RECURSO ESPECIAL Nº 1.765.591 - ES (2018/0235407-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO	:	D DE O D
ADVOGADOS	:	FABRICIA PERES - ES015958
		FABRICIA PERES - DEFENSOR DATIVO - ES015958

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N.º 1.480.881/PI. SÚMULA N.º 593/STJ. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa (Apelação Criminal n.º 0019895-58.2013.8.08.0012).

Consta nos autos que o Recorrido foi condenado como incurso no art. 217-A, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos, 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 261-268).

Irresignada, a Defesa recorreu ao Tribunal de origem, que deu provimento à apelação defensiva para absolver o Apelante, nos termos da seguinte ementa:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 217-A C/C O ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE DOLO -* ***CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E DE SEUS FAMILIARES - RELACIONAMENTO CONSENTIDO*** *- VULNERABILIDADE ABSOLUTA - RELATIVIZAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Com a nova sistemática introduzida no Código de Processo Civil, regulamentando os precedentes vinculantes no art. 927, os tribunais deverão observar, dentre outros, os acórdãos proferidos em resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos. Sobre o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o critério objetivo de idade (menor de 14 anos) possui caráter absoluto, sendo a matéria apreciada sob o julgamento dos recursos*

> *repetitivos (art. 1.036, CPC). Entretanto, referida tese pode ser afastada se ficar reconhecido que o caso concreto se distingue da* ratio decidendi *que originou o precedente, devendo ser utilizada a teoria da distinção, denominada* distinguishing. *No caso em apreço, restou atestado que* ***o apelante praticou conjunção carnal com a vítima quando esta possuía 13 (treze) anos de idade, sendo que aquele detinha 18 (dezoito) anos e que ambos possuíam relacionamento por aproximadamente 03 (três) anos.*** *Depreende-se também que o namoro entre ambos era de conhecimento dos familiares, que aquiesceram com a relação, frequentando o réu inclusive a residência da ofendida. Nesse sentido, a ausência de violência ou grave ameaça; o consentimento do ato sexual pela ofendida; a durabilidade do namoro e aquiescência por parte dos familiares, denotam a ausência de qualquer prejuízo ou abalo psicológico, emocional e/ou físico para com a ofendida e permitem utilizar-se da teoria da distinção, a fim de afastar o precedente e reconhecer a absolvição do réu, na forma do art. 386 , inciso 111, do Código de Processo Penal, sob pena de praticar injustiça, aplicando equivocadamente a letra fria da norma. 2. Recurso conhecido e provido.*" (fls. 327-328, sem grifos no original).

Os embargos de declaração opostos foram parcialmente acolhidos apenas para correção de erro material e sem efeitos modificativos (fls. 367-375).

Irresignado, o Ministério Público interpôs o presente recurso especial, alegando negativa de vigência ao art. 217-A do Código Penal e dissídio jurisprudencial.

Defende, em suma, que os fatos expressamente reconhecidos no acórdão condenatório "*se subsumem perfeitamente ao tipo penal inserto no artigo 217-A do Código Penal, de forma que o conhecimento dos familiares e o consentimento da vítima, em nada alteram a configuração da conduta como crime*" (fls. 283-284).

Acerca do dissenso pretoriano, o Recorrente assevera que "*a decisão objurgada atribuiu ao artigo 217-A do Código Penal interpretação diversa da que lhe foi dada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial n.° 1480881/PI, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, firmado sob o rito dos recursos representativos da controvérsia*" (fl. 390).

Contrarrazões às fls. 443-446.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Nívio de Freitas Silva Filho, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 468-472).

É o relatório. Decido.

No caso em apreço, o acórdão recorrido definiu a moldura fática da

situação em julgamento nos seguintes termos, *in verbis* (fl. 336):

