo.

Reputo sexistas, com a devida vênia, os argumentos defensivos, porquanto deslocam para a vítima a responsabilidade da prática da violência sexual cometida pelo réu. Não houve nem sequer o mínimo constrangimento por parte da defesa em mencionar que não havia como saber exatamente a idade da suposta vítima.

Nesse contexto fático, incontroverso, admitir o erro de tipo implicaria assumir, na espécie e em casos similares, a legitimidade de um escrutínio nada disfarçado das vítimas do sexo feminino de crimes sexuais e reconhecer que existe um paradigma de mulher apta ao sexo, de acordo com seu aspecto físico, de seu fenótipo, e, conseqüentemente, definidor de sua idade. Importaria, outrossim, a objetificação do corpo feminino e o reconhecimento, essencialmente, da impossibilidade da contenção da libido masculina.

Faço lembrar, a propósito, que **o erro quanto ao elemento objetivo do tipo deve ser inescusável** e que, aceitar, com largueza, a incidência dessa excludente de tipicidade nos delitos de natureza sexual pode, com muita facilidade e conveniência, definir a responsabilidade penal do ato a partir da avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima.

E, à exceção da exibição de documento de identidade falso, ou ante circunstâncias excepcionais que realmente permitam dar efetiva credibilidade ao erro de tipo, entendo não ser razoável alegar, por mera e simplória argumentação de que não havia como saber sua verdadeira idade, o erro sobre a idade da pessoa abusada, **e dessa forma dar curso a uma discricionariedade não compatível com o critério já definido como objetivo (etário) pelas Cortes Superiores. A franquia a essa tese defensiva, com semelhante generalidade, importaria também relativizar, de modo oportuno, o atributo inescusável do erro**, autorizando a avaliação subjetiva, pelo agente, da maturidade física e psíquica da vítima para assentir ao conúbio sexual.

Sabe-se que, a partir da genética de cada organismo, as características físicas se revelam das mais variadas formas e **cabe ao agente**,

e jamais à vítima (mesmo diante de eventual afirmação de maioridade e de comportamento revelador de interesse sexual), **vencer todos os meios razoáveis para tornar o erro, realmente, inescusável.**

Reforço que, **na espécie, o acórdão recorrido deixou claro que** ficou comprovada a ciência do réu acerca da idade da vítima. Essa motivação, aliada à tese de presunção absoluta da violência (definida no julgamento do recurso repetitivo acima disposto), afasta eventual aplicação da Súmula n. 7 do STJ. O que pretendo, com a digressão feita, é **sugerir a inaplicabilidade do referido enunciado sumular nos casos em que a defesa invoca erro de tipo em delitos sexuais.**

Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, como no caso, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, **sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

À vista do exposto, conheço do agravo para, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, **não conhecer do recurso especial.**

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo de primeiro grau, para que expeça o mandado de prisão e encaminhe a guia de recolhimento provisório ao Juízo da VEC, dando efetivo início à execução da pena imposta ao recorrente. A determinação deve ser desconsiderada caso o réu cumpra, atualmente, a reprimenda.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator