



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2045280 - SC (2022/0402319-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689

### EMENTA

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.*

2. Tendo o Tribunal de origem concluído que a sentença [...] 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, é inviável entender de modo diverso, dada a necessidade de revisão de elementos fático-probatórios, vedada nesta via recursal.

3. Verifica-se, de plano, que para rever os fundamentos que as instâncias ordinárias utilizaram para fundamentar a absolvição do agravado, diante da constatação da carência de substrato probatório suficiente apto a justificar uma condenação, é matéria que inevitavelmente demanda o reexame do acervo fático-probatório, medida essa inadequada, em função do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

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.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, dando provimento ao agravo regimental para conhecer e dar provimento ao recurso especial, a fim de restabelecer a condenação do réu como incurso no art. 217-A, caput, do CP, por haver sido interposto contra acórdão que contrariou a Súmula n. 593 do STJ, bem assim o Recurso Especial (Repetitivo) n. 1.480.881/PI (Tema 918), nos termos do art. 932, V, alíneas "a" e "b", respectivamente, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "b", do RISTJ, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Messod Azulay Neto e Og Fernandes, e o voto vogal do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, acompanhando o Sr. Ministro Relator, mantendo, assim, a aplicação do verbete n. 7 da Súmula desta Corte Superior, haja vista a possibilidade de se proceder à distinção no caso concreto, sob o entendimento de que a referida conclusão não invalida a tese firmada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no verbete sumular n. 593/STJ, que devem ser mantidos como regra, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador convocado do TJ/SP), Carlos Cini Marchinatti (Desembargador convocado do TJ/RS) no mesmo sentido, por maioria,

negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Messod Azulay Neto e Og Fernandes que davam provimento ao agravo.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Messod Azulay Neto e Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 04 de abril de 2025.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2045280 - SC (2022/0402319-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689

### EMENTA

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.*

2. Tendo o Tribunal de origem concluído que a sentença [...] 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, é inviável entender de modo diverso, dada a necessidade de revisão de elementos fático-probatórios, vedada nesta via recursal.

3. Verifica-se, de plano, que para rever os fundamentos que as instâncias ordinárias utilizaram para fundamentar a absolvição do agravado, diante da constatação da carência de substrato probatório suficiente apto a justificar uma condenação, é matéria que inevitavelmente demanda o reexame do acervo fático-probatório, medida essa inadequada, em função do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

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.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público de Santa Catarina** contra a decisão que não conheceu do recurso especial por ele formulado (fls. 429/434):

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.

Recurso especial não conhecido.

*Expõe o agravante que se entende que a decisão que não admitiu o recurso especial merece reforma, até porque, no recurso apresentado, pede-se somente a reavaliação do fato já reconhecido pelas instâncias antecedentes, o que não tem o condão de atrair o obstáculo da súmula supracitada, conforme entendimento consagrado por essa Corte Superior (fl. 445).*

*Assevera que as instâncias ordinárias reconheceram, de forma incontroversa e não se pretende mudar essa premissa que o Agravado, com 22 (vinte e dois) anos à época dos fatos, efetivamente e por mais de uma vez, manteve conjunção carnal com a vítima, que contava, à época, com 13 (treze) anos de idade. [...] Todavia, o Tribunal catarinense optou por absolver o Acusado, por considerar a condenação socialmente inútil, uma vez que o bem jurídico tutelado (dignidade sexual) não teria sido violado, pois teria havido consentimento da vítima e de seus familiares para o relacionamento com o agente. [...] Em que pese a fundamentação utilizada no acórdão objurgado, a jurisprudência pátria é firme no sentido de que o art. 217-A, caput, do CP, impõe um dever geral de abstenção de relações sexuais em relação a menores de 14 (quatorze) anos de idade. Isso porque a norma protege a liberdade sexual da vítima, e não a do réu. [...] Como mencionado no reclamo especial, ao impor um dever geral de abstenção da prática de atos sexuais com menores de 14 (quatorze) a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade e a autodeterminação sexual daqueles que não têm discernimento suficiente para a suposta escolha realizada, de modo que não há como afastar a lesão causada à dignidade sexual da vítima, justamente o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do art. 217-A do CP. [...] A presunção de vulnerabilidade é de caráter absoluto, não podendo ser relativizada em razão do consentimento da vítima, de sua família, de eventual experiência sexual anterior, tampouco da existência de prévio relacionamento amoroso entre o agente e a ofendida (fls. 448/449).*

*Ao final da peça recursal, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, com fundamento no art. 1.021 do CPC, no art. 39 da Lei n. 8.038/90 e no art. 317 do RISTF, pugna pela reconsideração da decisão monocrática prolatada. [...] Caso não haja retratação, requer o conhecimento e o provimento do presente agravo pela Sexta Turma para que, ao final, seja conhecido e provido o recurso especial interposto (fl. 456).*

Foi dispensada a oitiva da parte agravada.

É o relatório.

## VOTO

A insurgência cinge-se ao afastamento da incidência da Súmula 7/STJ para que o recurso especial seja conhecido e provido, no sentido da condenação do agravado pelo crime de estupro de vulnerável.

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 (fl. 365).*

Razão não assiste ao agravante, porquanto tendo o Tribunal de origem concluído que, *a sentença [...] 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 (fl. 432 – grifo nosso), é inviável entender de modo diverso, dada a necessidade de revisão de elementos fático-probatórios, vedada nesta via recursal.*

Com efeito, nos termos da decisão agravada, verifica-se de plano que para rever os fundamentos que a instância ordinária utilizou para fundamentar a absolvição do agravado, diante da constatação da **carência de substrato probatório suficiente apto a justificar uma condenação**, é matéria que inevitavelmente demanda o reexame do

acervo fático-probatório, medida essa inadequada, em função do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

Em recente julgado, assim se manifestou a Sexta Turma desta Corte:

**AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 217-A DO CP. PLEITO DE CONDENAÇÃO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE, DIANTE DA AVALIAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO, MANIFESTARAM-SE PELA NÃO OCORRÊNCIA DO DELITO. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DA MÃE 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. Consta do combatido aresto que analisando detidamente as particularidades do caso em comento, é possível concluir que inexitem elementos a indicar tenha o acusado se aproveitado da idade da adolescente ou de sua suposta vulnerabilidade, fato que deve ser sopesado na decisão, a fim de evitar uma condenação desproporcional e injusta de mais de 8 (oito) anos - porque se reconheceria necessariamente o instituto da continuidade delitiva -, a um jovem que não possui outro deslize em sua vida pessoal. [...] possível extrair do relato da suposta vítima que esta não se mostrava vulnerável e sem condições de entender e de se posicionar de acordo com os fatos, pois relatou de forma livre e sem qualquer intento de responsabilizar o réu, que ambos convivam maritalmente, de modo que as relações sexuais faziam parte da rotina do casal. [...] Ouvida em juízo, já com 18 (dezoito) anos, não foi ressaltado pela vítima, tampouco por sua genitora, que a situação em tela tenha resultado em qualquer abalo à sua formação. [...] Conclui-se, desta feita, que a conduta imputada ao acusado, embora formalmente típica, não constitui infração penal, visto que o bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, liberdade sexual, não restou violado. [...] Com efeito, trata-se de pessoas jovens, cujo relacionamento foi aprovado pela responsável legal da suposta vítima, não sendo possível extrair-se tenha o réu atentado contra a liberdade sexual ou contra o desenvolvimento da adolescente, razão pela qual, ainda que abstratamente adequem-se os fatos ao tipo penal previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, a meu sentir, impossível reconhecer a tipicidade material da conduta.

2. Tendo o Tribunal de origem concluído que, embora findo o relacionamento depois de dois anos e meio, o acusado e a suposta vítima constituíram seu próprio núcleo familiar durante este interregno, de modo que a conduta em exame, salvo melhor juízo, não se coaduna com aquela que o legislador pretende evitar, salientando-se que não houve qualquer indício de violência, ameaça ou indução ao ato sexual, é inviável entender de modo diverso, dada a necessidade de revisão de elementos fático- probatórios, vedada nesta via recursal.

3. Verifica-se, de plano, que, para rever os fundamentos que as instâncias ordinárias utilizaram para fundamentar a absolvição do agravado, diante da constatação da carência de substrato probatório suficiente apto a justificar uma condenação, é inevitavelmente demandado o reexame do acervo fático-probatório, medida esta inadequada, em função do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

4. Agravos regimentais improvidos.

(AgRg no REsp n. 2.107.658/SC, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 13/9/2024 – grifo nosso).

