

RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.163 - DF (2013/0079677-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : J F DE J
ADVOGADOS : RENATO NOGUEIRA VILLA-REAL
KAREN CRISTINA DA SILVA PEREIRA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido – que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade – subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado *estupro de vulnerável*, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código 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, o que efetivamente se verificou *in casu*.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão *a quo*, com o restabelecimento do *decisum* condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

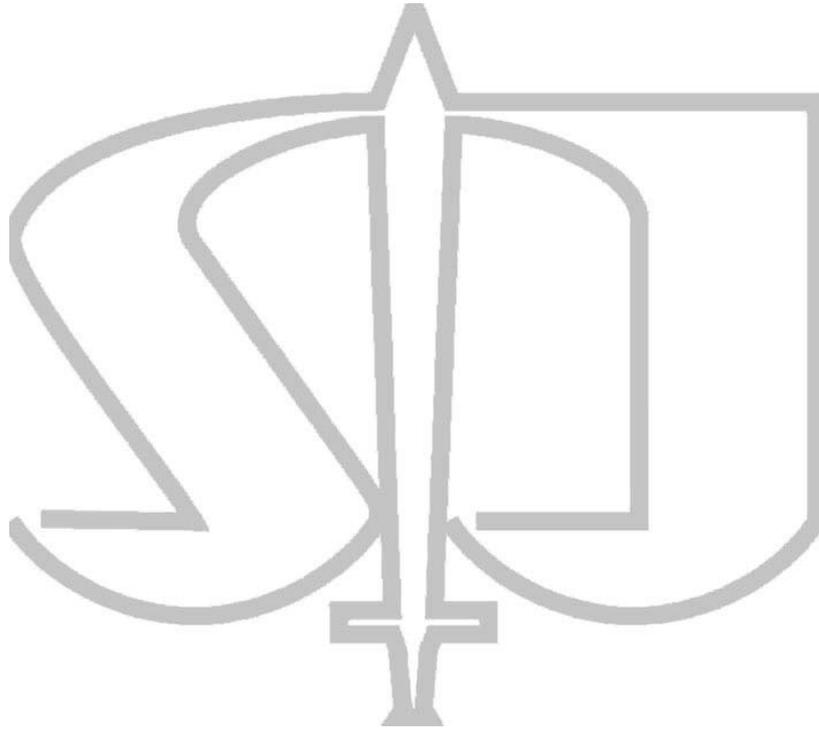
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Superior Tribunal de Justiça

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 25 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.163 - DF (2013/0079677-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios** com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal distrital (Apelação criminal n. 2011.12.1.003336-9) que absolveu o ora recorrido em relação ao delito descrito no art. 217-A do Código Penal – estupro de vulnerável –, ao argumento de que *não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo* (fl. 267).

Inicialmente, o recorrido foi denunciado nos seguintes termos (fls. 269/270):

[...]

Entre os dias 6 de janeiro e 3 de fevereiro de 2010, em endereço que não se pode precisar, em casa localizada na cidade satélite de Samambaia/DF, o denunciado, com vontade livre e consciente e com a intenção de satisfazer seu desejo sexual, teve conjunção carnal com a adolescente A. A. F., nascida em 5/3/1997, que então tinha 12 anos de idade, por pelo menos quatro vezes.

O denunciado, que tem trinta anos de idade, mantinha namoro com a adolescente A. desde o final do ano de 2009. A partir do dia 1.º de janeiro de 2010, a adolescente passou a viver com sua mãe D. A. F. na casa 22 do conjunto 8 da quadra 206 do Setor Residencial Oeste desta cidade. O denunciado lá compareceu, então, para "pedir" autorização à mãe de A. para namorar com a adolescente, o que foi negado, dada a idade de A.

A., então, no dia 6 de janeiro de 2010, fugiu de sua casa e se dirigiu a Samambaia, onde foi acolhida em casa, cujo endereço não se sabe identificar a esta altura, de amigos do denunciado. Lá permaneceu até o dia 3 de fevereiro de 2010, oportunidade em que foi colhida em São Sebastião, no bairro do Morro Azul, por uma amiga de D.

No período que foi de 6 de janeiro até 3 de fevereiro de 2010, no interior da casa de amigos do denunciado, este manteve com a adolescente relação sexual por pelo menos quatro oportunidades.

Ao agir assim, incorreu no art. 217-A do Código Penal por pelo menos quatro vezes.

[...]

O Juízo singular considerou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o recorrido à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal (fls. 176/189).

Ao apreciar a apelação interposta pela defesa, o Tribunal distrital, por unanimidade, absolveu o recorrido, por meio do acórdão de fls. 265/282, cuja ementa merece transcrição (fl. 267 – grifo nosso):

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FATO CONJUNTO PROBATÓRIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSUNTAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato.

2. **Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo.**

3. Recurso provido.

Na presente insurgência, o órgão ministerial sustenta, além da ocorrência de dissídio jurisprudencial, que o acórdão *a quo* violou o art. 217-A do Código Penal, uma vez que *uma criança de 12 anos, apenas porque teria conhecimento objetivo sobre sexo, pudesse validamente assentir com a conjunção carnal, porquanto, à toda evidência, não apresenta maturidade psicológica* (fl. 291).

Para o recorrente, afigura-se destituído de validade o consentimento da vítima, inclusive porque não se discute a relação com os delitos de sedução e corrupção de menores, *não se estabelecendo, pois, a honestidade*

Superior Tribunal de Justiça

da vítima, ou sua experiência sexual, objetiva ou não, como requisito para configuração do injusto, resultando equivocada a reconhecida atipicidade do fato por ter a vítima aquiescido com a relação sexual (fls. 291/292).

O acórdão distrital, para o recorrente, está em confronto com a jurisprudência do STF e 5ª Turma do STJ, que entendem que a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, a, do CP, deve ser considerada absoluta (fl. 295).

Por fim, o recorrente requer (fl. 218):

[...]

Com essas considerações, demonstradas a divergência jurisprudencial e a violação ao art. 217-A do CP, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios requer seja o recurso especial conhecido e provido para manter-se a condenação do réu, nos termos da sentença de fls. 153/159.

[...]

Contrarrazões ofertadas, por meio das quais se sustenta a manutenção do acórdão recorrido (fls. 318/331).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 343/345).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.163 - DF (2013/0079677-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Primeiramente, conheço do recurso pela alínea a do permissivo constitucional, porque tempestivo e regularmente proposto, esgotada a instância inferior e prequestionada a matéria, não havendo falar em reexame de provas porque a questão federal a ser discutida está embasada no acórdão distrital, sendo os fatos conhecidos conforme julgado na instância ordinária.

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido – que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade – subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado *estupro de vulnerável*, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

Rememore-se, por oportuno, a norma controvertida:

Estupro de Vulnerável

Art. 217-A. **Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:** (Acrescentado pela Lei n. 12.015/2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º Vetado

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Da exegese da norma *supra*, cabe ressaltar, primeiramente, que a menoridade da vítima passa a integrar o tipo penal, além disso, a categoria jurídica *pessoa vulnerável* revela-se um conceito novo no Direito Penal, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, e deve ser entendido como toda criança

ou mesmo adolescente com menos de 14 anos de idade.

Sobre o tipo descrito no art. 217-A do Código Penal, sublinhe-se que, com a alteração promovida pela Lei n. 12.015/2009, a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos deixou de ser uma simples modalidade do tipo penal comum de estupro, para assumir a categoria de tipo penal autônomo tipologicamente, além de contar com denominação específica. A mudança, portanto, não se restringiu a um mero deslocamento topográfico, do espaço normativo anteriormente ocupado (art. 224 e suas alíneas) para o espaço do novo art. 217-A do Código Penal. Atualmente, o ordenamento jurídico passou a ser integrado por mais esta infração penal – *estupro contra pessoa vulnerável* –, cuja conduta se identifica, em sua parte fundamental, com aquela descrita no art. 213, *caput*, do Código Penal.

Em síntese, com a criação de um segundo tipo penal de estupro, passaram a coexistir, no Direito Penal pátrio, duas figuras criminosas distintas, autônomas, quais sejam: o estupro comum, para os *não vulneráveis* (art. 213); e o estupro contra *pessoa vulnerável* (art. 217-A), que deve ser classificado como um crime peculiar, que não exige, a meu ver, para sua consecução, violência ou grave ameaça.

Erigida essa premissa, no caso, merece transcrição o voto condutor do acórdão *a quo*, particularmente o trecho em que se absolveu o recorrido em relação ao delito de estupro de pessoa vulnerável (fls. 270/282 – grifo nosso):

[...]

Inicialmente, apenas para se constar, o crime ora em comento já fora cometido sob a égide da Lei nº 12.015, de agosto de 2009, que trouxe diversas alterações na tipificação dos crimes sexuais, inclusive no tipo penal previsto no art. 217-V do Código Penal que passou a descrever a conduta típica ora discutida da seguinte forma: “*Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*”.

A defesa insurgiu-se, em síntese, acerca da falta de prova da vulnerabilidade da vítima A.A.F., a caracterizar a ocorrência do crime previsto no art. 217-A do Código Penal. Assevera, ainda, que as relações sexuais havidas entre a suposta vítima e o acusado foram consentidas, razão pela qual se afastaria a presunção de vulnerabilidade imposta por

lei.

No que concerne à falta de comprovação da menoridade da vítima, e por isso, a suposta tese de atipicidade da conduta, tenho que a tese defensiva não pode prosperar, isso porque ao longo de todo o processo restou indubitado que a vítima teria 12 anos quando começou a relacionar-se com o ora apelante.

[...]

Desta forma não há como acatar o pleito defensivo de absolvição quanto a atipicidade da conduta, por falta de prova da menoridade/vulnerabilidade da menor, suposta vítima.

De outro lado, tenho que assiste razão à defesa quando discorre acerca da possibilidade de discussão da validade do consentimento da ofendida.

Em que pese o posicionamento adotado pela antiga norma, art. 224-A do Código Penal e reproduzido parcialmente na norma trazida no novo artigo 217-A também do ordenamento penal, que adota como critério o aspecto etário, ou seja, 14 (catorze) anos, fato é que a jurisprudência, levando em consideração a aplicação do princípio da intervenção mínima, e a mudança cultural vivenciada pela sociedade e prevendo uma maior liberdade sexual atualmente, vem admitindo a relativização do critério etário e a discussão acerca da possível manifestação de vontade válida do menor de 14 anos. Vejamos alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

[...]

A doutrina também se manifesta no sentido de possibilitar a discussão acerca da suposta incapacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto de estupro de vulnerável, tendo em vista que, havendo prova da plena capacidade de entendimento da relação sexual, sem a ocorrência de violência ou grave ameaça real, poderia não restar configurado o crime de estupro de vulnerável.

[...]

Desta forma, tenho que asseverar que no caso dos autos é possível a discussão acerca da validade do consentimento da ofendida. Isto porque da leitura dos autos percebe-se claramente que restou incontroverso a ocorrência de relações sexuais entre vítima e acusado (4 confessadas por ambos), bem como acerca do conhecimento da idade da menor.

Pode-se afirmar também que tanto a vítima quanto o acusado, de uma forma ou de outra, em seus depoimentos narraram a existência de um **envolvimento amoroso**, que teria durado em torno de 9 (nove) meses, e por algum tempo chegou a ofendida passar um mês na casa de parentes do ora apelante. Há, ainda, informações que o relacionamento foi autorizado pela mãe da ofendida, depois da insistência da menor em não cessar os encontros.

Nestes termos o depoimento da suposta ofendida, fl.114/115:

[...]

Comentando acerca da grave ameaça no crime de estupro, leciona Cezar Roberto Bittencourt que, também no momento de se avaliar o dissenso da vítima – nível de resistência da mulher -, há de se observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e prossegue o

escolhido, recomendando que se avalie, concretamente, “a relação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente”. (In: Bittencourt, Cezar Robert, Tratado de Direito Penal, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4).

Dos contextos trazidos nos depoimentos acima é certo que houve um **relacionamento amoroso entre apelante e a menor**, inclusive com demonstração de muito carinho e apego por partes dos dois. A ofendida foi presenteada por aquele com um passarinho e um urso de pelúcia; acolheu-a, em abrigo em seu ambiente de trabalho, numa noite de chuva, quando a menor teria ido comparecido voluntariamente.

De outro lado, também há que asseverar a existência de demonstração de carinho da vítima com relação ao réu que, talvez como forma de proteção ao acusado se negou a fazer o exame de corpo de delito (fls. 21/22), chegou a fugir da casa em que residia, vindo a ficar mais de um mês sem contato com a mãe, que até o momento não aprovava o namoro.

Por fim, há ainda que se mencionar que A.A.F. **assume que já teria se relacionado sexualmente com outro menino**, narrando inclusive a ocorrência de uma briga entre ela e o acusado quando esta, na constância do relacionamento com o apelante, teria reencontrado com o seu primeiro namorado.

Assim, apesar da certeza de que houve relação sexual entre acusado e vítima, quando esta contava menos de 14 anos de idade, não se pode admitir, no caso concreto, a existência de qualquer vício em sua vontade em relação ao consentimento nos atos sexuais, uma vez que tinha pleno conhecimento sobre suas atitudes.

Desta forma, configurado que os atos sexuais ora investigados ocorreram durante uma relação afetiva, não há como condenar o ora recorrente pela prática de crime de estupro de vulnerável.

Assim, apesar do interesse da sociedade em preservar nossas crianças, da liberalidade sexual que hoje nos atinge, não se pode apenar tal gravemente uma pessoa, como por exemplo, no crime de estupro, cuja pena mínima é 8 (oito) anos, apenas por se envolver amorosamente e sexualmente com uma menina de 12 (doze) anos, que se mostra com atitudes de mulheres seguras.

Por todo exposto, prejudicada a análise da questão do suposto erro de proibição, voto por absolver o réu **J. F. J.**, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, da prática do delito do art. 217-A do Código Penal.

[...]

Ou seja, no caso concreto, o Tribunal local optou, a meu ver, por relativizar a presunção absoluta e objetiva de violência prevista no art. 217-A do Código Penal. Fê-lo a partir do momento em que, apesar de indiscutível que o recorrido manteve relações sexuais conscientemente com uma menina de 12 anos, entendeu prevalecer outras circunstâncias, como o fato de que

tais relações ocorreram dentro de um contexto amoroso, com demonstração de muito afeto e carinho entre ambos. As relações, segundo o acórdão recorrido, foram consentidas, o que afastaria a incidência do art. 217-A do Código Penal.

Não vejo, porém, como manter a decisão ora impugnada, mesmo admitindo, como fez o acórdão recorrido, que o art. 217-A não criou uma hipótese objetiva e absoluta, aceitando prova em contrário à presunção legal.

Vejamos.

Como já disse anteriormente Cezar Bitencourt, o novo art. 217-A *trata-se, inequivocadamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que consagrou no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado (art. 224) – Tratado de Direito Penal. 4º vol., 6ª ed., Editora Saraiva, pág. 97.*

Ou seja, ciente o legislador de que existia tanto no campo doutrinário – mais – quanto no campo jurisprudencial – menos – divergência sobre a presunção absoluta no caso de estupro de menor de 14 anos, sua intenção, ao estabelecer um critério objetivo no art. 217-A, foi a de evitar que tal debate prosseguisse.

Ocorre, porém, que tal debate não se encerrou. É o que nos ensinam tanto Nucci quanto Bitencourt (grifo nosso):

De notar-se que o legislador, *dissimuladamente*, usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Consta-ta-se que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), destacando-se expressamente as causas que levaram à *presunção de violência*; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém, *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei. **“A proteção conferida – profetiza Nucci – aos menores de quatorze anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário**

e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.” Trata-se, inequivocadamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal sobre a *relatividade da presunção de violência* contida no dispositivo revogado (art. 224). Nessa linha, merece destaque parte do antológico acórdão do Ministro Marco Aurélio, que pontificou: “A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público.”

Essa pretensão do legislador fica muito clara quando se observa que, na definição do estupro de vulnerável, ignorando o enunciado incriminador do art. 213, adotou os elementares do revogado crime de sedução “ter conjunção carnal” (antigo 217) e substituiu violência ou grave ameaça reais, do crime de estupro, pela condição de vulnerável do ofendido, qual seja, menor de quatorze anos (caput) ou deficiente mental (§1º), que nada mais é do que uma presunção implícita de violência. Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança do rótulo não altera a substância. Reconhecendo a relatividade da presunção de violência contida no revogado art. 224, no mesmo acórdão, prosseguiu o Min. Marco Aurélio: “Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir a eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir.”

Embora se tenha utilizado outra técnica legislativa, qual seja, *suprimir a previsão expressa de da presunção de violencial*, certamente, a *interpretação mais racional* deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, *in concreto*, as condições pessoais de cada ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea. Nessas condições, é impossível não concordar com a conclusão paradigmática do Min. Marco Aurélio: “A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente virtiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.”

Dessa forma, impõe-se a conclusão de que a presunção de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é relativa, recomendando avaliação

casuisticamente.

E, nesse contexto, não obstante a nova redação do art. 217-A do Código Penal, que também, a meu ver, pelo menos neste momento inicial, não sepultou a discussão sobre a presunção relativa ou absoluta de violência, entendo totalmente pertinentes aqui as razões postas por ocasião do voto-vista por mim proferido no EREsp n. 1.021.634, do qual reproduzo alguns trechos:

[...]

A questão em apreço é por demais conhecida: discute-se, como bem definiu a eminente Relatora, se a violência presumida referida no art. 224 do Código Penal deve ou não ser relativizada quando a vítima for menor de 14 anos. A Ministra Maria Thereza concluiu que a violência presumida deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto. Pediu vista o Ministro Gilson Dipp, que, após cuidadoso levantamento da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, concluiu que a presunção de violência é absoluta.

Não teria dúvidas em aderir aos votos da eminente Relatora e do Ministro Og Fernandes no sentido de que a violência presumida deve ser relativizada de acordo com a situação concreta dos autos. Porém preocupou-me e muito, sendo o motivo pelo qual pedi vista, a farta, reiterada e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em tela relacionada pelo Ministro Gilson Dipp.

E preocupou-me porque não acho razoável que uma jurisprudência consolidada e contemporânea da Suprema Corte venha a ser desrespeitada por Tribunal, seja ele federal, estadual ou nacional. Não tem sentido o Superior Tribunal de Justiça mostrar ressalvas, em diversas oportunidades, ao descumprimento pelos tribunais inferiores da interpretação por ele fixada dentro de sua competência constitucional e desrespeitar entendimento uniforme e reiterado daquele que tem o poder, inclusive, de reformar nossas decisões.

Entendo que, no momento por que passamos, é essencial que o Judiciário transmita ao jurisdicionado confiança e é indiscutível que, como já disse Marcelo Alves Dias de Souza (*Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*, Ed. Juruá, 2006, pág. 299), "a obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade de nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um sentido de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas".

Ao analisar a questão da segurança jurídica quanto à necessidade de o Judiciário transmitir para o jurisdicionado um pensamento coerente, estável, uniforme, o Prof. Marcelo Alves Dias de Souza nos apresenta lição altamente esclarecedora de Ehrlich (grifo nosso):

Superior Tribunal de Justiça

A norma de decisão contém a proposição geral em que se baseia a decisão e, desse modo, estabelece a pretensão de que é uma verdade válida, não apenas para o caso específico, mas também para todo caso igual ou parecido [...]

Essa é a lei da estabilidade das normas legais, que é de tão imensa importância para a criação do direito. Ela baseia-se, em primeiro lugar, na psicologia social. **Dar decisões contrárias em casos iguais ou parecidos não seria direito, mas sim arbitrariedade e capricho.** Também se baseia numa certa saudável qualidade econômica de pensamento. **O gasto de trabalho intelectual que, sem dúvida, está sempre envolvido na procura de normas de decisões, muitas vezes pode ser evitado dando-se uma decisão segundo uma norma que já foi encontrada.** Além disso, há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e predizer as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de tomar as providências necessárias de acordo com isso.

A lei da estabilidade das normas jurídicas de decisão funciona, sobretudo, no tempo. O Tribunal não irá, sem uma boa causa, afastar-se de uma norma que aplicou na decisão de um caso enquanto a norma for lembrada, e, com frequência são tomadas medidas especiais para impedir que sejam esquecidas. Mas também funciona no espaço: pois as normas para decisão que foram encontradas por um tribunal serão prontamente aplicadas por outros tribunais que existem na mesma esfera de influência, se não por outra razão, a fim de evitar o provável trabalho de encontrar normas [...]

Na verdade, tal preocupação não é isolada. A necessidade dos tribunais e dos juízes de respeitarem os precedentes jurisprudenciais fixados pelas Cortes Superiores vem sendo externada também por outros doutrinadores:

Uma das funções primordiais do Direito, na dinâmica judiciária, é a de fornecer a 'certeza do Direito', **entendida como aquela consistente na possibilidade, proporcionada aos jurisdicionados de que, através de um instrumental, haja o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível.** A atividade jurisdicional, no seu conjunto, **deve proporcionar e traduzir esta certeza, havendo de resultar da tarefa de dizer o Direito, no seu todo, um panorama de decisões apreciavelmente coincidentes sobre os mesmos temas.**

(Arruda Alvim. *Tratado de Direito Processual Civil*, 2º ed., pág. 13 – grifo nosso)

Um dos maiores temores quanto ao poder acentuado das decisões e precedentes judiciais repousa na idéia de que eles não seriam aptos a conferir estabilidade e a previsibilidade necessária à pacificação judicial.

Pacificar a sociedade demanda, como sempre demandou, um sistema jurídico estável, em que as regras e soluções aplicadas aos fatos da vida não variam e sejam, tanto quanto possível, previsíveis. Estabilidade e previsibilidade são dois dos pilares de qualquer ordenamento jurídico que se quer pretender respeitado, e ninguém elabora um intrincado modelo normativo, com uma série de regras que determinam tantas situações quantas passíveis de serem verificadas na sociedade, consolidado ao longo de séculos, para que ele não seja obedecido. Um

direito instável e imprevisível não gera a segurança jurídica que razoavelmente dele se pode esperar. Instabilidade e previsibilidade resultam em nervosismo, ao revés de pacificação social. É correto afirmar-se, então, que é melhor não haver direito a possuir um direito sujeito a toda e qualquer ingerência externa e parcela de interesses pessoais, celeiro de desigualdade, insegurança e controvérsias.

(Marco Antonio de Costa Sabino. *O precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil*, in Revista Dialética de Direito Processual Civil, n. 85, pág. 59 – grifo nosso)

Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. **O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente se coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que elas se revistam - súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for - , obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa propiciar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.**

[...]

Talvez só porque, infelizmente no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do 'autonomismo', e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? respondi-lhe na oportunidade, o que aqui consigno. Essa mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?

(Calmon de Passos. *Súmula Vinculante*, in Revista do TRF da 1ª Região, vol. 9, n. 1, págs. 163/176 – grifo nosso)

Pode-se imaginar o mal-estar que criam, na sociedade brasileira, tanto as divergências concomitantes que há entre Tribunais quanto as alterações bruscas de seus próprios entendimentos.

Essa é mais uma razão que nos faz ver com bons olhos a inclusão da súmula vinculante no nosso sistema jurídico, já que, como veremos mais adiante, **a existência de uniformidade na jurisprudência é pressuposto para que se realize, no plano dos fatos, o princípio da isonomia.**

[...]

Superior Tribunal de Justiça

A doutrina comenta que mesmo nos países da Europa Continental a transcendência dos precedentes vem sendo observada. **Diz-se que a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade; garante a igualdade dos jurisdicionados; evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência; e constrói uma presunção em prol do acerto do precedente.**

[...]

A força persuasiva que deve ter a jurisprudência não vinculante se confunde saudavelmente com a consciência da inexorabilidade de que a questão seja, afinal, decidida em conformidade com o entendimento dos tribunais superiores. E deve ter, como de fato tem, em alguns casos, o condão de gerar condutas e decisões judiciais (de 1o. e 2o. graus de jurisdição), já de acordo com o que se espera venha a ser a decisão do STJ ou STF.

Assim, se de um lado não existe, no sistema brasileiro, a obrigatoriedade de respeito a jurisprudência pacificada dos tribunais superiores, pode-se dizer que é ínsita à própria estrutura do Judiciário e à função de cada Tribunal, principalmente a dos tribunais superiores, a necessidade de que essas decisões orientem os demais órgãos do Poder Judiciário. Com isso, pretendemos dizer que o nosso sistema não seria o que é, nem seria como é a estrutura do Judiciário, se não houvesse, subjacente à criação desse modelo, a **idéia de que as decisões dos tribunais superiores devem ser respeitadas pelos demais, principalmente quando se forma jurisprudência reiterada em determinado sentido.**

É claro que, se os próprios tribunais superiores alteram com frequência indesejável suas próprias posições, a respeito de temas jurídicos importantes, fica quase impossível eleger-se a sua jurisprudência 'pacificada' como um norte.

Por outro lado, não se pode, rigorosamente, dizer que os precedentes dos Tribunais Superiores realmente vinculam, pois o nosso sistema não admite que o juiz decida senão com base, pelo menos, fundamentalmente, na lei. Orienta a atividade decisória do juiz o princípio do livre convencimento motivado: há liberdade para analisar as provas, formar a convicção e decidir, com base na interpretação da lei que se entenda correta. O juiz tem, portanto, no sistema brasileiro, segundo a opinião que predomina, a possibilidade de optar pela interpretação da lei que lhe pareça a mais acertada.

Então como sustentar dever a jurisprudência dominante, principalmente a dos tribunais superiores, ser respeitada?

É que essa liberdade não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de gerar o comprometimento da forma sistemática do direito e o afastamento integral da possibilidade de se tratarem isonomicamente os jurisdicionados.

(Teresa Arruda Alvim Wambier. *Súmula vinculante: figura do common law?*, in Revista do TRF da 4ª Região, vol. 44 – grifo nosso)

E também esta Corte tem, em momentos vários, demonstrado igual preocupação:

PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial:

Superior Tribunal de Justiça

orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente.

Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. **Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições.** Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciais façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

(AgRg nos EREsp n. 228.432, DJ 18/3/2002, Ministro Humberto Gomes de Barros – grifo nosso)

[...]

6. A doutrina do tema assenta que: Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. **Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico - sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito - que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais - e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional.** (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: Arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 4 e 5).

(REsp n. 1.111.743, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 21/6/2010 – grifo nosso)

[...]

3. **Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais.** Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, **é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição.** Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais)

interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade.

4. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores.

(REsp n. 1.063.310, DJe 20/8/2008, Ministro Teori Albino Zavascki – grifo nosso)

Vale chamar a atenção aqui para recente decisão proferida nos autos do HC n. 188.959, quando o Ministro Jorge Mussi, em matéria consolidada no âmbito deste Tribunal em determinado sentido, reconheceu a necessidade de seguir orientação firmada de forma reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em sentido oposto (grifo nosso):

[...]

A Turma denegou a ordem para acolher o entendimento segundo o qual o descumprimento das condições impostas em transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995) acarreta o oferecimento da denúncia e seguimento da ação penal. Segundo destacou o Min. Relator, recentemente, reconhecida a repercussão geral, a matéria foi objeto de análise pelo STF. Na oportunidade, firmou-se o posicionamento de que o prosseguimento da persecução penal na hipótese de descumprimento das condições impostas na transação penal não ofende os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, uma vez que a decisão homologatória do acordo, submetida à condição resolutiva – descumprimento do pactuado – não faz coisa julgada material. **O Min. Relator ponderou que, apesar da aludida decisão ser desprovida de caráter vinculante, o posicionamento adotado pela unanimidade dos integrantes do STF, órgão responsável em última instância pela interpretação constitucional, deve ser observado. Concluiu que, atento à finalidade do instituto da repercussão geral, e em homenagem à uniformização da jurisprudência, é imperiosa a revisão do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, passando-se a admitir o ajuizamento da ação penal quando descumpridas as condições estabelecidas em transação penal.**

No caso concreto, como bem relatou o Ministro Gilson Dipp, a questão encontra-se pacificada tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto neste próprio Tribunal, onde, por três vezes, em momentos distintos, com composições distintas, esta Terceira Seção firmou o mesmo entendimento há muito já consolidado no Supremo: a presunção de violência no caso de estupro é absoluta.

