

## VOTO-VISTA

### O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública do Estado de Goiás contra decisão monocrática do eminente Ministro Relator, mediante a qual deu provimento ao agravo em recurso extraordinário para restabelecer a sentença condenatória prolatada pelo Juízo de primeira instância, que condenou o ora recorrente pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), impondo-lhe pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (e-doc. 2, p. 2-14); dessa sentença, foi interposta apelação, pela qual o Tribunal de origem absolveu o réu, com fundamento no art. 383, inc. III, do Código de Processo Penal (e-doc. 2, p. 95-105).

2. Destaco parte do *decisum* agravado:

“O acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, ao relativizar a presunção de violência em caso de crime de estupro praticado contra vítima menor de catorze anos de idade, destoia da jurisprudência desta Corte, segundo a qual a presunção, em crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), é absoluta.” (e-doc. 17, p. 3-4).

3. Nesta sede de agravo regimental, objetivando o seu provimento e, por via de consequência, o não provimento do recurso extraordinário, com o restabelecimento do acórdão absolutório exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o agravante aduz que o apelo extremo não preencheu o requisito preliminar de admissibilidade, pois o que se pretende é “*obter um novo pronunciamento judicial acerca dos fatos e provas, o que é vedado pelo sistema processual pátrio, ex vi do Enunciado nº 279 da Súmula desse Excelso Supremo Tribunal Federal*”. Aduz, ainda, que a análise do extraordinário demandaria a incursão em legislação de conteúdo infraconstitucional, inviável nesta via estreita.

4. Quanto ao mérito, argumenta que inexistente ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal, mas, bem pelo contrário, que “*o acórdão do Tribunal de origem observou o princípio do devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, bem como o artigo 226, ambos da Constituição*”

Federal, ao afirmar que não se pode presumir de forma absoluta e, em todo e qualquer caso, que haverá sempre violação do artigo 217-A do Código Penal” (e-doc. 23, p. 4). Frisa nos argumentos que entre o agravante e a vítima estabeleceu-se uma entidade familiar e, assim, que neste caso há um patente *distinguishing* da jurisprudência desta Corte, razão pela qual entende haver valores constitucionais de grande relevância a serem tutelados. Extraio do recurso o seguinte trecho:

“Verifica-se que foi estabelecida uma entidade familiar, que, deve receber proteção do Estado, e não uma punição como pretende o Ministério Público. A tipicidade conglobante não se encontra perfectibilizada, em razão da ausência de antinormatividade. Ora, muito pelo contrário, a consolidação de uma família, sem qualquer relação de violência ou restrição de liberdade, é fomentada pelo Estado. Mormente no caso em tela em que os envolvidos eram de tenra idade quando da prática dos fatos. A estabilidade dessa união familiar não deve sofrer censura do Estado, mas sim proteção, consoante norma insculpida no artigo 226 da Constituição Federal.

Portanto, a decisão proferida pelo Tribunal de origem não merece qualquer reparação, porquanto fundamentada em valores constitucionais e princípios que orientam a proteção da família, base da nossa sociedade.” (e-doc. 23, p. 5).

Passo à análise do recurso.

5. Após debruçar-me detidamente sobre a controvérsia demarcada, e não obstante os criteriosos argumentos do e. Ministro Relator, cheguei à conclusão diversa, como então sigo a fundamentar.

6. O cerne da questão orbita em relação à presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de 14 (catorze) anos de idade, que foi afastada em razão das peculiaridades do caso concreto e, ao que se deduz, com esteio no *princípio da adequação social*.

7. O presente agravo regimental merece provimento, pois, por primeiro, verifica-se nas razões do recurso extraordinário que **não houve a impugnação específica dos fundamentos constantes do acórdão recorrido**, na forma preconizada pelo enunciado nº 283 da Súmula do STF:

E. 283: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” (grifos nossos).

8. Confira-se o respectivo excerto do acórdão recorrido:

“(…) Destarte, é possível constatar que se atribuir um caráter absoluto à vulnerabilidade representa admitir consequências graves para o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando esse caráter absoluto se apresenta incompatível com os princípios norteadores da responsabilidade penal no direito brasileiro, sendo imperioso uma análise de cada caso concreto à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Como se pode aferir, o apelante e a suposta vítima estão juntos, em união estável, há mais de 5 (cinco) anos. Sabe-se que a União Estável é equiparada ao matrimônio, nos termos do artigo 226, §3º da Constituição Federal:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Portanto, caso se aplique ao artigo 217-A do Código Penal uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar à absurda hipótese de se considerar como autor do crime de estupro um indivíduo de 20 anos no momento dos fatos, que queira, por meio de casamento ou união estável, constituir família com a menor de 14 anos, ainda que haja o livre consentimento desta.

