



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 772844 - MT (2022/0300614-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : E DE O S (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INAPLICABILIDADE EXCEPCIONAL DO RESP REPETITIVO 1.480.881/PI. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE SEXUAL DA MENOR. ADOLESCENTE QUE POSSUÍA EXPERIÊNCIA E COMPREENSÃO SOBRE OS ASSUNTOS RELACIONADOS AO SEXO. RELACIONAMENTO AFETIVO E SEXUAL ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL NA CONDENAÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ABSOLVER O PACIENTE DA PRÁTICA DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

– O crime de estupro de vulnerável não traz em sua descrição, a necessidade de haver 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 a vítima ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

– Na espécie, verifica-se que a menor antes de se relacionar sexualmente com o paciente, já possuía vida sexual ativa, não havendo nenhuma evidência de emprego de violência, ameaças ou qualquer tipo de artifício por parte dele a ensejar a prática do crime de estupro contra ela, ainda que de forma indireta; pelo contrário, a própria vítima asseverou que eles namoravam há cerca de três anos e que desde o início do relacionamento mantinham relações sexuais, sendo que *ele não foi o primeiro e nem o único a manter relações sexuais [com ela], pois tinha "perdido a virgindade" com Alexandre, seu vizinho* (e-STJ, fl. 37).

– A adolescente já possuía experiência e compreensão sobre os assuntos relacionados ao sexo, e para consentir ou não na prática dos atos sexuais, tanto assim, que manteve um relacionamento afetivo e sexual com o paciente por cerca de três anos, com o intuito de futura constituição familiar.

- Note-se, ainda, que o paciente também era menor de idade à época dos fatos, pois afirmou contar com 16 anos de idade quando começou a namorar e manter relações sexuais com T., ou seja, estavam ambos descobrindo e explorando sua sexualidade, sem terem conhecimento de que tal prática constituiria crime. Observe-se, ainda, que ele afirmou que trabalhava e já estava fazendo planos para casar-se com ela, a indicar que mantinham um relacionamento amoroso estável, com vistas a um compromisso futuro, sem nenhuma intenção de aviltar sua dignidade sexual.
- Nesses termos, reputo que não ficou demonstrada ofensa à dignidade sexual da menor, tampouco lesão ou ameaça à sua formação moral, não sendo o caso de aplicação da tese firmada no Recurso Especial n.º 1.480.881/PI, haja vista as particularidades trazidas, que retiram a tipicidade material da conduta imputada ao paciente.
- Ademais, a condenação de um jovem, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo. Precedentes.
- Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, para absolver o paciente do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de novembro de 2022.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

HABEAS CORPUS Nº 772.844 - MT (2022/0300614-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : E DE O S (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de E. DE O. S., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, no julgamento da Apelação Criminal n. 61425/2014.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido, em primeiro grau de jurisdição, da prática do delito tipificado no **art. 217-A, caput, por várias vezes, n/f do art. 71, ambos do Código Penal**, com espeque no art. 386, VI, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 11/22). Irresignado, o *Parquet* apelou e o Tribunal mato-grossense negou provimento ao recurso para manter incólume a sentença absolutória (e-STJ, fls. 32/44), em acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL - APELAÇÃO MINISTERIAL - ESTUPRO MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS - ABSOLVIÇÃO — INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO — PRETENDIDA CONDENAÇÃO — CONDUTA FORMALMENTE TÍPICA — CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Ante a situação fática narrada nos autos. em que a menor com 13 (treze) anos de idade, portanto, não mais criança, manteve de modo reiterado e consentido relação sexual com o réu, por aproximadamente 03 (três) anos. impor pena ao acusado, tão somente porque manteve relacionamento sexual com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, torna-se um formalismo exacerbado. desarrazoado, injusto e despreza a realidade do caso concreto.

Assim, não basta que o fato (rectius - conduta) seja contrário à lei, ele necessita também ser formal e materialmente típico, e o agente seja culpável. a fim de que se possa cogitar de imposição de pena. No específico aspecto da tipicidade material é que entra a

Superior Tribunal de Justiça

proporcionalidade da reprimenda ao caso concreto, que não vislumbra-se necessária.

Não se pode imputar à pessoa com pouca instrução e em fase de amadurecimento, que acredita que estar agindo de boa-fé, um delito tão grave como o crime de estupro de vulnerável, quando não há violação aos critérios de respeito e dignidade da menor.

A defesa interpôs o AREsp n. 725.308/MT perante esta Corte Superior, havendo o Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO determinado a devolução dos autos à origem para que o recurso especial permanecesse suspenso até o pronunciamento definitivo desta Corte, sobre a matéria afetada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, nos moldes do art. 543-C do CPC, à Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº 1.480.881/PI (DJe 10/2/2015), vinculado ao Tema nº 918.

Após o julgamento do referido *Leading case*, o Tribunal *a quo* julgou o Recurso Especial e, em face da aparente desconformidade do acórdão recorrido com o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, manifestado no recurso paradigma (Tema 918), determinou a devolução dos autos à Terceira Câmara Criminal, nos termos do art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, para a verificação de um possível juízo de retratação (e-STJ, fls. 66/72).

Após essa decisão, o Tribunal estadual reapreciou o *decisum* e, retificando o acórdão recorrido, deu provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente nos termos da denúncia, impondo-lhe a pena de 8 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto (e-STJ, fls. 83/94), em acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - REAPRECIAÇÃO DO RECURSO - INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRETENDIDA CONDENAÇÃO - V. ACÓRDÃO EM DESCONFORMIDADE COM O JULGAMENTO DO TEMA 918 (RECURSO REPETITIVO Nº 1.480.881/PI) - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL QUE DETERMINA A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA FINS DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ACOLHIMENTO - CONDUTA TÍPICA E ANTIJURÍDICA — IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - PRESUNÇÃO ABSOLUTA - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA RETIFICADA - RECURSO PROVIDO.

1- Com base no artigo 543-C. § 7º, II, do CPC. em razão do julgamento do Recurso Especial nº 1.480.881/PI, deve ser acolhida a orientação da Vice-Presidência deste Tribunal e o v. acórdão em

Superior Tribunal de Justiça

desconformidade com o entendimento do citado REsp. deve ser retificado para adequar-se ao posicionamento consolidado do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

2 - É irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos de idade para a prática do ato sexual. Trata-se de legítima escolha do legislador, que, estabelecendo critério objetivo, optou por criminalizar a prática de atos sexuais com pessoas de idade inferior a quatorze anos, por compreender que tais adolescentes encontram-se em desenvolvimento e em estado de vulnerabilidade.

3- Retratação positiva. Recurso provido para condenação do apelado por estupro de vulnerável.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/10), a impetrante afirma que o paciente sofre constrangimento ilegal em sua condenação, ao argumento de que *a situação delineada no acórdão absolutório não se resume ao consentimento ou não da vítima. No caso, para além do consentimento, tem-se a especial particularidade de que o paciente, ainda na menoridade, já mantinha relação com a vítima e estavam namorando há mais de 3 (três) anos com o propósito da constituição de uma unidade familiar* (e-STJ, fl. 8). Desse modo, defende que há a necessidade de se analisar o caso concreto e sua relevância social, e não apenas a subsunção do fato ao tipo penal.

Diante disso, requer a concessão da ordem para absolver o paciente, da imputação que lhe é atribuída.

Por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações, e o Ministério Público, em parecer exarado às e-STJ, fls. 110/114, opinou pela concessão da ordem, para que seja restabelecida a sentença absolutória.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 772.844 - MT (2022/0300614-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : E DE O S (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INAPLICABILIDADE EXCEPCIONAL DO RESP REPETITIVO 1.480.881/PI. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE SEXUAL DA MENOR. ADOLESCENTE QUE POSSUÍA EXPERIÊNCIA E COMPREENSÃO SOBRE OS ASSUNTOS RELACIONADOS AO SEXO. RELACIONAMENTO AFETIVO E SEXUAL ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL NA CONDENAÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ABSOLVER O PACIENTE DA PRÁTICA DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

