



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2064843 - SE (2023/0122814-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **C P DOS S**
ADVOGADO : **VALDEMAR DOS SANTOS NETO - SE011359D**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**

EMENTA

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 TIPCIDADE 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 descuidar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.

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

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

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 13 de novembro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2064843 - SE (2023/0122814-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **C P DOS S**
ADVOGADO : **VALDEMAR DOS SANTOS NETO - SE011359D**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**

EMENTA

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 TIPCIDADE 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 descuidar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.

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

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

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (e-STJ fls. 628/639) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 615/622, que **negou** provimento ao recurso especial.

A parte agravante alega a condenação do acusado pelo delito de estupro de vulnerável, adequando-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Aduz que o consentimento acerca do ato ilícito e/ou a existência de relacionamento amoroso com o agente são irrelevantes do ponto de vista penal, sendo a prática de conjunção carnal, com vítima menor de 14 anos, configuradora do delito de estupro de vulnerável.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Verifico que a hipótese trazida nos presentes autos possui 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 593/STJ.

Com efeito, o Tribunal de origem, ao absolver o acusado, pela atipicidade do fato, registrou que, *muito embora a conduta típica tenha se realizado, não deve ser ela entendida como crime, porquanto há nuances a serem consideradas* (e-STJ fl. 544), não havendo violação à dignidade sexual da vítima.

Consignou, ademais, que (e-STJ fls. 544/549):

No presente caso, não restam dúvidas da comprovação de que o apelante teve relações sexuais com a vítima, menor de quatorze anos à época dos fatos.

Todavia, apegar-se apenas a esse fato para impingir uma condenação de 8 (oito) anos ao acusado (bem como a pecha de “estuprador”), sem analisar-se os princípios que regem o Direito Penal e as circunstâncias concretas em que os fatos se deram, implica em violação do princípio da proporcionalidade, além de verdadeira injustiça.

Sabe-se que o direito não é uma ciência estática e petrificada ou, em outras palavras, puramente técnica, de modo que o magistrado levar em conta as mudanças na sociedade e, com elas, os conceitos e preconceitos.

Na casuística apresentada, entendo que, muito embora a conduta típica tenha se realizado, não deve ser ela entendida como crime, porquanto há nuances a serem consideradas.

Consta dos autos, conforme relatório no inquérito policial n° 079/2014, que no dia 28/01/2014 a vítima fugiu de casa e foi conviver com o acusado, o que é indício suficiente para se presumir que entre eles havia relação íntima, no mínimo.

A vítima não foi encontrada para ser ouvida mesmo após diversas diligências empreendidas, todavia, em seu depoimento na fase extrajudicial foi possível

extrair que ela, apesar da pouca idade, já possuía maturidade suficiente a transparecer que o fato aconteceu naturalmente. Vejamos:

Que começou a namorar C P dos S, no início do ano passado; Que o namoro era às escondidas dos seus pais; Que o namoro sempre aconteciam próximo à escola onde a declarante estuda, Escola Municipal Aurelina de Melo Sobral, no bairro São Cristóvão, nesta; Que após um mês de namoro, a declarante resolveu ir morar na casa dos pais de C, no povoado Cantagalo, neste município; Que morou na companhia de C cerca de cinco meses; Que somente perdeu a sua virgindade quando já morava com C; Que sem motivo algum, resolveu deixar C e ir morar com uma outra pessoa de nome M, que mora na rua do Caxito. nesta; Que morou com M apenas quinze dias, e depois resolveu deixá-lo e voltou a morar com C; Que desta vez morou com C durante sete meses, vindo a se separarem há três semanas, e atualmente está morando com o seu pai; Que durante o período em que a declarante morou com C, ele nunca a maltratou, pois sempre a respeitou; Que não está arrependida de tudo que fez, mas agora só pensava em seus estudos e não quer mais saber de homens. PERGUNTADO: Se C forçou a declarante a ter relações sexuais com ele? Respondeu que não, pois sempre teve o seu consentimento. (destaquei)

Aliás, observa-se que a versão apresentada pela vítima em sede policial converge com a versão apresentado pelo acusado em juízo Confira-se:

[...] confirmou que começou a namorar com a vítima escondido, na escola, quando ela tinha entre 12 a 13 anos, mas os pais dela só souberam quando o interrogado a levou para morar com ele. Disse que, em seguida, o pai levou o fato para o conselho e o conselheiro se dirigiu à casa do denunciado onde a menor confirmou querer conviver com o acusado. Contou ter residido com N.N.S. por cerca de dois anos, mas nesse tempo ela fugiu com Marcos e depois voltou com o interrogado. Relatou que o processo só foi aberto após a menor ter ido embora de sua residência. Informou que só teve relações sexuais com a menor após uma semana que o conselheiro foi em sua casa. Ressaltou que os pais da vítima sempre souberam do relacionamento e nunca se opuseram. Confirmou ainda ser Jackson o conselheiro que foi em sua casa.

Corroborando as versões, tem-se o depoimento judicial prestado pelo genitor da vítima, relatando, inclusive, seu desejo de que a filha voltasse a conviver com o acusado:

[...] época dos fatos sua filha ficava com o declarante quinzenalmente e a mãe dela residia em Estância. Relatou que em 2015 soube que a menor estava namorando escondido com C e então informou ao conselheiro Jackson que o acusado “carregou” sua filha, oportunidade em que se dirigiram à casa de C e, ao chegar lá, a menor disse ao conselheiro que fugiu de casa porque quis. Contou que depois sua filha fugiu com outro rapaz, chamado Marcos, mas logo voltou a morar com Cleonis. Contou que depois a menor voltou a residir

com o declarante, mas logo fugiu e não deu mais notícias. Ressaltou que mantém contato com as irmãs da filha, mas ninguém tem notícias do seu paradeiro. Afirmou ainda que o acusado tinha 19 anos à época e sua filha 12 anos. Por fim, afirmou que sua vontade era que sua filha estivesse com C até hoje, mas ela quer viver pelo mundo e já morou com outros quatro rapazes. (destaquei)

Comprovada a prática do fato, resta analisar a sua repercussão na órbita jurídica.

O crime do art. 217-A do Código Penal consuma-se com a prática de conjunção carnal e ato libidinoso com vítima menor de 14 (quatorze) anos. Contudo, não se pode olvidar que o julgador, no momento de análise do caso concreto, deve balizar sua decisão não só pela letra da lei, mas, principalmente, tendo como fundamento os princípios gerais do Direito, que dão lógica ao sistema jurídico vigente, tornando-o harmonioso, racional e coerente.

Neste contexto, um dos princípios alicerces do Direito Penal é o princípio da ofensividade, também denominado de princípio da lesividade. 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, se as ofensas 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 .

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

Aplicando a tese acima explanada ao caso em tela, conclui-se que, não obstante a conduta do indiciado seja típica, posto que se amolda à previsão legal do art. 217-A do CP, não pode ser considerada como crime, posto que é inequívoco que não houve lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a liberdade sexual da vítima.

[...]

Ora, é indubitável que a vítima consentiu com o ato, tendo afirmado que mantinha um relacionamento amoroso com o acusado e que nunca foi maltratada ou forçada a ter relações sexuais com ele.

Convém salientar que a pequena diferença de idade entre a vítima, com 12 anos, e o acusado, com 19 anos, demonstra não ter havido entre eles temor reverencial ou domínio psicológico. Aliás, há de se considerar que, na hipótese dos autos, os dois jovens estavam, na verdade, em momento de descoberta da sexualidade e envoltos na efervescência de uma paixão juvenil.

Não é inoportuno repisar que o réu, um jovem de apenas 19 anos, envolveu-se amorosamente com a apontada vítima. Não deu vazão à lascívia ou à sua própria satisfação. Ao contrário, somente veio a consumir relações sexuais quando passou a conviver com a sua amada. Não houve engano, não foi urdida uma trama, não houve indução ao erro para que o jovem casal naturalmente deixasse se envolver completamente. Viveram como se casados fossem e com o intuito de formar família. O réu, mesmo abandonado, aceitou o retorno da pretensa vítima e reatar o relacionamento. É exatamente sobre esta pessoa que está pairando a negra nuvem de uma condenação criminal a

uma pena de prisão em regime fechado.

Não se trata, aqui, de relativizar a vulnerabilidade da vítima ou de aplaudir a iniciação sexual precoce, mas sim de observar que o recorrente também estava em fase peculiar de desenvolvimento físico/mental.

No ponto, pertinente abordar um tema recente utilizado em alguns julgados, dando tratamento jurídico diverso, se a diferença de idade entre os protagonistas do ato sexual é pequena: a chamada Exceção Romeu e Julieta (Romeo and Juliet Law).

Essa lei, de inspiração shakespeariana, criada pelos Estados norte-americanos, define que não há crime em casos de relacionamento sexual entre pessoas cuja diferença de idade é pequena. Afinal, deve-se levar em consideração que ambos estão no mesmo momento de descoberta da sexualidade.

[...]

Há de se destacar, por oportuno, que o fato não causou lesão jurídica, considerando que não há comprovação de que a vítima foi abusada nem violentada na sua vontade para a consumação do ato, bem como não há provas de que ocorreu com a intenção fria do agente de satisfazer a própria lascívia, como acontece no caso de um crime de estupro.

Percebe-se que não houve nenhuma intenção do acusado em prejudicar ou causar qualquer injusto à menor. Pelo contrário, tudo indica que ele realmente nutria afeto por ela. Assim, não há que se falar em ofensa à liberdade sexual da vítima, o que afasta a tipicidade da conduta do acusado.

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 ignora a redação da súmula 593 do STJ, que prescreve 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.” Todavia, no presente caso, verifica-se a real necessidade de distinguishing, entre referido precedente e o caso em análise.

A aplicação da exceção é plenamente possível: ambas as partes estavam descobrindo a sexualidade e não houve violação à dignidade sexual da vítima.

[...]

Conclui-se, pois, que, na aplicabilidade absoluta do artigo 217-A do Código Penal, reside um impasse entre a lei e a realidade.

Ora, por que motivo a pessoa maior de 12 (anos) pode, por exemplo, viajar pelo território nacional desacompanhada, ser sujeito passivo de medidas socioeducativas decorrentes da prática de ato infracional, e não podem consentir quanto a prática do ato sexual?

Portanto, em que pese a jovem seja considerada vulnerável para fins penais, em virtude de se tratar de menor de 14 anos na época do fato, a avaliação de seu grau de conscientização para a prática sexual não permite a aplicação da

letra “fria” da lei.

Isto, sobretudo, em vistas de que, quando o Código Penal, ao determinar a idade limítrofe de 14 anos para fins de conceituação do vulnerável, 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, possibilitando a relativização da presunção de vulnerabilidade em situações extremas e peculiares. Esta interpretação da norma valoriza a conduta humana do agente de acordo com os fatos sociais em que está inserido o julgador.

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. Há que se acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.

Dessa forma, entendo cabível a 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.

De pronto, esclareço que não há se falar em presunção de violência para tipificação do crime do art. 217-A do Código Penal. Com efeito, referido conceito constava do art. 224 do Código Penal, o qual foi revogado pela Lei n. 12.015/2009, e, à época da sua vigência, prevalecia se tratar de presunção absoluta.

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.

Contudo, como visto, 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.

Como é de conhecimento, 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, as instâncias ordinárias, com base no vasto conjunto fático e probatório juntados aos autos, concluíram 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.

Assim, não se verifica ofensa ao dispositivo legal apontado como violado, uma vez que sua aplicação não prescinde de um exame acurado das nuances do caso concreto, o que efetivamente ocorreu na presente hipótese, em observância a princípios fundamentais do próprio direito penal.

Anoto, por relevante, 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 na Súmula 593/STJ, no qual se fixou a tese 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.

Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.

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

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

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.

Destaco, por fim, 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 do princípio da proporcionalidade.

Nesse encadeamento de ideias, considero que a tese firmada no Recurso Especial n. 1.480.881/PI e na Súmula 593/STJ não se aplica à hipótese dos presentes autos, haja vista as particularidades trazidas, que foram adequadamente valoradas pela Corte de origem, e não podem ser desconstituídas na via eleita, sem a indevida incursão no conjunto probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no REsp 2.064.843 / SE

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0122814-5

Número de Origem:

00007497720158250015 00025286720158250015 201562002154 202100334248 25286720158250015
7497720158250015

Sessão Virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

RECORRIDO : C P DOS S

ADVOGADO : VALDEMAR DOS SANTOS NETO - SE011359D

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO DE
VULNERÁVEL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : C P DOS S

ADVOGADO : VALDEMAR DOS SANTOS NETO - SE011359D

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de novembro de 2023