Quero esclarecer que não sou a favor da jurisprudência congelada, de que a interpretação firmada por nossos tribunais superiores seja imutável. Ela deve acompanhar a realidade e se adequar ao desenvolvimento social:

[...] todos estes mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de 'normatização pretoriana'. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposto pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça...'

(José Rogério Cruz e Tucci, *in* Precedente judicial como fonte de direito, pág. 180)

Porém tal mutabilidade tem que considerar, como também já disse Cruz e Tucci, uma vocação para o futuro, ou seja, que tal modificação seja "destinada a ser mantida com potencial continuidade em situações análogas" (*ob. cit.* pág. 299). Considerando o posicionamento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não vejo como a proposta encaminhada pela eminente Relatora vá atender essa condição.

Além do mais, não se trata de uma adequação da interpretação de um dispositivo do Código Penal (art. 224) a uma nova realidade social.

Isso, porque, na verdade, a interpretação dada pela nossa Corte Suprema, bem como por esta própria Terceira Seção, à questão da natureza absoluta da presunção de violência não é antiga, desassociada da realidade atual. Ela – como fica claro no voto exarado pelo Ministro Dias Toffoli quando do julgamento do HC n. 97.052, ocorrido em 16/8/2011, cuja ementa foi publicada em 14/9/2011 – é atual e comum às duas Turmas que compõem a Corte:

A questão controvertida, no caso em questão, consiste na interpretação do que dispõe o art. 224, 'a', do Código Penal, relativamente à presunção de violência quando a vítima não for maior de 14 (quatorze) anos de idade.

A maioria já sedimentada, tendo ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria, assentado que a presunção de violência, ainda que haja o consentimento da ofendida, é absoluta:

[...]

Esta é a orientação consolidada no Supremo Tribunal (HC n. 81.268/DF, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/11/02; RHC n. 80.613/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02/05/2000; RHC n. 79.788/MG, segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 17/08/01).

Vale, ainda, citar decisão recente da lavra do Ministro Luiz Fux, que, ao indeferir liminar nos autos do HC n. 109.206 (DJe 8/8/2011), disse que (grifo nosso):

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a **violência** em relação à vítima não maior de 14 (quatorze) anos, de que trata o artigo 224, "a" do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, é **absoluta**, consoante se vê dos seguintes julgados [...]

O precedente invocado nas razões da impetração (HC 73.662), prestigiando a tese da relatividade da presunção de violência, consubstanciou caso isolado nesta Corte, restando, conforme afirmado no HC 81.268, acima citado, suplantado por sucessivos julgamentos de ambas as Turmas deste Tribunal em sentido contrário.

Superior Tribunal de Justiça

Considerando, portanto, que "a vinculação ao precedente é fundamental para que a sociedade confie no Poder Judiciário, desmistificando-o como uma instituição que decide com base na convicção de cada indivíduo que a compõe, de sorte a formar uma multiplicidade de julgamentos díspares, gerando insegurança jurídica" (Marco Antonio da Costa Sabino, *ob. cit.* pág. 71/72), bem como tendo em vista a necessidade de se prestigiar a jurisprudência já consolidada no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em apreço, até como exemplo para as instâncias inferiores, e ressaltando meu entendimento pessoal, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilson Dipp.

(EREsp n. 1.021.634/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 23/3/2012)

Ou seja, diante da posição já mais do que consolidada no Supremo Tribunal Federal de que a presunção de violência é absoluta quando envolve menor de 12 anos, sendo indiferentes as circunstâncias em que a relação sexual ocorreu, não vejo como não prover o presente recurso especial.

O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao recorrido. 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, o que efetivamente se verificou *in casu* (fls. 4/6, 176/189 e 265/282), para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para condenar o réu, ora recorrido, em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão *a quo* (fls. 265/282), com o restabelecimento do *decisum* condenatório de primeiro grau (fls. 176/189), nos termos deste voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2013/0079677-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.371.163 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20111210033369 20111210033369RES 22080320108070012 2229510

PAUTA: 18/06/2013

JULGADO: 25/06/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RECORRIDO : J F DE J

ADVOGADOS : RENATO NOGUEIRA VILLA-REAL
KAREN CRISTINA DA SILVA PEREIRA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.