Nesse sentido, *para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor repressado 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 de 25/5/2023 – grifo nosso).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2022/0402319-3      PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.045.280 / SC  
AgRg no  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007459120148240083 00080201302014 0192014 192014 276613  
7459120148240083 80201302014 9200201304552

PAUTA: 12/03/2025

JULGADO: 12/03/2025  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
RECORRIDO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689  
CORRÉU : J A B R R  
CORRÉU : L R DA R

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, 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 Rogerio Schietti Cruz.

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) e Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2045280 - SC (2022/0402319-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689

### VOTO-VISTA

#### I. BREVE RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA interpõe agravo regimental contra decisão proferida pelo Exmo. Ministro Sebastião Reis Júnior, relator, que não conheceu do recurso especial, diante da incidência da Súmula n. 7 do STJ.

O acórdão recorrido assim confirmou a sentença, que absolveu o réu da acusação de prática do delito descrito no art. 217-A do Código Penal, *verbis*:

De fato, não vejo dificuldades em identificar tanto autoria quanto materialidade, em que pese a veemente negativa do réu. A prova testemunhal mostrou-se bastante coerente - todos os depoimentos da fase policial foram confirmados em Juízo. Creio então que a prova seja suficiente para apontar tanto a ocorrência da relação sexual quanto seu autor. A dinâmica dos fatos, aliás, nem permite outra conclusão, como também, penso eu, revele que a conduta em questão está para além de alguma tipificação penal.

Neste ponto, não se ignora a Súmula 593 do STJ em 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".

No entanto, a questão por si cuida de tema delicado, tanto é verdade que o próprio STJ flexibilizou o entendimento assentando que "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" (AREsp n. 1.555.030/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18.5.2021).

A vulnerabilidade presumida em face da pouca idade da vítima vem sendo tratada de modo bastante ortodoxo, frio, matemático: o recorrente foi réu pelo só-fato de ter mantido relação sexual com a vítima; não se considera o cenário em que os fatos se ambientam, e tampouco seus atores. Seu crime é, pois, o cometimento de ato sexual, pura e simplesmente, com menor de quatorze anos.

Muito se discute em torno da presunção de vulnerabilidade. Não me interessa as miudezas do tema, mas razão dessa prescrição legal, de fácil constatação: considera-se a imaturidade da vítima, ou alguma condição particular que lhe impeça o completo discernimento da realidade.

Assim, se um adulto comete algum ato libidinoso com um menor, aponta-se o domínio daquele sobre este, por ter plena consciência dos desdobramentos de sua conduta - quer em relação à vítima, quer em relação a si mesmo - e, de outro vértice, supõe-se que a imaturidade da vítima a torna refém do adulto, mais experimentado.

[...]

Mas há algo mais: quando se presume a submissão do menor ao jugo do adulto considera-se o fato de que a relação dali desenrolada não permite reciprocidade, uma vez que aquele - o menor - é apenas o objeto de um jogo de sedução vocacionado a um fim único, o de satisfação da lascívia do seu algoz. **Não há indagação maior quanto à eventual satisfação da vítima, que é de todo indiferente, pois em qualquer caso ela servirá unicamente aos desejos do agressor.**

A presunção de vulnerabilidade exige da vítima, formalmente, a idade de 14 anos; é o critério com qual, por ficção legal, afirma-se a imaturidade sexual. Todavia, no Brasil não apenas o menor de quatorze, mas o menor de 18 é considerado legalmente incapaz do ponto de vista penal (critério também objetivo com o qual se qualifica a capacidade do autor). Veja-se que, num e noutro

cenário, credita-se a incapacidade àquele com dezoito anos incompletos, seja como vítima (aqui até os quatorze), seja como autor do fato.

Logo, bem por isso, **não se discute propriamente o critério etário adotado pela lei; todavia, ele não pode ser visto de modo absoluto e irrestrito, sobretudo quando a instrução tenha revelado que, em princípio, sequer mesmo houve algum tipo de assédio premeditado em face da vítima.**

[...]

No caso, 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.**

Penso, sobretudo considerando a severidade da norma penal aplicável à espécie - sensivelmente mais rigorosa, veja-se, que a pena inicial do homicídio - que se deva reserva-la àqueles casos em que a prova evidencie o domínio do agente e a busca cega pela satisfação da lascívia. Trata-se do princípio da proporcionalidade, em que, segundo Luiz Flávio Gomes:

[...]

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.

Isso posto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para absolver L. da L. A. da acusação, nos termos do art. 386, III, do

Código de Processo Penal. Via de consequência, voto para negar provimento ao recurso do Ministério Público (fls. 364-365, grifei).

Nas razões deste recurso, o *Parquet* estadual afirma que "a norma penal contém um mandamento cogente de que é proibida a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa não maior de 14 (quatorze) anos, não fazendo qualquer ressalva à circunstância de ter a vítima consentido ou não com o ato. Em outras palavras, a norma estabelece uma presunção absoluta". (fl. 384). Nesse sentido, afirma não ser o caso de aplicação da Súmula n. 7 do STJ e invoca o teor do Recurso Especial n. 1.480.881/PI, julgado sob o rito do repetitivo (Tema 918) bem como da Súmula n. 593 do STJ.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do recurso especial, a fim de que seja restabelecida a condenação do réu como incurso no art. 217-A do CP.

## II. CONHECIMENTO DO RECURSO

Aduziu o Ministro Sebastião Reis Júnior que:

Com efeito, nos termos da decisão agravada, verifica-se de plano que para rever os fundamentos que a instância ordinária utilizou para fundamentar a absolvição do agravado, diante da constatação da carência de substrato probatório suficiente apto a justificar uma condenação, é matéria que inevitavelmente demanda o reexame do acervo fático-probatório, medida essa inadequada, em função do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

[...]

Nesse sentido, 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 Rogério 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 de 25/5/2023 – grifo nosso).

Pela simples leitura dos trechos anteriormente transcritos, percebe-se claramente que o Tribunal local não nega a ocorrência dos fatos praticados pelo réu. **O cerne do raciocínio externado pela Corte local é a manutenção da absolvição com base em conjecturas acerca da suposta maturidade da vítima para manter aquele relacionamento afetivo-sexual, além do dito consentimento da família.**

Atento à constante aplicação do Enunciado Sumular n. 7 do STJ nas hipóteses em que o recurso especial ataca acórdão que afirma não haver, ou haver, dolo na conduta do agente para determinado fim ilícito, parece claro que, no caso do delito em comento, todavia, **o dolo do agente (um adulto de 22 anos) foi o de manter relação sexual com menina de 13 anos à época dos fatos.**

Vale dizer, em determinados crimes, a conduta do agente pode ensejar dúvida quanto ao fim pretendido, **assim como pode haver dúvida quanto a prática em si dos autos, até mesmo da autoria do delito**, e, para a aferição desses elementos (finalidade, autoria e materialidade), imperioso se faz, em tais casos, o exame do arcabouço probatório colacionado aos autos. Entretanto, **na hipótese em exame, os elementos do tipo descritos no art. 217-A Código Penal se encontram, sem qualquer margem a dúvida, no corpo do acórdão impugnado pelo Ministério Público.**

Com efeito, pela leitura do pensamento externado pelo Tribunal *a quo* no voto condutor do acórdão objurgado, considero ter havido, na verdade, uso de mera retórica, para que não fosse aplicada pena. Isso significa dizer que **a Corte de origem, não obstante haja delineado e reconhecido a ocorrência de todos os elementos contidos naquele dispositivo do Código Penal, apenas afirmou que a vítima não se mostrou vulnerável, uma vez que, ocorreu "relação amorosa por meses, espontaneamente passando a conviver em situação análoga a um matrimônio" e que "ambos declararam que as relações sexuais foram consentidas", e que perduraram na casa dos genitores da vítima (os quais também consentiram, portanto, com a ocorrência da relação da filha com o recorrido).**

Esse pensamento, a meu ver, revela **nítida violação do art. 217-A do Código Penal**, porque **em nenhum trecho do acórdão se justificou, com apoio nas provas dos autos, que a intenção do agente não fora a de relacionar-se sexualmente**

com a vítima, nem que esta era maior de 14 anos - únicas hipóteses que afastariam a responsabilidade penal do recorrido.

**Não há, portanto, que se falar na necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostado aos autos.** Aplicar-se-ia a Súmula n. 7 desta Corte caso houvesse controvérsia em torno dos fatos ou se imperiosa fosse a revisão probatória, para a confirmação do relatado pela Corte de origem. **Trata-se, pois, de conferir outra subsunção jurídica à narrativa dos fatos (devidamente comprovada pelo Tribunal de origem), para entender estar, sim, configurada a vontade de agir do art. 217-A Código Penal.**

### III. AS RAZÕES INVOCADAS PELA CORTE ANTECEDENTE

**Ultrapassada a necessidade de conhecimento do recurso,** cumpre lembrar que, conforme orientação firme e reiterada desta Corte e dos demais tribunais do país, “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” (**Súmula 593**).

Esse entendimento sumular decorreu de sólida jurisprudência do STJ que se foi consolidando no sentido do enunciado, notadamente com o julgamento do Recurso Especial nº **REsp 1.480.881/PI (Tema 918)**, submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 3ª S, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015).

Isso implica concluir que há praticamente **uma década** este Tribunal vem decidindo – e assim **orientando a jurisdição dos demais tribunais e juízes do país** – no sentido de **não ser possível relativizar a presunção de vulnerabilidade das vítimas desse delito, como já fora praxe no passado.**

**O entendimento é tão incontroverso que se editou lei em 2018 para acrescentar ao art. 217-A um parágrafo reproduzindo quase integralmente o que diz a mencionada súmula:** “§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.” (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

O que se verifica, entretanto, com a leitura das razões das decisões proferidas pelas instâncias de origem é a **tentativa de reprimir a antiga jurisprudência**, que acabava por delegar ao juiz a **avaliação subjetiva, sempre oscilante e conjuntural** – porque não amparada em nenhum dado científico ou documentalmente comprovado – **sobre a vulnerabilidade da vítima**, tomando como referência o seu comportamento no evento criminoso imputado a quem com ela manteve conjunção carnal, ciente de sua idade inferior a 14 anos.

Não há, portanto, que se falar em reexame de provas, diante da descrição fática incontestada posta nos autos e resulta nítido o propósito de se voltar a tempos em que todo processo por estupro de vulnerável acabava por julgar não a conduta do acusado da conduta delitiva, mas a da vítima, para aferir se ela, pela sua maturidade, por sua experiência sexual anterior, pelo tipo de relacionamento que mantinha com o acusado ou pela existência de consentimento ao ato sexual, era merecedora de proteção jurídico-penal ou não.

Os que se recordam desse tempo bem sabem o **grau de insegurança jurídica que essa jurisprudência produzia**, pois induzia todo tipo de argumentação, pelo acusado, para demonstrar que a vítima não era concretamente vulnerável.

Efetivamente, **abre-se uma perigosa porta de subjetividade judicial**, nefasta aos interesses de crianças e adolescentes (em sua maioria meninas) vítimas dessa grave conduta criminosa a decisão que absolve o denunciado, ao argumento de “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”.

Note-se que o Tribunal local, ao negar provimento à apelação ministerial, chegou a afirmar que "O réu e a vítima mantiveram **relação amorosa por meses, espontaneamente passando a conviver em situação análoga a um matrimônio**".

Ou seja, de acordo com a “**opinião**” da instância de origem, **é preciso**, para a configuração do crime de estupro de vulnerável, **que a vítima seja enganada ou iludida para ceder ao desejo do adulto para que se configure o crime de estupro de vulnerável; ao invés, se houver o consentimento da menina com o namoro - e**

**mais ainda se forem as relações sexuais aceitas pelos pais - não haverá crime em manter relações sexuais com uma menina menor de 14 anos. O ato do adulto, por ter sido consentido pela menina impúbere, torna-se irrelevante para o direito penal.**

Apenas para reforçar o paradoxo de tal entendimento, é de se indagar qual seria a solução se a "namorada" do adulto fosse uma menina de 12 anos, de 11 anos, de 10 anos ... Continuaria a ser penalmente lícita a conduta do adulto de com ela manter relações sexuais, ao argumento de que havia, na verdade, uma relação amorosa?

O que seria uma "relação amorosa"? Simplesmente a que resulta de um relacionamento duradouro e não de uma isolada relação sexual? A repetição, portanto, das conjunções carnavais, no contexto de uma relação duradoura, convolariam o ato inicial, movido por um desejo de satisfação sexual do adulto, em um comportamento penalmente atípico?

As instâncias antecedentes apoiaram-se em argumentos jurídicos e metajurídicos, a partir de uma **realidade fática que entenderam ser diversa da que deu lastro ao julgamento do referido recurso especial em 2015. Foi feito, então, um suposto *distinguishing* em relação ao enunciado sumular do verbete nº 593**, sem reproduzir, embora levando ao mesmo resultado, os argumentos absolutamente contrários ao que esta Corte de vértice, no exercício de sua competência para dar a última e correta interpretação da lei federal, vem entendendo.

Mas, ao assim agir – pelas razões que vamos mais adiante analisar – o Tribunal local **deveria haver dado provimento à apelação do Ministério Público estadual**, por divergir, frontalmente, de súmula e de consolidada jurisprudência em sentido oposto e, mais decisivamente ainda, por **contrariar expresso texto legal: "Art. 217-A, § 5º - As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018"**.

Nesse sentido, refaço as ponderações por mim feitas no voto-vogal no julgamento do **REsp n. 2.015.310/MG**, acerca da inexistência de *distinguishing* entre o caso dos autos e do precedente julgado em recurso especial repetitivo (RESP nº 1.480.881/PI).

Na ocasião ponderei o seguinte:

1. O presente caso é diferente do precedente julgado em recurso especial repetitivo (RESP nº 1.480.881/PI), pois **aqui o acusado tinha 19 anos e a vítima, 12**, ao tempo do crime, enquanto naquele feito o acusado contava mais de 21 anos e a vítima, 8.
2. Houve, em razão do conúbio sexual entre agente e vítima, o nascimento de uma criança devidamente reconhecida e registrada pelo pai.
3. A vontade da vítima e as circunstâncias pessoais denotam ausência de afetação relevante do bem jurídico, a resultar na não necessidade da pena.

Em atenção a tais considerações, podemos ponderar, como contraponto, que:

1. Sim, **o caso é factualmente diferente**, pois as idades do perpetrador e da vítima do crime de estupro de vulnerável não coincidem; todavia, **essa diferença etária não altera a *ratio decidendi*** dos julgados que levaram este Superior Tribunal a editar a Súmula nº 593 do STJ. A não ser assim, sempre se poderá acolher a tese de que ocorre um *distinguishing*, a autorizar a não incidência da jurisprudência sumulada desta Corte, quando as idades não coincidirem com a do precedente-mor citado.
2. **A diferença de idade** entre autor e vítima do estupro efetivamente é menor no presente caso, mas isso **não autoriza a desconstituição de um crime** que, para aperfeiçoar-se, exige apenas a imputabilidade do agente e a vulnerabilidade da vítima, sob pena de criarmos um critério não abrigado em lei e sempre sujeito a avaliações subjetivas do julgador (voltaremos essa questão mais adiante). E, quanto à circunstância de que “houve o nascimento do filho do casal”, parece-me que tal fato torna ainda mais gravosa a conduta do agente, porquanto **precocemente impõe a maternidade à vítima, cuja idade implica riscos à sua saúde física e mental, bem como subtrai-lhe a vivência da adolescência como tal e lhe adjudica tarefas e responsabilidades de uma pessoa adulta, sem ter ainda, para tanto, o necessário amadurecimento de sua constituição física e psíquica**. Não por outro motivo, o legislador penal estabeleceu uma causa de aumento de pena para o delito em apreço, quando da ação delitiva resultar gravidez da vítima (art. 234-A, III, do CP).
3. **No caso dos autos ficou registrado, inclusive, que a vítima teria tentado realizar o aborto legal, o que lhe foi negado, além do fato de a criança nascida da violação ter sido entregue à mãe da vítima para criação.**
4. **Não há vontade válida da vítima em casos tais, quer para consentir livremente o ato sexual, quer para, posteriormente, decidir se o réu deve ou não ser processado.** A lei é clara (art. 217.A, § 5º “As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Ademais, a ação

penal é pública incondicionada, não demanda representação ou nenhuma manifestação da vítima para seguir seu iter até a sentença definitiva.

Deveras, em casos como o dos autos – em que a conclusão esposada pela Corte de origem está em total dissonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior -, o relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a **dar provimento** ao recurso especial contra acórdão contrário a tese fixada em súmula do STJ ou tese estabelecida em julgamento de repetitivo ou repercussão geral, nos termos do art. 932, V, "a" e "b", do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", do RISTJ.

#### **IV. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PROTETORA DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA**

É preciso relembrar as razões postas no voto condutor do acórdão no **REsp Repetitivo n. 1.480.881/PI**. O acórdão então recorrido também referiu que:

a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade.

Na ocasião, ao proferir voto como relator, salientei:

**Vê-se que o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu.**

A referência à imagem da “criança libertina” ou “criança provocadora”, mencionada pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre *História do estupro*, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradas as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de

instrução para a tenra idade”, **fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos para satisfazer sua lascívia.** (VIGARELLO, G. *História do estupro*. Violência sexual nos séculos XVI – XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com **"grau de discernimento"**, segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que **"nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade"**. Desse modo, **tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo.**

Da alusão feita, no acórdão, ao comportamento da mãe da vítima se infere quão atual é a antiga observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que “elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais” (DEL PRIORE, M. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

O voto condutor do acórdão faz menção também a **"valores culturais internalizados (a tradição)"**, o que **parece justificar a permanência de práticas coloniais e imperiais como as relatadas** pela referida historiadora:

[...]

O **desvio teleológico da função de julgar** passou ao largo da análise dos demais integrantes do órgão julgador. Preferiram reduzir a questão a uma lógica tão simples quanto perversa: **se a criança (tinha menos de 12 anos** quando o réu com ela manteve a primeira relação sexual) desejou, ou mesmo buscou, o contato íntimo, caracterizado pelo **"discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para prática do ato"** (fl. 198), no sentido de que sabia o que fazia, o comportamento do réu é irrelevante para o direito penal.

**Não se vê no acórdão impugnado qualquer referência à história de vida da vítima**, de tal modo a se poder aferir se os magistrados que decidiram absolver o recorrido, por conta da alegada livre e lúdica vontade da vítima de com ele manter prática sexual, apoiaram seu convencimento em elementos probatórios encontrados nos autos que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, sua conduta familiar e social etc.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia concilli* da vítima.

[...]

**É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas.** A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por **desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce**, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalantar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, **cicatrices físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas**, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

**Não. A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes**, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta.

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. **O tema é essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado.** A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária.

[...]

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade.

Especificamente acerca da **inaplicabilidade da adequação social**, o julgado foi ainda mais esclarecedor:

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – o qual, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.

Com efeito, a aclamada **aceitação do relacionamento**, por parte da comunidade em que vivem os envolvidos, **desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227 da CF), bem como na Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º).**

**Em uma palavra, a relatada anuência a esse convívio amoroso (e sexual), por parte das pessoas próximas ao acusado e à vítima, não legitima o ilícito penal em questão, sendo totalmente desimportante, para fins penais, o fato de a mãe da vítima (ou qualquer outra pessoa de seu povoado) ter contraído matrimônio aos 13 anos de idade (ou menos).**

**A tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista – ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, como a descrita nos autos – segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas.**

A tradição, neste caso, não deve servir para abrandar a conduta ilícita do réu, pois à criança são assegurados, nos níveis constitucional e infraconstitucional, direitos inerentes à condição de infante e a ela não podem ser impostas obrigações típicas de

um adulto. É de conhecimento geral que meninas que se casam em tenra idade – ainda que por opção e consentimento –, são impedidas (também pelos costumes, ou pela própria realidade) de estudar e exercer atividades infantis, para poder gerar filhos e cuidar da pesada carga de afazeres domésticos.

Nesse sentido, oportunas são as considerações de João JOSÉ LEAL e Rodrigo JOSÉ LEAL, em *Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado* (Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 32, out-nov/2009, p. 65-66):

[...] Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode-se dizer que a incriminação da conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida. Parece-nos que **o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a ideia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser penalmente garantida contra qualquer ato de natureza sexual.**

Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece-nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade - no caso, uma criança ainda - atenta contra os bons costumes ou, como diz a nova rubrica do Título VI do CP, "contra a dignidade sexual. Em consequência, a lei considera tal conduta sexual ou libidinosa como um ato sexual de evidente violência, que precisa ser reprimido de forma mais severa. O rigor penal se manifesta pela quantidade maior de pena legalmente cominada e, também, pela hermenêutica jurisprudencial, que admite o beijo na boca ou na genitália como ato capaz de configurar o crime de estupro (antes, de atentado violento ao pudor) .

**Entende o Direito Penal que, durante a infância, período de vida fixado até determinada idade, a criança encontra-se num processo de formação, seja no plano biológico, seja no plano psicológico e moral. Dessa forma, se o agente mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso com alguém menor de catorze anos, o bem jurídico penalmente protegido é considerado indisponível de pleno direito (Destaquei).**

Pertinentes, a esse propósito, são as informações extraídas de documento publicado pelo Unicef (*Minimum age of sexual consent*) acerca da idade mínima para o consentimento sexual. O texto deixa claro que o objetivo de se estabelecer critério etário mínimo para incursão na vida sexual é a proteção de crianças e

adolescentes de abusos e das consequências da atividade sexual prematura sobre seus direitos e desenvolvimento. Um dos pontos destacados é a gravidez antecipada de adolescentes, circunstância que determina o abandono das escolas pelas meninas. O documento assevera ainda:

[...]

As normas internacionais não indicam qual a idade mínima para consentimento sexual. O Comitê de CRC considerou 13 anos como "muito baixo". A idade deve, porém, evitar o excesso de criminalização dos comportamentos dos adolescentes e impedir o acesso aos serviços. Assim, deve respeitar a capacidade de desenvolvimento da criança e não ser estabelecida em patamar muito elevado. Também deve ser considerado como critério a diferença de idade entre os parceiros envolvidos, como uma indicação do equilíbrio de poder entre eles, para tratar os casos em que dois adolescentes menores de idade estão envolvidos.

Em toda a região, a esmagadora maioria dos países estabeleceu a idade mínima para consentimento sexual entre 14 e 16 anos. No entanto, alguns países fixam uma idade inferior a 14 anos ou acima de 16 anos.

Em vários países, a legislação discriminatória persiste, com base em gênero e orientação sexual (Tradução livre do texto encontrado em [http://www.unicef.org/rightsite/433\\_457.htm](http://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm), acesso em 21/8/2015).

Ao concluir, acentuam-se os riscos à saúde a que estão submetidas crianças e adolescentes que cedo ingressam na vida sexual, particularmente porque, dada a falta de informações, estão mais vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis. Por fim, deixa claro que **o estabelecimento de idade mínima para que a adolescente possa livremente consentir ao ato sexual é algo presente na generalidade dos países da América Latina.** Confira-se:

Quatro países da região estabeleceram a idade mínima para o consentimento sexual abaixo de 14 anos. São eles Argentina, Costa Rica, México e Uruguai. Outros dez estabeleceram essa idade em 14 anos. A maioria dos países do Caribe definiram a idade mínima em 16 anos. Na República Dominicana e no Equador, a idade é fixada em 18 – que pode ser considerada particularmente elevada, tendo em vista que naquele país, por exemplo, os dados indicam que 28,4 por cento dos adolescentes são mães com a idade de 18 anos e as meninas podem se casar aos 15 anos de idade, com o consentimento dos pais (Tradução livre).

## V. CASAMENTO INFANTIL E GRAVIDEZ PRECOCE COMO PANO DE FUNDO DA QUESTÃO EM EXAME

Ciente de que, no caso ora em exame, não há notícia de gravidez da ofendida, entendo importante pontuar as seguintes considerações sobre o tema em epígrafe, até porque já houve processos julgados em ambas as Turmas desta Seção em que o nascimento de uma criança a partir do relacionamento entre o adulto e a vítima serviu até mesmo como reforço argumentativo para afastar a responsabilidade penal.

Segundo a Agência Câmara de Notícias,

**o Brasil ocupa o quarto lugar no mundo em casamentos infantis, segundo pesquisa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef).** Perde apenas para Índia, Bangladesh e Nigéria. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), o casamento infantil é a união formal ou informal em que pelo menos uma das partes tenha menos de 18 anos" (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/853645-dados-do-unicef-apontam-que-o-brasil-ocupa-o-4o-lugar-em-casamentos-infantis-no-mundo/>, grifei).

A matéria pontua que o tema foi debatido na Comissão Externa sobre Violência Doméstica contra a Mulher e que, na oportunidade, foram destacadas as agruras enfrentadas pelas meninas brasileiras submetidas a uniões conjugais precoces, entre elas o abandono escolar e a convivência com maridos mais velhos, não sem olvidar de gestações indesejadas, as quais geram riscos à saúde física e mental dessas crianças e adolescentes.

A propósito, nos dizeres de Cardoso, Valério, Ramos e Machado:

[...] o casamento infantil é uma situação existente no Brasil, e abordá-lo exige o reconhecimento dos fatores que o predispõem. **Os impactos do matrimônio infantil podem ser individuais e coletivamente extensivos, e mesmo que as questões que o propiciam variem entre culturas, as desigualdades socioeconômicas, a ausência de vínculo escolar e o acesso limitado aos cuidados em saúde sustentam essa prática.** Além disso, existem indícios consideráveis de que a prática do casamento infantil perpetua a **discriminação de gênero e põe em risco as chances de saúde e vida, em especial de meninas e mulheres**" ("Casamento infantil no Brasil: uma análise da Pesquisa Nacional de Saúde". Ciência e Saúde Coletiva, v. 2, n. 27, fev. 2022. DOI <https://doi.org/10.1590/1413-81232022272.41692020>. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/zxRcykHLwb5cb7PbCwCg7rH/>>, destaquei).

Ainda, de acordo com recente matéria jornalística, publicada no portal do médico Drauzio Varella, "[p]ara a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS/OMS), **a gravidez na adolescência continua sendo um dos principais fatores que contribui para a mortalidade materna e infantil e para o ciclo de doenças e pobreza**" (RIBEIRO, Maiara. *Gravidez na adolescência: quais são os impactos?*. Drauzio. 28 dez. 2022. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/saude-publica/gravidez-na-adolescencia-quais-sao-os-impactos/>).

A autora explica que “[p]ara a menina gestante, existe maior risco de mortalidade materna, [eclâmpsia](#), [diabetes gestacional](#), [hipertensão](#), [anemia](#), [infecções urinárias](#) e [infecções sexualmente transmissíveis \(IST\)](#). Para o bebê, existe maior probabilidade de [parto prematuro](#), baixo peso ao nascer (menos de 2,5 kg), desnutrição fetal nos casos em que a mãe têm anemia, malformações e [síndrome de Down](#)”. Sobre os impactos psicológicos e sociais da gravidez na adolescência, ficou registrada a dificuldade que as meninas têm para entender a situação, bem como o lamento em ter de abandonar os estudos, além de terem de lidar com a questão da autoimagem, o que pode impactar a autoestima e a maneira como a menina se enxerga.

Acerca dos **prejuízos à saúde física e mental decorrentes de gravidez em crianças e adolescentes**, Oliveira, Coimbra e Pereira assinalam:

Segundo Tavares e Barros (1996) **tem sido descrita uma maior prevalência de doenças associadas à gravidez em adolescentes por comparação com grávidas mais velhas, o que leva a classificar a gravidez na adolescência por si só, como uma gravidez de risco**. Também a WHO (2006) refere que existem riscos para a saúde associados à gravidez na adolescência, que estão intimamente ligados ao facto de a maioria das adolescentes serem primíparas, de terem **maior probabilidade de parto pré-termo, maior probabilidade de mortalidade no parto e ainda a elevada taxa de mortalidade de recém-nascidos filhos de mães adolescentes**. Outros estudos apresentam como **principais intercorrências clínicas as infecções urinárias, anemia, pré-eclâmpsia** (Magalhães et al., 2006); **doença hipertensiva associada à gravidez, parto pré-termo, baixo peso à nascença, desproporção feto-pélvica, placenta prévia, sofrimento fetal agudo intraparto, complicações no parto e puerpério** (Ribeiro et al., 2000; Jolly et al., 2000; Nogueira et al., 2001 cit. por Yazlle, 2006); **desnutrição, sobrepeso, hipertensão e depressão**

**pós-parto** (Belarmino et al., 2009; Freitas & Botega, 2002; Furlan et al., 2003, Michelazzo et al., 2004; Silveira et al., 2004; Yazle et al., 2002 cit. por Dias & Teixeira, 2010).

O consumo de substâncias nocivas, nomeadamente o tabaco e o álcool também contribuem para a ocorrência de complicações na gravidez adolescente (Magalhães et al., 2006). Apesar disso, as diferenças de saúde observadas entre jovens e mães mais velhas, têm sido menos evidenciadas em estudos recentes, o que se pensa ser devido à melhoria nos cuidados de saúde dirigidos a jovens mães. De facto, alguns autores referem que as complicações podem ser reduzidas se as adolescentes iniciarem precocemente a vigilância pré-natal e receberem acompanhamento adequado durante o período da gestação, o que nem sempre acontece devido essencialmente à dificuldade em reconhecer e aceitar a gravidez (Yazle, 2006).

Também Coley e Chase-Lansdale (1998) se encontram em consonância com os estudos de Yazle (2006) **ao considerarem que os problemas de saúde diagnosticados nas grávidas adolescentes se encontram, muitas vezes, mais associados à pobreza e à ausência de cuidados pré-natais do que à idade per se.** De facto, a gravidez na adolescência é muitas vezes acompanhada por percursos pautados pela pobreza e **exclusão social, ocorrendo sobretudo junto das adolescentes que vivem nas situações mais desfavorecidas do ponto de vista social, económico, pessoal e cultural** (Figueiredo, Pacheco & Magarinho, 2004). Diferentes estudos têm apresentado o baixo estatuto socioeconómico dos pais, baixas qualificações académicas, más condições de habitação, a exclusão do sistema escolar e profissional, o desconhecimento da contraceção e planeamento familiar e a pobreza, como características prevalentes na gravidez adolescente (Figueiredo, Pacheco & Magarinho, 2004; Grande, 1997; Tavares & Barros, 1996). Para a Associação para o Planeamento da Família (2007) **a maternidade adolescente é um fator de reprodução da pobreza, dificultando o empoderamento, a inclusão social** e reduzindo as oportunidades das raparigas em quebrar o ciclo da pobreza (OLIVEIRA, Maria; COIMBRA, Vânia; PEREIRA, Ana. Complicações na gravidez adolescente em situação de risco social. Revista E-Psi, 35-50. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/110052/2/241904.pdf>, destaquei).

Sobre as **consequências emocionais que marcam crianças e adolescentes gestantes**, Silva e Abrão enfatizam o **impacto psíquico da gravidez** na categoria objeto da pesquisa:

Para Bergamaschi e Praça (2008), a gravidez na adolescência pode se sobrepor à crise da adolescência, pois exige, além de todo

um mecanismo para reestruturar a sua identidade, ao abandonar o papel e os padrões infantis. **A gravidez, ocorrendo nessa fase da vida, aciona uma nova busca para redefinição de papéis, com novos conflitos capazes de acarretar uma maior desestruturação da personalidade, articulada com mudanças orgânicas e psíquicas.** O processo de constituição da maternidade inicia-se antes da concepção do bebê, ou seja, desde as primeiras relações e identificações da mulher, passando pela atividade lúdica, infantil, adolescência, o desejo de ter um filho e a gravidez propriamente dita. A gravidez é um momento de significantes reestruturações na vida da mulher e no papel que esta exerce, porque ela tem de passar da condição de só filha para também de mãe e reviver experiências anteriores (Piccinini, Gomes, Nardi & Lopes, 2008). Segundo Dadoorian (2003), não só no Brasil, mas no mundo todo, a incidência de gravidez na adolescência vem aumentando significativamente. Aqui, de acordo com os dados estatísticos apresentados pelo SUS, no ano de 2000, dos 2,5 milhões de partos realizados nos hospitais públicos do país, 689 mil eram de mães adolescentes com menos de 19 anos de idade, sendo que a maioria das adolescentes grávidas pertencia às classes populares (Dadoorian, 2003). No contexto brasileiro, embora a fecundidade das jovens entre 15 e 19 anos tenha declinado nos primeiros anos do século XXI, ainda se pode afirmar que há um rejuvenescimento da fecundidade, no país, visto que foram registrados 559.991 nascimentos de mães com menos de 19 anos, em 2013 (Vieira, 2017). De acordo com uma notícia publicada pela Organização das Nações Unidas (2018), a estimativa mundial é de que, para cada mil nascimentos, 46 deles sejam frutos de gestantes de 15 a 19 anos de idade. Relevante citar que o Brasil supera a estimativa mundial, elevando, em seu território, a taxa para 68,4 nascimentos, o que supera inclusive a taxa prevista na América Latina e no Caribe, os quais apresentam uma estimativa de 65,5 nascimentos.

[...]

Com os dados obtidos e analisados, é possível afirmar que ter um filho, no período da adolescência, **não seria prioridade na vida das adolescentes participantes.** Engravidar, nessa etapa da vida, além de gerar medo e insegurança, tem ocasionado para elas uma pausa nas atividades normalmente desenvolvidas e proporcionado maior dependência com relação aos familiares. O impacto da notícia e o despreparo para ter um filho com tão pouca idade estão presentes em ambas as participantes. **Ora, mesmo para a que aparenta viver um contexto um pouco mais adulto, pelo fato de estar casada e não morar com os pais, a repercussão da notícia, num primeiro momento, veio como algo negativo e inesperado.** No entanto, tanto pelo discurso, mas especialmente pela técnica do desenho-estória com tema, ficou evidente que a adolescente casada está mais preparada e enxerga um pouco mais a realidade vivida do que a outra adolescente, pois, ao desenhar as duas adolescentes solicitadas, uma antes da gravidez e outra depois, a adolescente casada desenhou os olhos das figuras com contorno e os preencheu internamente. Todavia, a outra

adolescente, a qual ainda não se casou e não possui a estrutura de uma vida adulta, desenhou apenas o contorno dos olhos das adolescentes, sem preencher a região interna, algo um tanto simbólico, diante da sua falta de visão perante a sua nova realidade (SILVA, Graziela Vasconcelos da; ABRAO, Jorge Luiz Ferreira. Experiências emocionais da gravidez na adolescência: entre expectativas e conflitos. **Bol. - Acad. Paul. Psicol.**, São Paulo , v. 40, n. 98, p. 63-72, jun. 2020 . Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-711X2020000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2020000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 3 fev. 2023, destaquei).

Outros relevantes aspectos que envolvem os prejuízos sofridos por crianças meninas levadas ao matrimônio, ainda que acreditem fazer essa escolha, foram traçados por Veiga e Zanello Loyola no artigo científico “Escolher é ser escolhida: meninice, pobreza e casamento infantil no Brasil”. De início, as pesquisadoras nos revelam os números que envolvem o casamento infantil no Brasil:

A recorrência da maternidade na adolescência é um dado apontado pelo Censo de 2010 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE], 2014). **Segundo este relatório, mais da metade (56,8%) das adolescentes entre 15 e 17 anos com filhos estavam fora da escola e do mercado de trabalho, enquanto apenas 9,3% daquelas que nunca foram mães encontram-se nessa mesma condição.** Nessa mesma linha, Sousa et al. (2018), em pesquisa quantitativa com meninas de 15 a 19 com filhos de dois anos, constataram que **94,4% das jovens interromperam os estudos em algum momento da vida e meninas com gravidez recorrente e trabalhando foram as mais propensas a abandonarem de vez os estudos.** (VEIGA, M. V. A.; ZANELLO LOYOLA, V. M. (2020). Escolher é Ser Escolhida: Meninice, Pobreza e Casamento Infantil no Brasil. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 36(Especial). p. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102.3772e36nspe18> Acesso em 27 abr. 2023)

Toda essa explanação se faz pertinente para **afastar eventual romantização das circunstâncias apresentadas em um processo criminal de estupro de vulnerável**, cujas consequências e implicações para a saúde física, mental, psíquica e moral da vítima não podem ser desconsideradas ao argumento de que **a punição do agressor ensejará prejuízo maior à ofendida; em verdade, não se tem a**

**dimensão exata da extensão da violência sexual por ela sofrida e do que o relacionamento sexual precoce (e em alguns casos outros, a maternidade) representaram e representarão em seu futuro para fazer-se tal avaliação.**

Em algumas situações concretas - que, impõe enfatizar, demandariam uma averiguação fática, e não apenas serem dadas como demonstradas - a responsabilização penal do agente pode ter repercussões dolorosas para as demais pessoas envolvidas, mas para tanto há de se construir uma outra solução que não pura e simplesmente deixar de punir um conduta que, praticada por um adulto contra uma criança ou menina menor de 14 anos, consubstancia uma clara agressão à liberdade e à dignidade sexual de uma pessoa vulnerável, que não encontrou proteção do Estado e da família para impedir o ato e sua perpetuação no tempo.

Por derradeiro, se vencidos os argumentos que procurei expor neste voto, seria importante definir que tipo de instituto jurídico-penal se está a adotar na solução alvitrada pela Corte de origem e agasalhada no voto do em. relator. Isso porque, sendo certo que houve, no caso em exame, uma conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso do recorrido com a vítima (na forma descrita pelo art. 217-A do CPB), de duas uma: (i) ou se considera atípica a conduta inicial de manter relação sexual com menor de 14 anos, ou (ii) se cria uma causa de extinção da culpabilidade ou da punibilidade pela circunstância de ter havido, após o ato inicial, um relacionamento estável e consentido da menina com o adulto.

Na primeira hipótese, a decisão implica negar o que o texto legal claramente quis dizer e efetivamente disse; na segunda hipótese, a decisão inova no Direito Penal, passando a prever eximente de culpabilidade ou de punibilidade não prevista pelo legislador.

Em qualquer dessas duas situações, parece-me claro que não estamos autorizados a tanto.

## **VI. DISPOSITIVO**

À vista de todo o exposto, e com a vênua do relator, proponho que se dê provimento ao agravo regimental para conhecer e dar provimento ao recurso especial, a fim de **restabelecer a condenação do réu como incurso no art. 217-A, caput, do CP**, por haver sido interposto contra acórdão que contrariou a Súmula n. 593 do STJ, bem assim o Recurso Especial (Repetitivo) n. 1.480.881/PI (**Tema**

**918)**, nos termos do art. 932, V, alíneas “a” e “b”, respectivamente, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, “b”, do RISTJ.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2045280 - SC (2022/0402319-3)

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**AGRAVADO** : **L DA L DO A**  
**ADVOGADO** : **JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689**

### VOTO-VOGAL

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra decisão monocrática do Ministro Sebastião Reis Júnior, que não conheceu do recurso especial, com fundamento no óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado como incurso no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, em virtude de ter se relacionado maritalmente com pessoa de 13 anos de idade, estando à época com 22 anos. Sua pena foi fixada em 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, haja vista o Magistrado de origem ter reduzido a pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria.

Irresignados, tanto o Ministério Público quanto o réu interpuseram recurso de apelação, o qual foi julgado nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 362):

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). CONJUNÇÃO CARNAL ENTRE VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS E OFENSOR COM 22 ANOS. RELAÇÃO CONSENTIDA. RÉU E VÍTIMA QUE PASSARAM A MORAR JUNTOS NA RESIDÊNCIA E COM ANUÊNCIA DOS PAIS DA OFENDIDA. CASO QUE NÃO PODE SER ABSORVIDO POR UMA ANÁLISE BUROCRÁTICA DOS PROTOCOLOS JURÍDICOS. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE RELATIVIZADA E EXCEPCIONALMENTE AFASTADA. ABSOLVIÇÃO DEVIDA. RECURSO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO E DA DEFESA PROVIDO.*

O eminente Relator não conheceu do recurso especial do Ministério Público, registrando que a Corte local absolveu o ora recorrido, haja vista a "carência de substrato

probatório suficiente apto a justificar uma condenação". Dessa forma, concluiu que para desconstituir a conclusão firmada, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é vedado na via eleita.

Destacou no mais que "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, Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/5/2023).

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo regimental, tendo o relator proferido voto pela manutenção da decisão monocrática. A Sexta Turma deliberou, então, afetar o julgamento do processo à Terceira Seção. O Relator manteve seu voto e o Ministro Rogério Schietti Cruz pediu vista, apresentando voto divergente.

Após essa breve introdução, passo a tecer meus comentários sobre o tema.

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 no enunciado n. 593 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, tendo o legislador, por meio da Lei n. 13.718/2018, inserido o § 5º no art. 217-A do Código Penal, dispondo que "As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime".

A distinção realizada pelo Tribunal de origem, com base nos elementos concretos dos autos, não viola a legislação nem infirma a jurisprudência desta Corte Superior. 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.

Ademais, não é possível retirar das instâncias ordinárias a soberania a respeito do exame do conjunto fático e probatório dos autos, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado uma terceira instância recursal bem como o recurso especial não pode ser tratado como nova apelação. Em um país de dimensões continentais, não me parece que a avaliação fática desta Corte deva se sobrepor à das instâncias ordinárias.

Como é de conhecimento, o crime de estupro de vulnerável, atualmente tipificado no art. 217-A do Código Penal, não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a 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 relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado, uma vez que se trata do relacionamento de dois jovens, aceito pela família da vítima, que conviveram maritalmente até a intervenção do Estado.

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

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

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

A condenação de um jovem de 22 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de mais de 6 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*, valendo-se 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 D Je-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, D Je-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 remitar sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, caput, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

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

8. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os princípios da isonomia e da fraternidade (este último tão bem trabalhado pelo em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) não permitem negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de covid-19 o direito de remitar 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 remitar 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, D Je 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, D Je 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, D Je de 17/8/2023; AgRg no HC n. 703.002/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 12/6/2023, D Je 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 AR Esp n. 2.148.714/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, D Je 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 exaustivamente, de uma norma incriminadora em prol do respeito ao compromisso de se evitar constrangimento criminal sempre que possível. [...]

Não se pode depender principalmente de um raciocínio por simples subsunção, seja no direito penal, seja em outras áreas do direito. Há outras lógicas viáveis e mais seguras que cobram atenção também no direito penal, como o raciocínio não monotônico. o emprego dessa lógica não é bizantinismo, ela se traduz em resultados práticos no direito penal (...) Portanto, a derrotabilidade é um instrumento útil para a ideal compreensão do funcionamento teórico e prático do Direito Penal, seja como regra de interpretação, seja como meio de excepcionar a sua aplicação, evitando-a em casos específicos. Uma norma penal pode efetivamente restar derrotada

*conforme a repercussão da conduta que ela regula seja praticamente nula no mundo dos fatos – e essa intelecção aumenta o controle de incriminações legais e judiciais indevidas, combatendo abusos.*  
(SCANDELARI, Gustavo Britta. Adequação social como derrotabilidade no direito penal. Revista IBC Crim, 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, conforme concluiu a Corte local, que a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse encadeamento de ideias, a tese firmada no Recurso Especial n. 1.480.881/PI não se aplica à hipótese dos presentes autos, haja vista as particularidades trazidas, que retiram 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". Conforme bem destacado pelo eminente Ministro Ribeiro Dantas, Relator dos precedentes, "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.

Nesse sentido: AREsp 1555030/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021; REsp 1524494/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 28/5/2021 ; 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; 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; 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; 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; 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.

Em situação semelhante, a Desembargadora Vanderlei Teresinha Kubiak, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observou que em que pese a atuação da vítima e seu companheiro não retrate a conduta esperada, em tese, por indivíduos em idade

análoga, a menor e o indiciado mantiveram um relacionamento afetivo, com moradia comum e conhecimento das famílias envolvidas. Logo, não se trata de uma situação de abuso sexual, mas de indesejada precocidade, estimulada pela mídia - novelas, filmes, seriados e outros programas de televisão. Por este raciocínio, seria uma "hipocrisia" impor pesada pena ao jovem denunciado. (<https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/tj-rs-absolve-acusado-estupro-sexo-menor-14-anos/>).

No âmbito da Quinta Turma, aliás, a jurisprudência mais recente, em casos como o dos autos, a decisão passou a ser unânime:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - CP. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRETENSÃO CONDENATÓRIA RECHAÇADA. DISTINGUISHING EM RELAÇÃO AO TEMA REPETITIVO N. 918 E SÚMULA N. 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. Apesar da tese firmada no REsp n. 1.480.881/PI preconizar que o consentimento da vítima e a existência de relacionamento amoroso não afastam a ocorrência do crime de estupro de vulnerável, precedentes desta Corte denotam que, em atenção aos interesses da própria vítima e à necessidade de proteção da criança fruto de relacionamento, é possível a distinção para que conduta delitiva não seja punida.*

*2. No caso dos autos, o fato denunciado ocorrido entre junho e julho de 2021 reporta vítima com 13 anos e agravado com 20 anos que tiveram o relacionamento sexual consentido descoberto pelo Conselho Tutelar, culminando com registro de ocorrência e imposição de medidas protetivas. Momentaneamente interrompidos, os encontros persistiram, com conhecimento da família da vítima, sendo a existência de gravidez noticiada pela mãe da vítima já durante a instrução criminal, após um ano e meio do delito. Na sentença, afirmou-se que agravado e vítima ainda estavam juntos, com conhecimento dos familiares, embora não morassem sob o mesmo teto.*

*2.1. Destarte, deve ser mantida a absolvição, em atenção à conclusão das instâncias ordinárias no sentido de que a condenação do agravado acarretaria efeitos mais gravosos para a vítima e para o nascituro.*

*3. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no REsp n. 2.118.545/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN de 24/2/2025.)*

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

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 recorrido. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a manutenção da opção absolutória na perspectiva da ausência de tipicidade material.

Em suma:

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

Anoto, por relevante, que a possibilidade de distinção em casos como o dos autos já foi firmada por esta Corte Superior em outros processos, sem que houvesse sequer recurso ao Supremo Tribunal Federal. Exemplificativamente: AResp 2.389.611 /MG, Resp 2.019.664/CE, Resp 2.029.009/RN e AResp 2.177.806/CE. Ademais, nos casos em que o tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal, prevaleceu a possibilidade de se proceder ao *distinguishing*.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INCIDÊNCIA DE ÓBICE FORMAL: ENUNCIADO Nº 283 DA SÚMULA DO STF. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A). PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE.*

***DISTINGUISHING: PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO: INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.***

*1. Não houve, nas razões do recurso extraordinário interposto, a impugnação específica dos fundamentos constantes do acórdão recorrido, na forma preconizada pelo enunciado nº 283 da Súmula do STF. À míngua de impugnação clara e específica das premissas assentadas pelo Tribunal a quo, inadmissível se torna o recurso extraordinário.*

*2. Ainda que superado o óbice processual para conhecimento do apelo extremo, no mérito, faz-se de rigor o seu não provimento, porquanto o acórdão absolutório não violou o princípio da proporcionalidade. Ao contrário, bem o observou quando reconheceu a necessidade de adequação social do fato reputado criminoso e, por consequência, fazendo-o em correto juízo de ponderação entre os valores e princípios constitucionais.*

*3. Em que pese a jurisprudência desta Corte haver assentado que é absoluta a presunção de violência em crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), neste caso torna-se de rigor o distinguishing, com valores constitucionais que se sobrelevam e se fazem expressar pelo princípio da adequação social, como judiciosamente considerado pelo acórdão absolutório.*

***4. Agravo regimental ao qual se dá provimento para, por via de consequência, negar provimento ao recurso extraordinário, restabelecendo-se o decreto absolutório.***

*(ARE 1269669 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 09-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-10-2023 PUBLIC 31-10-2023)*

No mesmo sentido são as decisões monocráticas proferidas no HC 240.863 /PB, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 20/05/2024, e no RHC 212.345/DF, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, julgado em 22/4/2022.

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. De fato, em especial no direito penal, mister se faz o olhar atento às particularidades do caso concreto.

Pelo exposto, peço vênia à divergência, para acompanhar o eminente Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, mantendo, assim, a aplicação do verbete n. 7 da Súmula desta Corte Superior, haja vista a possibilidade de se proceder à distinção no caso concreto. Referida conclusão não invalida a tese firmada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no verbete sumular n. 593/STJ, que devem ser mantidos como regra.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2022/0402319-3      PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.045.280 / SC  
AgRg no  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007459120148240083 00080201302014 0192014 192014 276613  
7459120148240083 80201302014 9200201304552

PAUTA: 12/03/2025

JULGADO: 03/04/2025  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
RECORRIDO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689  
CORRÉU : J A B R R  
CORRÉU : L R DA R

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689

**CERTIDÃO**

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, dando provimento ao agravo regimental para conhecer e dar provimento ao recurso especial, a fim de restabelecer a condenação do réu como incurso no art. 217-A, caput, do CP, por haver sido interposto contra acórdão que contrariou a Súmula n. 593 do STJ, bem assim o Recurso Especial (Repetitivo) n. 1.480.881/PI (Tema 918), nos termos do art. 932, V, alíneas "a" e "b", respectivamente, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "b", do RISTJ, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Messod Azulay Neto e Og Fernandes, e o voto vogal do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, acompanhando o Sr. Ministro Relator, mantendo, assim, a aplicação do verbete n. 7 da Súmula desta Corte Superior, haja vista a possibilidade de se proceder à distinção no caso concreto, sob o entendimento de que a referida conclusão não invalida a tese firmada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no verbete sumular n. 593/STJ, que devem ser mantidos como regra, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador convocado do TJ/SP), Carlos Cini Marchinatti (Desembargador convocado do TJ/RS) no mesmo sentido, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Messod Azulay Neto e Og Fernandes que davam

2022/0402319-3 - REsp 2045280 - Petição : 2024/0096742-2 (AgRg)

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2022/0402319-3      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.045.280 / SC**  
AgRg no  
MATÉRIA CRIMINAL

provimento ao agravo.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Messod Azulay Neto e Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2045280 - SC (2022/0402319-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : L DA L DO A  
ADVOGADO : JACOB CASSETTARI JUNIOR - SC026689

### VOTO-VOGAL

**O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES:** Esclareço que, iniciado o julgamento do feito perante a Sexta Turma, onde apresentei voto-vista, o caso foi afetado à Terceira Seção. Neste órgão, pediu vista o Ministro Rogerio Schietti Cruz, razão pela qual registro o presente voto, com o entendimento já externado naquela Turma.

O debate em questão consiste em saber se a conjunção carnal entre uma adolescente de 13 anos e um homem de 22 constitui estupro de vulnerável mesmo quando tenha havido, para a manutenção das relações sexuais, consentimento da menor e convívio marital na casa de seus genitores por alguns meses.

Havendo clareza acerca dessas premissas, que não foram controvertidas no recurso especial, a pretensão do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (recorrente) limita-se à **verificação abstrata sobre a natureza da proibição da norma que criminaliza o estupro de vulnerável – se absoluta ou passível de relativização quando presentes certos elementos fáticos**, tais como os inequivocamente fixados no caso dos autos.

Parece possível, assim, externar uma conclusão em tese sobre a aplicação da lei federal, análise que não depende da reavaliação dos fatos e das provas, **razão pela qual entendo que o recurso especial comporta conhecimento**.

A questão em apreço **já foi objeto de mecanismos de sedimentação da jurisprudência neste Tribunal Superior**, havendo súmula e recurso repetitivo sobre a matéria.

Ao julgar o REsp n. 1.480.881/PI, paradigma do **Tema n. 918 do STJ**, relator o Ministro Rogério Schietti, foi fixada a seguinte tese de natureza vinculante, **adotada sob o rito dos recursos especiais repetitivos**:

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.

Ainda, foi editada a **Súmula n. 593 do STJ** sobre a mesma questão nos seguintes termos:

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.

**A existência de súmula e de tema repetitivo suscita relevante questão processual.**

Havendo tese repetitiva, fixada pela Terceira Seção no exercício de competência delineada pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, configura-se a **vinculação horizontal do precedente**, com desdobramentos que vão além do efeito persuasivo típico da jurisprudência não vinculante.

Por isso, a adoção de entendimento diverso na aplicação da matéria, estando presentes os mesmos pressupostos fáticos envolvidos no julgamento do Tema n. 918 do STJ, só pode ocorrer por deliberação do próprio órgão que fixou a tese, no caso, a Terceira Seção, **não se constatando, por outro lado, elementos para realização da distinção (*distinguishing*)**.

Feito o apontamento de natureza processual, **passo a considerações de mérito**.

Até a edição da Lei n. 12.015/2009, houve dissonância jurisprudencial sobre a possibilidade de os elementos culturais ou sociais servirem de fundamento para afastar a presunção de violência contida na prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com criança ou adolescente menor de 14 anos.

Contudo, desde a mencionada lei, **o nosso ordenamento passou a não comportar exceções**, como bem elucidada o voto proferido pelo Ministro Rogério Schietti no acórdão prolatado pela Terceira Seção ao julgar o REsp n. 1.480.881 /PI, **paradigma do referido Tema n. 918 do STJ**:

Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos "crimes contra os costumes" – **as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09** ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, **não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.**

Nessa ordem de coisas, a Súmula n. 593 do STJ, aprovada pela Terceira Seção em 25/10/2017, e especialmente o Tema n. 918 do STJ, cuja tese foi fixada em acórdão unânime, julgado em 26/8/2015, **apenas ecoam a atual opção legislativa, inserida no Código Penal pela Lei n. 12.015 de 7/8/2009, promulgada com o objetivo de ampliar a proteção à infância e à adolescência e, especialmente, às meninas.**

**Este é o entendimento que possuo sobre a matéria:** a presunção legal de caracterização da violência no crime de estupro de vulnerável cometido contra menores de 14 anos **não pode ser relativizada diante de expressa previsão legal proibitiva**, compatível com os princípios constitucionais de proteção de crianças e adolescentes.

Ainda, qualquer relativização da norma que considere fatos que foram previstos e valorados pelo legislador implica o enfraquecimento da rigorosa proteção projetada pela lei à dignidade sexual de pessoas vulneráveis.

Eis, em suma, a razão pela qual entendo não ser possível a aplicação de distinção: os elementos fáticos do caso em apreço – consentimento da vítima, anuência de terceiros e convivência marital – estão contidos nos pressupostos que resultaram na formação do Tema n. 918 e da Súmula n. 593

do STJ, o que impõe a aplicação da conclusão já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, dotada de eficácia horizontal, ou seja, que alcança o próprio Tribunal.

O fundamento da opção legal, a propósito, deriva do fato de que (i) o consentimento seria apenas suposto, pois afigura-se inválido, uma vez que dado por pessoas a quem a lei expressamente não conferiu tal opção; (ii) a anuência de terceiros, mesmo dos pais, é irrelevante, pois a proteção normativa não conferiu aos genitores a opção de relativizar a proteção conferida pela Constituição e pela lei à dignidade sexual de menores de 14 anos; e (iii) a convivência marital em verdade é prorrogação do que foi subtraído à dignidade sexual da vítima.

O **Supremo Tribunal Federal**, a propósito, externa semelhante percepção, **concluindo pelo caráter absoluto da proibição contida no tipo penal do estupro de vulnerável**. Confirmam-se (grifei):

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Vítima menor de quatorze anos. **Consentimento e existência de relacionamento amoroso. Irrelevância. Presunção absoluta de violência.** Precedentes. Agravo regimental não provido.

1. “Para a configuração do estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos” (HC nº 122.945/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 4/5/17).

2. Agravo regimental não provido.

(RHC n. 192.485-AgR, relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 10/5/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. **CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.** PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO A PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício.

**3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que é válida a presunção legal de violência, em caso de estupro praticado contra menor de 14 (quatorze anos).**

4. O princípio da irretroatividade da lei penal mais benéfica, salvo exceções devidamente justificadas no decisum, não se aplica às interpretações jurisprudenciais. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(HC n. 213.605-AgR, relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 18/11/2022.)

Vale registrar que, apesar da índole infraconstitucional da discussão, a Corte Suprema sempre é chamada a se manifestar a respeito – como, aliás, ocorre de modo corriqueiro na matéria penal – em razão de sua **competência constitucional hierárquica funcional** para syndicar a questão em *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*.

Nesse contexto, a possibilidade de reconhecer a inadequação do conteúdo da norma jurídica para solucionar hipótese concreta que a ela se amolda, hipótese confirmada pelas conclusões já lançadas por este Tribunal Superior em súmula e tema repetitivo, tornaria necessária, ao menos à primeira vista, a deliberação sobre sua (in)constitucionalidade.

Por fim, registro que não desconheço o recente julgado proferido pela Sexta Turma, em situação semelhante, no qual se alcançou conclusão diversa, ficando mantida a conclusão das instâncias ordinárias pela aplicação da Súmula n. 7 do STJ (AgRg no REsp n. 2.107.658/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 3/9/2024, DJe de 13/9/2024, vencido o Ministro Rogério Schietti).

Naquele caso, julgamento do qual justificadamente não participei, constou que teria havido convívio posterior entre a adolescente e o réu **por considerável lapso temporal, aspecto, ademais, inexistente no caso em apreço**, colhendo-se da sentença que acusado e vítima se relacionaram por cerca de 6 meses (fl. 233), **situação que só foi interrompida por denúncia seguida de pronta atuação do conselho tutelar local**.

Nessa ordem de ideias, e com o devido acatamento ao entendimento do eminente relator, a quem peço vênica para divergir, **voto pelo provimento do agravo regimental e, em consequência:**

(i) **pelo provimento do agravo regimental para que se conheça do recurso especial e a ele seja dado provimento**, sendo reformado o acórdão e aplicada a tese vinculante fixada no Tema n. 918 do STJ;

(ii) **subsidiariamente**, se vencido no mérito e se houver entendimento da maioria pela necessidade de discussão da possível inadequação da norma estipulada no art. 217-A do

Código Penal, pela remessa dos autos à Corte Especial, para discussão sobre a (in)constitucionalidade da norma; e

**(iii) subsidiariamente**, ainda, caso vencido também na conclusão de que o debate envolve a aferição da possível inconstitucionalidade do art. 217-A do Código Penal, pela deliberação da Terceira Seção sobre eventual revisão da Súmula n. 593 e do Tema n. 918 do STJ.

É como voto.