– O crime de estupro de vulnerável não traz em sua descrição, a necessidade de haver 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 a vítima ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

– Na espécie, verifica-se que a menor antes de se relacionar sexualmente com o paciente, já possuía vida sexual ativa, não havendo nenhuma evidência de emprego de violência, ameaças ou qualquer tipo de artifício por parte dele a ensejar a prática do crime de estupro contra ela, ainda que de forma indireta; pelo contrário, a própria vítima asseverou que eles namoravam há cerca de três anos e que desde o início do relacionamento mantinham relações sexuais, sendo que *ele não foi o primeiro e nem o único a manter relações sexuais [com ela], pois tinha*

"perdido a virgindade" com Alexandre, seu vizinho (e-STJ, fl. 37).

– A adolescente já possuía experiência e compreensão sobre os assuntos relacionados ao sexo, e para consentir ou não na prática dos atos sexuais, tanto assim, que manteve um relacionamento afetivo e sexual com o paciente por cerca de três anos, com o intuito de futura constituição familiar.

– Note-se, ainda, que o paciente também era menor de idade à época dos fatos, pois afirmou contar com 16 anos de idade quando começou a namorar e manter relações sexuais com T., ou seja, estavam ambos descobrindo e explorando sua sexualidade, sem terem conhecimento de que tal prática constituiria crime. Observe-se, ainda, que ele afirmou que trabalhava e já estava fazendo planos para casar-se com ela, a indicar que mantinham um relacionamento amoroso estável, com vistas a um compromisso futuro, sem nenhuma intenção de aviltar sua dignidade sexual.

– Nesses termos, reputo que não ficou demonstrada ofensa à dignidade sexual da menor, tampouco lesão ou ameaça à sua formação moral, não sendo o caso de aplicação da tese firmada no Recurso Especial n.º 1.480.881/PI, haja vista as particularidades trazidas, que retiram a tipicidade material da conduta imputada ao paciente.

– Ademais, a condenação de um jovem, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo. Precedentes.

– Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, para absolver o paciente do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Superior Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação jurisprudencial:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a

concessão da ordem de ofício.

[...] *Habeas corpus não conhecido* (HC n. 320.818/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...] (STF, HC n. 113890, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJe 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

I. Contextualização

Consta dos autos que o paciente, entre os anos de 2011 e 2012, manteve por diversas vezes conjunção carnal com a vítima T. R. S., que à época era menor de 14 anos de idade.

Segundo consta, o paciente e a menor namoravam há cerca de três anos, sem nenhuma insurgência por parte da família dela; todavia, após um desentendimento com sua mãe, ela foi expulsa de casa e procurou abrigo na casa do

dele, razão pela qual, em 27/6/2012, policiais militares foram acionados pelo Conselho Tutelar, em razão de notícia de que a menor teria dormido com o paciente, razão pela qual dirigiram-se à sua residência, vindo a prendê-lo em flagrante.

Narra a adolescente que começou a namorar o paciente quando tinha 12 anos de idade e ele também era menor, sendo que teve sua primeira relação sexual com ele quando tinha 13 anos de idade, e que *não foi forçada a nada, já tendo namorado anteriormente seu vizinho "Alexandre", com quem "perdeu sua virgindade"*.

Eis o necessário ao entendimento do caso.

II. Do mérito

Pois bem, feita esta breve narrativa, busca-se analisar a possibilidade de relativização da norma penal ao caso concreto, não obstante o mero consentimento da vítima para a prática de atos sexuais, não tornar atípica a conduta atribuída ao paciente, nos termos do TEMA 918, desta Corte de Justiça, assim transcrito:

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.

De início, resalto que o estupro de vulnerável não traz em sua descrição, a necessidade de haver 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 a vítima ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

E, da análise dos autos, 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.

Isso porque, da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminadora, 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.

Assim, 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.

E, na espécie, verifica-se que a menor antes de se relacionar sexualmente com o paciente, já possuía vida sexual ativa, não havendo nenhuma evidência de emprego de violência, ameaças ou qualquer tipo de artifício por parte dele a ensejar a prática do crime de estupro contra ela, ainda que de forma indireta; pelo contrário, a própria vítima asseverou que eles namoravam há cerca de três anos e que desde o início do relacionamento mantinham relações sexuais, sendo que *ele não foi o primeiro e nem o único a manter relações sexuais [com ela], pois tinha "perdido a virgindade" com Alexandre, seu vizinho* (e-STJ, fl. 37).

Desse modo, percebe-se que a adolescente já possuía experiência e compreensão sobre os assuntos relacionados ao sexo, para consentir ou não na prática dos atos sexuais, tanto assim, que manteve um relacionamento afetivo e sexual com o paciente por cerca de três anos, com o intuito de futura constituição familiar.

Note-se, ainda, que o paciente também era menor de idade à época

dos fatos, pois afirmou contar com 16 anos de idade quando começou a namorar e manter relações sexuais com T., ou seja, estavam ambos descobrindo e explorando sua sexualidade, sem terem conhecimento de que tal prática constituiria crime. Observe-se, ainda, que ele afirmou que trabalhava e já estava fazendo planos para casar-se com ela, a indicar que mantinham um relacionamento amoroso estável, com vistas a um compromisso futuro, sem nenhuma intenção de aviltar sua dignidade sexual.

Nesse contexto, verifico que a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela 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.

Nesses termos, reputo que não ficou demonstrada ofensa à dignidade sexual da menor, tampouco lesão ou ameaça à sua formação moral, não sendo o caso de aplicação da tese firmada no Recurso Especial n.º 1.480.881/PI, haja vista as particularidades trazidas, que retiram a tipicidade material da conduta imputada ao paciente.

Ademais, a condenação de um jovem, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo.

Ao ensejo, *mutatis mutandis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE

COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.

2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.

4. A condenação do agravado, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 11 anos e 3 meses de

reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017).

6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

7. Destaco, ainda, conforme recentemente firmado pela Quinta Turma, que não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana". A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. (REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

8. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.

9. Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à

continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso criança). Submeter a conduta do envolvido à censura penal levará ao esfacelamento da união do casal, ocasionando na vítima e em seus filhos traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.- Essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009). (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).

10. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AResp n. 2.177.806/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe 4/10/2022).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME COMETIDO QUANDO O AUTOR TINHA 19 E A VÍTIMA 13 ANOS DE IDADE. SÚMULA 593/STJ. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO OU DA EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE IMPOSIÇÃO DE PENA, DIANTE DA EXCEPCIONALÍSSIMA SITUAÇÃO DOS AUTOS. NAMORO ENTRE RÉU E VÍTIMA QUE TEVE CONTINUIDADE, CULMINANDO EM SEU CASAMENTO (QUANDO JÁ ADULTA A OFENDIDA). FAMÍLIA CONSTITUÍDA, COM DOIS FILHOS. NECESSIDADE DE PRESERVAR A ESCOLHA FEITA LIVREMENTE PELA OFENDIDA, COMO FORMA DE EVITAR SUA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. O réu I L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha.

2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a

aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido.

3. O namoro entre réu e vítima teve continuidade, já depois de a moça atingir a idade permitida pela legislação, culminando em seu casamento. Posteriormente, desta união foi gerado um segundo filho, de modo que existe uma unidade familiar constituída livremente pela ofendida, quando esta já tinha idade para consentir.

4. A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana.

5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, dois filhos pequenos, sem o apoio de seu marido.

6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la.

7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e a família por ela constituída.

8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial (AREsp n. 1.555.030/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, para absolver o paciente do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HC 772844

C502490550020@
2022/0300614-9

C457404002002@
Documento

Página 15 de 15

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0300614-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 772.844 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010192420128110039 00011311720178110039 10192420128110039
11311720178110039

EM MESA

JULGADO: 08/11/2022
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : E DE O S (PRESO)
INTERES. : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.