Nessa linha exegética, à luz dos princípios informativos do Direito Penal, não se me afigura suficiente para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, a mera consideração da faixa etária da vítima, examinada de forma isolada, em análise simplista e reducionista, que dão ensejo a distorções e soluções desarrazoadas, como no presente caso.

**O grau de maturidade sexual da vítima, sua desenvoltura em temas de sexualidade e o seu nível de desenvolvimento mental haverão de ser obrigatoriamente aferidos, com vista a uma solução não apenas legal, mas justa e proporcional.**

E a motivação acima explanada se amolda ao presente caso concreto porque, segundo as declarações da suposta vítima, do apelante e das testemunhas ouvidas em juízo, a ofendida, após o primeiro relacionamento sexual ora narrado, continua com o acusado até o momento, passados mais de 05 (cinco) anos, com a única ressalva ser sua mãe sendo contra o relacionamento (fl. 152).

Portanto, é forçoso reconhecer que a ofendida tem possibilidade de discernir entre o certo e o errado, e entendesse que, se os supostos atos libidinosos havidos entre ela e o acusado foram substancialmente lesivos, não teria se mantido em união estável com o apelante.

**As relações sexuais não se deram mediante o uso de violência ou grave ameaça em desfavor da vítima, e sim, com o seu consentimento.**

**Atos de impudícia consentidos, em contexto de relacionamento afetivo, entre homem e mulher, não ofendem o bem juridicamente tutelado pela norma do artigo 217-A do Código Penal, sobretudo se a pretensa vítima, ainda que menor, apresenta manifesto grau de maturidade sexual e consciência das implicações da sua conduta erótica.**

Diante disso, **os supostos abusos ocorreram em contexto de relacionamento afetivo**, não ficando divisado nenhum constrangimento ilegal ao direito de liberdade sexual da potencial ofendida.

(...)

Ademais, manter a condenação do apelante, nos termos da sentença de fls. 177/189, que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando-o como incurso nas sanções do artigo 217-A, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos de reclusão, acarretará na dissolução de uma família constituída, situação que refoge muito do intuito do legislador constituinte, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal, que busca preservar todas as formas de família, ofendendo os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, além dos demais princípios formadores da base legal pátria que norteiam a regência da vida em sociedade.

Ao teor do exposto, desacolhendo em parte o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para absolver Fabrício Gusmão Souza nos termos do artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal. (...).” (e-doc. 2, p. 98-103; grifos acrescentados).

9. Mas como se vê das razões do apelo extremo, o então recorrente, ora agravado, não impugnou de maneira clara e específica os fundamentos atinentes às particulares do caso que redundariam, ainda que tacitamente, no que acabou sendo o reconhecimento da adequação social (a propósito, **outra não foi a leitura do Superior Tribunal de Justiça**; e-doc. 3, p. 152), **pois o recurso extraordinário restringe-se ao debate da ponderação entre o princípio da manutenção da entidade familiar em face do princípio da proteção integral da criança e do adolescente** (e-doc. 2, com destaque à página 115).

10. Por conseguinte, à míngua de impugnação das premissas assentadas pelo Tribunal *a quo*, inadmissível se torna o recurso extraordinário. Nesse sentido:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO, UMA VEZ QUE NÃO SE INSURGIRAM CONTRA O ESPECÍFICO E DECISIVO ARGUMENTO CENTRAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. INCIDÊNCIA. 1. Os Recursos Extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares. 2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o

cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. 3. O Recurso Extraordinário não impugnou integralmente os fundamentos da decisão recorrida, aptos, por si sós, a sustentar a manutenção da decisão recorrida. Assim, na hipótese, incidem os óbices das Súmulas 283 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles); e 284 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia) do STF. 4. Agravo Interno a que se nega provimento.” (ARE nº 1.416.506-AgR/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 22/02/2023, p. 10/03/2023).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIMINAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RÉU REINCIDENTE: MOTIVO IDÔNEO PARA FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE UM DOS FUNDAMENTOS SUFICIENTES DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. II – Conforme a Súmula 279/STF, é inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. III – Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a reincidência do réu é motivo idôneo para fixação de regime de cumprimento de pena mais severo. IV – É deficiente a fundamentação do agravo regimental cujas razões não atacam todos os

fundamentos suficientes da decisão agravada. Incidência da Súmula 283/STF. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE nº 1.328.824-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 22/08/2021, p. 26/08/2021).

11. Mesmo que assim não fosse, superando-se o óbice processual para conhecimento do apelo extremo, no mérito, faz-se de rigor o seu não provimento, porquanto o acórdão absolutório não violou 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.

12. 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.

13. Vale dizer, ficou **demarcado pelas instâncias anteriores** (logo, aqui sem necessidade de revolvimento de fatos e provas) que a relação sexual foi inequivocamente consentida, sem indícios de qualquer perturbação ou deturpação da vontade, por menor de 14 (catorze) anos que já namorava o autor do fato e **com ele passou a manter vínculo estável por pelo menos 5 (cinco) anos seguintes, com intenção de constituição familiar**. Demais disso, ainda pondero, pela simples constatação de dado objetivo (de qualificação da vítima), que, no dia do fato, ela contava com a idade de **13 (treze) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias** (*ad exemplum*: e-doc. 1, p. 83-84 e 195), ou seja, **na franca iminência de ultrapassar os 14 anos completos**.

14. Diante desse cenário, patente se mostra a inadequação da resposta penal — sabida *ultima ratio* que é —, tanto em termos de prevenção como da reprovação relativas ao bem jurídico protegido, a dignidade sexual. Ainda mais ao se considerar que o **fato ocorreu há 12 anos, quando se tratava de jovens enamorados (o autor também era relativamente menor, com 20 anos), que, certamente, construíram e deram continuidade às suas vidas, inclusive familiares** (continuando

juntos ou distintamente), que hoje serão laceradas com a superveniência de uma prisão, que, frise-se, **não atendeu nem mais atenderia aos interesses que merecem a tutela penal.**

15. Nessa conjuntura, a efetiva apenação do ora agravante pelo delito de estupro acarretará mais prejuízo do que tutelar o bem maior da dignidade sexual da vítima, a qual, notadamente, havia o escolhido, **com livre voluntariedade e sem notícia de óbices por inidoneidade pessoal dele, para um relacionamento tendente à constituição familiar.**

16. A propósito da evolução do tema, veja-se o retrato trazido pela doutrina:

“(…) umas das modificações introduzidas pela Lei 12.015/2009 teve por fim eliminar a antiga denominação acerca da presunção de violência e sua classificação valendo-se de situações fáticas. Revogou-se o art. 224 e criou-se o art. 217-A para consolidar tal alteração, que, em verdade, foi positiva. Mencionava o art. 224: ‘Presume-se a violência, se a vítima: *a*) não é maior de 14 (catorze) anos; *b*) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; *c*) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência’. O fulcro da questão era, simplesmente, demonstrar que tais vítimas (enumeradas nas alíneas *a*, *b* e *c*) não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso). A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada *presunção de violência*, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas aos ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta. **Muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção *contra* os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva. Por isso, a mudança na terminologia configura-se adequada. Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de presunção. São consideradas pessoas vulneráveis (despidas de proteção, passível de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como**

aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual.”<sup>1</sup>

17. Não obstante a destacada mudança terminológica, para, no lugar da presunção de violência, emergir o estado de vulnerabilidade presumida, pondera-se:

“(…) o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. **Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário.** A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). **É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto.** Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação da *criança*. (...)”<sup>2</sup>

18. Apenas contextualizando, **sem a intenção, propriamente, de infirmar os precedentes desta Corte acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade para as vítimas menores de 14 (catorze) anos**, registro que o relevante, neste caso, **são as peculiaridades retro destacadas, a exigirem** a aplicação do vetor de hermenêutica do princípio da

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2013, p. 989, com grifos acrescentados.