> "*Na situação em apreço a vitima asseverou categoricamente tanto na fase policial quanto em juízo, que seu namoro com o acusado durou mais de 03 (três) anos.*
>
> *É de conhecimento notório que as crianças e adolescentes estão iniciando sua vida sexual de forma cada vez mais precoce, seja por influência do meio social em que vivem, como também pela ingerência que recebem dos meios de comunicação, inclusive da televisão, que apresenta de forma apelativa e banal o ato de relação sexual.*
>
> *De mais a mais,* ***o réu assevera que manteve relações sexuais com a vítima quando esta contava com 13 (treze) anos, estando o mesmo com 18 (dezoito) anos.***
>
> *Dito isso, analisando suas declarações na fase policial e em juízo, fica evidente que* ***a ofendida detinha o pleno discernimento dos seus atos, inclusive para consentir ou manifestar seu livre arbítrio sobre escolhas de índole sexual.***
>
> *Importante ressaltar ainda que* ***os atos sexuais, além de serem perpetrados sem violência e grave ameaça e serem consentidos, não causaram nenhum prejuízo ou abalo psicológico ou emocional em face da vítima, concluindo que a mesma não foi agredida em sua dignidade.***
>
> *O namoro duradouro entre o réu e a ofendida, que perdurou por três anos; a aquiescência e livre manifestação de vontade na prática dos atos sexuais e a pouca diferença de idade entre ambos, fazem concluir que os fatos narrados na denúncia não se amoldam ao tipo penal expresso no art. 217-A, devendo ser reconhecida a atipicidade da conduta do apelante, relativizando a presunção de violência assentada pelo Tribunal Superior.*" (fls. 336-337, sem grifos no original).

Como se vê, apesar de expressamente reconhecer que o Recorrido manteve relações sexuais com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, a Corte estadual decidiu absolver o Acusado sob o argumento de que a vítima menor de idade consentiu livremente com a prática sexual, o que afastaria a tipicidade da conduta imputada.

Contudo, ao contrário do decidido pela instância antecedente, o entendimento exposto no acórdão recorrido diverge frontalmente da *ratio decidendi* adotada por esta Corte Superior no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.480.881/PI, no qual firmou-se a tese de que "[*p*]*ara 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".

O referido julgado está 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.***" (REsp 1.480.881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe de 10/09/2015; sem grifos no original.)

No mesmo sentido, é o enunciado da Súmula n.º 593/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.*"

Cito, ainda, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO*

REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE INDEFERIMENTO LIMINAR. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 1.480.881/PI, TERCEIRA SEÇÃO, DJE 10/9/2015). SÚMULAS 168 E 593, AMBAS DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para a comprovação da divergência, devem os acórdãos em confronto, partindo de quadro fático semelhante, ou assemelhado, adotar posicionamento dissonante quanto ao direito federal aplicável. Os embargos de divergência em recurso especial, ao tempo em que solucionam a lide, têm por finalidade possibilitar ao Superior Tribunal de Justiça que resolva a discordância existente entre seus órgãos fracionários na interpretação de lei federal, com objetivo de uniformização da jurisprudência interna corporis.

2. Hipótese em que o tema discutido nos presentes autos já foi objeto de exame em sede de recurso representativo da controvérsia, oportunidade em que a Terceira Seção desta Corte firmou entendimento, no mesmo sentido do acórdão embargado, de que o estupro de vulnerável possui presunção absoluta de violência, sendo irrelevante aspectos externos como o consentimento ou experiência sexual da vítima (REsp 1.480.881/PI, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015).

3. Incidência das Súmulas 168 e 593, ambas do STJ.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AgRg nos EREsp 1.553.474/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2018, DJe de 19/06/2018.)

"*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. OFENSA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.480.881/PI. SÚMULA 593/STJ. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA.*

*1. Nos termos do entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça, consolidado no enunciado sumular 593, '*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*'.*

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.710.101/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe de 16/04/2018.)

"*PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO*

DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. *SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus *em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.*

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi *do artigo 312 do Código de Processo Penal.*

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente a forma pela qual o delito foi em tese praticado, consistente em estupro de vulnerável, por duas vezes, no âmbito da violência doméstica e familiar, uma vez que a vítima é a sua própria filha, circunstâncias que demonstram a periculosidade concreta do paciente e a necessidade da segregação cautelar imposta.

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

V - No que tange ao pedido de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, não tendo o eg. Tribunal a quo *analisado a tese ora suscitada, não cabe a este Tribunal Superior examinar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.*

VI - Ademais, quanto à alegação de atipicidade da conduta, a análise da quaestio *envolveria o exame aprofundado do material fático-probatório dos autos, sendo inviável tal análise por meio de* habeas corpus. *Insta consignar, ademais, o recente enunciado sumular n. 593 desta Corte Superior, segundo o qual* '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'.

Habeas corpus *não conhecido.*" (HC 425.985/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe de 07/03/2018.)

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora