

**Recurso especial - Estupro - Violência presumida
- Presunção relativa - Situação concreta a afastar
a hipótese delitiva - Relacionamento entre jovens
impúberes - Atingimento da maioridade -
Manutenção do relacionamento amoroso**

- Em recente decisão da Sexta Turma (HC 88.664/GO), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, *a*, do Código Penal, deve ser relativizada, conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual.

- No caso dos autos, não se era de esperar que, iniciado o relacionamento entre jovens impúberes e adquirida a maioridade por um deles, as relações sexuais, a partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque prevista a conduta na norma incriminadora.

Recurso especial do Ministério Público desprovido para manter a absolvição do recorrido.

RECURSO ESPECIAL Nº 430.615-MG - Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: S.C. Advogado: José Carlos de Almeida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora". Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 27 de outubro de 2009 (data do julgamento). *Ministra Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferido nos autos da Apelação Criminal nº 000.237.236-5/00, o qual restou assim sumariado (f. 79):

Crime de estupro. Vítima menor de quatorze anos. A presunção de violência é relativa, pelo que se mostra relevante e eficaz a adesão da pessoa ofendida na prática sexual para afastar o crime. Sentença absolutória confirmada.

Segundo os autos, o recorrido foi denunciado por incurso nas penas do art. 213 *c/c* o art. 224, *a*, do Código Penal, sendo, ao final da instrução, absolvido pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Sebastião do Paraíso, MG, que entendeu ser a presunção ditada na norma incriminadora de natureza relativa.

Considerou o Magistrado sentenciante que, diante de comprovado relacionamento amoroso entre o acusado e a menor, não seria possível entender pela prática do estupro.

Inconformado, apelou o Ministério Público, sendo o recurso desprovido por decisão majoritária da Corte Mineira, da qual se trouxe à colação a citada ementa.

Mais uma vez, o órgão de acusação abre a via recursal, agora se utilizando do expediente do apelo especial, asseverando a existência de interpretação divergente com o que vem professando esta Corte e o Supremo Tribunal Federal, bem assim violação ao dispositivo do art. 224, *a*, do Código Penal, na medida em que a referida norma impõe a configuração da presunção de violência como de natureza absoluta, não cedendo para eventuais particularidades da vítima ou do caso concreto.

Assim, defende o provimento do recurso, já que o consentimento da vítima, na hipótese do estupro presumido, é absolutamente inválido.

Sem contrarrazões, o recurso restou admitido, consoante decisão acostada às f. 5/6.

Em parecer às f. 164/169, a ilustre representante ministerial manifestou-se pelo provimento do recurso. Eis a ementa da opinião:

Recurso especial. Penal. Processo penal. Estupro. Consentimento da vítima. Menor de 14 anos. Violência presumida. Caráter absoluto. Recurso que merece ser provido.

1. Embora a vítima, menor de catorze anos, tenha consentido com a conjunção carnal, não há que se falar em inexistência de violência presumida, tampouco se desfigura a prática do crime de estupro.

2. Sabe-se do caráter absoluto inerente à presunção de violência, em razão da idade da vítima, da figura criminal descrita no art. 224, I, do Código Penal, pois é impossível, ao menor de 14 anos, pela sua imaturidade mental, compreender com precisão a gravidade do ato violador dos costumes. Diante disto, irrelevante o consentimento válido da vítima.

3. Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - A matéria restou bem definida no acórdão.

As razões do recurso, por sua vez, divisaram os aspectos importantes para o acolhimento da discussão no que tange ao mérito, sobretudo quanto à divergência pretoriana, cabendo, assim, adiantar-se no exame da controvérsia.

Como sói exigir o enquadramento penal, destaco as seguintes passagens do acórdão recorrido (f. 84/85):

Como o fundamento da ficção da violência é a *inocentia consilii* do sujeito passivo (Exposição de Motivos do Código Penal, item 70), na época atual, seria, usando as mesmas palavras do legislador de 1940, 'abstrair hipocritamente a realidade' o negar-se, rigidamente, que uma pessoa com menos de quatorze anos completos possa ter uma noção teórica 'dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem'.

Ora, se de uma menor de 14 anos partir a iniciativa do ato sexual, ou se ela aderir prontamente ao convite de caráter sexual que o agente lhe dirige, constituiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se, nesses casos, relevante e eficaz. Considerar-se a presunção de violência relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido.

Destarte, é de se entender que a tutela penal não se dirige, indistintamente, a todo e qualquer menor de 14 anos, mas aos realmente inexperientes e inocentes, que demonstrem um comportamento recatado e compostura moral inatacáveis, justificando a desconsideração do seu consentimento para a prática sexual.

Assim, e considerando-se que R. e S., em uníssono, afirmam que de comum acordo, como desenvolvimento natural do relacionamento que vinham mantendo, deliberaram praticar relações sexuais que ocorreram, por quatro vezes, sempre com o consentimento da menor; que esse relacionamento aprofundou-se a ponto de cogitarem casamento, só não se concretizando porque a mãe da ofendida não concordou, embora assentisse o namoro; que não há prova de que o ato tido como delituoso, conquanto reprovável, tenha trazido à menor, ou à sua família, funestas conseqüências, não constando tenha o acontecimento arruinado a vida da suposta vítima, traumatizando-a ou corrompendo-a e, finalmente, que existem relatos nos autos de uma amiga da menor, descrevendo ser aquela 'criança muito levada e atirada', elidida se encontra a presunção de violência.

Outra conclusão, ao meu entendimento, não se justifica, sendo que uma condenação é que traria efeitos desastrosos à vida do acusado.

Não se pode comparar a intimidade conquistada por um casal com um relacionamento sério, que passa naturalmente de beijos e abraços para carícias mais ousadas, até chegarem ao relacionamento sexual, com a postura de quem se aproveita da inexperiência de mulher virgem menor de 14 anos, para simplesmente satisfazer a própria lascívia. Elidida a presunção de violência, deixa de se realizar um dos elementos do tipo, impondo-se a absolvição, como decretada em primeiro grau de jurisdição.

Do contexto do aresto, portanto, ficou definida a questão fática no sentido de observar a existência de uma relação amorosa entre homem e mulher, esta menor de 14 anos.

Impõe aclarar, também, segundo a peça acusatória, às f. 7/8, que o relacionamento se iniciou quando a menor tinha por volta dos 12 anos e o acusado, ora recorrido, ainda se encontrava na idade dos 17 anos, ou seja, o casal iniciou as relações sexuais em momento anterior à capacidade legal plena.

O tema, por certo, é de grande valor, como cediço, porque envolve a liberdade sexual de pessoas cuja capacidade a lei considera incompleta. Aliás, abordar os transtornos da violência sexual já traz em si a reflexão de princípios básicos das sociedades humanas; imagine-se quando um dos entes envolvidos é menor de 14 anos.

Ditas essas poucas expressões, confesso que não é fácil a qualquer julgador enfrentar o tema sem ter um mínimo de apreensão, máxime pelas repercussões que o

caso pode gerar na vida da comunidade e na interpretação das pessoas que lidam, diariamente, com o problema da violência.

Embora todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, afastam a tipicidade no caso concreto.

Este caso me parece, sem a menor dúvida, ser a hipótese de desconsiderar a previsão legal da presunção absoluta, figurando, no meu entender, verdadeira e emblemática situação de contraponto à tese sustentada por muitos de que a previsão incriminadora, na vertente do art. 224, *a*, do Código Penal, não comporta exceções.

Reconduza-se a situação dos autos: cuida-se de relacionamento amoroso iniciado por dois menores, ela com 12 e ele com 17 anos, portanto, ambos com a capacidade legalmente restringida.

Com tenra idade, iniciaram relações sexuais; passaram, dessa forma, a manter estreito relacionamento amoroso a ponto de a lei civil qualificar, dependendo do ponto de vista de análise, como uma "sociedade estável".

Mas, como tudo na vida, o tempo passa e um dia um dos entes da relação adquire a maioridade. Era de se esperar, por isso, o imediato afastamento?

Imagine-se, por mera hipótese, que, ao invés do homem, tenha sido a mulher quem adquirira a maioridade. Será que a sociedade faria o mesmo juízo de reprovação?

Como se nota, não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.

Vale ressaltar, neste ponto, que em recente decisão a Sexta Turma defendeu a quebra de mais esse paradigma penal, em julgamento do HC 88.664/GO, de que foi Relator o eminente Desembargador Celso Limongi.

Na oportunidade, lembrou o ilustre magistrado que as sociedades mudam e os conceitos e preconceitos de igual modo.

A propósito, cabe destacar do seu belo voto:

Adianto que vou aceitar os fatos exatamente como o fizeram o nobre Juiz de primeiro grau e o eg. Tribunal goiano: o paciente, homem de mais de trinta anos de idade e casado, manteve relações sexuais com uma adolescente de menos de 14 anos de idade.

Não discuto se tais relações sexuais ocorreram em 23 de novembro ou 23 de dezembro. Se elas ocorreram em 23 de dezembro, a adolescente contaria já com 14 anos de idade e o fato não seria típico. Mas seja: consideramos que o contato sexual ocorreu em 23 de novembro e a menor contava 13 anos e onze meses de idade.

Não discuto, igualmente, se era virgem ou se já haveria mantido relações sexuais com seu primeiro namorado, negado, obviamente, por este.

Nem igualmente está em discussão se a menor procurou beneficiar o namorado, trazendo falsos dados para arredar a tipicidade da conduta do paciente.

O que me parece importante é que o paciente, mesmo casado, insistiu em entreter namoro com a menor, a ponto de pedir ao pai desta autorização para namorá-la. E, negada a autorização, não resistiu em levá-la a um motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais.

A conduta do paciente se subsumiu ao tipo descrito no art. 213, combinado com o art. 224, alínea *a*, ambos do Código Penal?

Por esse fato, merece o paciente a pena que lhe foi imposta, seis anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado? É essa pena objetivamente justa?

O comportamento do paciente merece, sem dúvida, críticas. Com 32 anos de idade e chefe de família, não deveria assediá-la a menor. Há referências a ter sido preso anteriormente e não se dedicar ao trabalho. São apenas referências.

De qualquer modo, não estamos nem podemos examinar sua conduta do ponto de vista social, mas do direito penal. E, em seu favor, vimos que nutria afeto à vítima, tanto que buscou autorização dos pais desta para namorá-la. Não se pode deixar de consignar também que a própria menor aceitou o convite para ir ao motel e manter relações sexuais. O ato foi consentido e aqui é que se enfrenta o maior problema: a lei penal não atribui validade ao consentimento de menor de 14 anos de idade para a prática de relações sexuais ou de atos libidinosos. Em outras palavras, presume-se a violência contra menores com menos de 14 anos de idade. Caracteriza-se, por definição legal, o estupro, se houver conjunção carnal, ou o atentado violento ao pudor, se se limita à prática de atos libidinosos distintos da conjunção carnal. Esse é o pensamento do legislador de 1940, ano em que nasceu o Código Penal brasileiro.

Em primeiro lugar, faz-se necessário relembrar que o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade. O chileno Eduardo Novoa Monreal escreveu monografia a propósito desse tema e já no preâmbulo anotou:

‘[...] a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo, gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele’ (cf. *O Direito como obstáculo à transformação social*, Sergio Antonio Fabris Editor, p. 9, Porto Alegre, 1988).

E, nesse aspecto, é inegável o valor da jurisprudência, pois esta comumente vem à frente do legislador e é para ele fonte de inspiração. Em tantos temas de Direito Privado, de Direito Público e de Direito Penal, as decisões do Judiciário foram dando interpretação às leis e culminaram por adiantar-se ao legislador e disciplinaram relações fáticas, para cujas soluções não havia lei expressa. O Judiciário viabilizava uma solução e, posteriormente, o legislador a encampava, transformando-a em lei.

Parece claro que, quando se interpreta um Código Penal nascido em 1940, portanto, com 69 anos de idade, é preciso adequá-lo à realidade de hoje, levando em conta os valores da atualidade, para que as decisões sejam mais justas.

O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão

abrangente desse arcabouço facilita - e muito - o entendimento e a interpretação da lei.

Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos.

É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo art. 2º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. E, como lembra Carlos Antônio R. Ribeiro,

‘[...] se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual’ (cf. *Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual*, in *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, vol. 5, número 12, p. 216).

Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo seis anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI! A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixou assentado:

‘Contudo, a Carta Lhe (ao Judiciário) deu, mesmo nessa função típica, em certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório etc., mantido no art. 5º, LV, da Constituição. Assim, pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei’ (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 67).

E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940 [...].

Se na ocasião rendi-me aos fundamentos do voto de Sua Excelência, é natural que, neste momento, e tendo em conta situação ainda mais emblemática, promova igual entendimento.

Quero apenas finalizar a questão para dizer que o tema da presunção de violência, nos crimes contra menor de 14 anos, tende a se dissipar pela nova previsão do art. 217-A do Código Penal, que introduziu a figura do “estupro de vulnerável”.

Veja-se que a nova vertente incriminadora não faz qualquer menção à presunção de violência ou coisa que o valha.

Com esses fundamentos, valendo-me do recentíssimo precedente desta Turma, conheço do recurso especial, mas lhe nego provimento, para manter a absolvição do recorrido.

É o voto.

Certidão

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora”.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 27 de outubro de 2009. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no DJe de 1º.02.2010.)

...