2 *Ibid.*, p. 990, com grifos acrescentados.

**adequação social.** Conforme nos situa a doutrina:

“Trata-se segundo Welzel - responsável pela sua introdução no direito penal - de um princípio geral de hermenêutica. Pode ser enunciado em poucas palavras: se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas. (...) A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social (...).”<sup>3</sup>

19. Com efeito, é sabido que não se pode revogar lei pelo costume e que o juiz não pode substituir-se ao legislador, mas, na esteira do raciocínio hermenêutico que se expressa pelo *princípio da adequação social*, a atuação judicial deve, de forma suplementar, conter a atuação legislativa quando esta se manifestar *abusiva* na subsistência do tipo penal para condutas socialmente toleradas. Ou por outras palavras, para condutas que não afrontam o sentimento social de justiça.

20. É certo que esse princípio visa mais ao tipo penal em abstrato e em sua generalidade quando este não mais atende ao sentimento social de justiça, e não à subsunção de fatos específicos ao tipo penal. Entretanto, tal princípio pode atuar ao lado de outros, como o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, em razão do qual a restrição a direito fundamental (como a liberdade) há de ser proporcional à importância do bem jurídico tutelado (neste caso concreto, a dignidade sexual de vulnerável prestes a perder essa sua presumível condição). Outrossim, com o *princípio da razoabilidade*, que, no magistério do e. Ministro Barroso, “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”<sup>4</sup>; traduz-se então, no Direito Penal, na utilização racional e moderada dessa espécie de tutela extrema, numa relação proporcional entre motivos, fins e meios.

3 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 130.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 205.

21. Esse conjunto, pois, fornece parâmetros de mensuração de normas e, neste caso, evidencia, pelas peculiaridades já apontadas, que manter a condenação do ora agravante, como julgado pela instância originária, redundará, como bem ponderou o acórdão absolutório, na **vulneração da entidade familiar que se encontrava em vias de formação (acentuando-se que a relação sexual se deu no contexto de relacionamento afetivo)**, além de refugir, em muito, do propósito informativo do tipo penal do art. 217-A do Código Penal e, assim, da presumida proteção integral da adolescente em sua dignidade sexual.

22. Por fim, transcrevo **trecho lapidar** da promoção do Ministério Público Federal feita perante o Superior Tribunal de Justiça nestes autos, da lavra da e. Subprocuradora-Geral da República, Doutora Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, que sintetiza com muita propriedade e humanismo a questão posta nos autos, *verbis*:

“(...) por mais que compreendamos o risco de, ao se manter a absolvição do acusado, estar se abrindo um precedente no sentido da relativização do critério etário fixado no artigo 217-A, caput, do CP, o que, aliás, a jurisprudência pátria inferior já tem feito em casos semelhantes, **entendemos também que o réu não pode ser utilizado como bandeira ou exemplo, impondo-se a ele pena brutalmente grave, ainda que em seu patamar mínimo, que é alto, por fato que não nos parece digno de ensinar a aplicação do Direito Penal e muito menos como forma estratégia de não se “enfraquecer” a regra geral.**

É preciso que se confie na capacidade do Poder Judiciário de reconhecer os casos em que deve incidir a regra geral e aqueles excepcionalíssimos, como dito, em que a **incriminação e punição da conduta não se compatibiliza com os fins últimos do Direito**, sem que se precise fazer aquela escolha de que falamos acima, muito menos definitiva, entre aplicar o que Montesquieu pregou ou o que Paul Magnaud fez. **Desprezar essa confiança e determinar a incidência absoluta de regras generalizantes, data maxima vênia, importar em fastar totalmente ‘o fator humano’, do qual são inapelavelmente dotados tantos os jurisdicionados como os julgadores, todos eles.**” (e-doc. 3, p. 147-148; grifos nossos).

24. Ante o exposto, consignando vênias ao Ministro Relator, tenho por bem divergir, para **dar provimento ao agravo regimental** e, por via de consequência, **negar provimento ao recurso extraordinário, restabelecendo-se o decreto absolutório** (e-doc. 2, p. 95-99).

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA