



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.494 - RN (2015/0074745-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
RECORRIDO : **P B DE A**
ADVOGADO : **JOSÉ MAJULI BEZERRA FILHO E OUTRO(S) - RN007540**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME COMETIDO QUANDO O AUTOR TINHA 19 E A VÍTIMA 11 A 12 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 DO QUAL RESULTOU UMA FILHA, SUSTENTADA FINANCEIRA E EMOCIONALMENTE PELO RÉU. PEDIDO EXPRESSO FORMULADO PELA VÍTIMA, EM 2017, PELA ABSOLVIÇÃO DO RECORRIDO. NECESSIDADE DE PRESERVAR A ESCOLHA FEITA LIVREMENTE PELA OFENDIDA, COMO FORMA DE EVITAR SUA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA E PROTEGER OS INTERESSES DA CRIANÇA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O réu P B DE A, à época com 19 anos de idade, manteve com a vítima L F G DA S, então com 11 a 12 anos de idade, relações sexuais no período de dezembro de 2009 a abril de 2010.

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. 7 anos após o cometimento do crime, a vítima formulou apelo expresso para que o réu fosse absolvido (e-STJ, fl. 538), por considerá-lo um bom pai, que convive com a filha e atende suas necessidades, além de ser a única fonte de sustento da criança.

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, sua filha pequena, que hoje é sustentada integralmente pelo recorrido.

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 o desenvolvimento de sua filha.

8. Recurso especial a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.494 - RN (2015/0074745-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECORRIDO : P B DE A

ADVOGADO : JOSÉ MAJULI BEZERRA FILHO E OUTRO(S) - RN007540

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TJ/RN, assim ementado:

"PENALE PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). VULNERABILIDADE RELATIVIZADA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. CASAL QUE MANTINHA RELACIONAMENTO AMOROSO. ABSOLVIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO EM DISSONÂNCIA COM O PARECER DA PRIMEIRA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, EM SUBSTITUIÇÃO LEGAL À QUINTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA.

- Não se afigura defensável continuar preconizando a ideia da vulnerabilidade absoluta em eventos em que a própria natureza dos fatos, demonstra a maturidade psicológica da vítima e afasta o injusto do acusado" (e-STJ, fls. 414-424).

Na origem, o MP/RN denunciou o ora recorrido pela prática do crime de estupro de vulnerável, na forma majorada e em continuidade delitiva (arts. 217-A e 234-A, III, do CP). Como se colhe da denúncia (e-STJ, fls. 2-4), o réu P B DE A, à época com 19 anos de idade, manteve com a vítima L F G DA S, então com 11 (e, a partir de 21/12/2009, 12 anos) de idade, relações sexuais no período de dezembro de 2009 a abril de 2010. A prisão foi efetuada em flagrante, quando réu e vítima se encontravam em um motel, após acionamento da polícia militar pelo pai de L F G DA S.

Destaco que, como decorrência destes fatos, a vítima engravidou e, durante o curso do processo, deu à luz uma filha, no dia 6/10/2010 (e-STJ, fl. 290).

Após a instrução processual, na qual se confirmou a prática consentida da conjunção carnal, sobreveio sentença absolutória (e-STJ, fls. 327-342).

A acusação interpôs apelação (e-STJ, fls. 350-368), desprovida pela Corte de origem no acórdão cuja ementa transcrevi acima.

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 441-458), o *Parquet* aponta violação do art. 217-A do CP, ao argumento central de que o consentimento da vítima menor de 14 anos não afastaria a tipicidade do delito, pois seria presumida, em absoluto, a violência nestas situações. Afirma que não existe adequação social nesta conduta, mormente quando se considera que o namoro iniciou quando a vítima tinha 11 anos de idade; ao final, pede o provimento do recurso especial, "de forma que o recorrido seja condenado nos termos da inicial acusatória" (e-STJ, fl. 457).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com contrarrazões (e-STJ, fls. 464-480), o apelo nobre foi admitido na origem (e-STJ, fl. 482).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF sugeriu o provimento do recurso especial, em parecer com a seguinte ementa:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. PRECEDENTES. PELO PROVIMENTO DO RECURSO" (e-STJ, fls. 497-503).

Inicialmente, dei provimento ao apelo ministerial, de forma monocrática e com espeque na tese repetitiva fixada pela Terceira Seção desta Corte Superior no julgamento do REsp 1.480.881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015 (e-STJ, fls. 506-509).

No entanto, após a interposição de agravo regimental pela defesa (e-STJ, fls. 516-525), e convencido da existência de peculiaridades no caso concreto que reclamam seu julgamento colegiado, reconsiderarei a decisão monocrática primeva (e-STJ, fl. 556), para submeter o feito à análise desta colenda Quinta Turma.

Destaco, também, que às fls. 535-542 (e-STJ) a defesa apresentou declaração firma pela vítima, na qual relata que é o réu quem sustenta a filha L F G DA S e pede sua absolvição. O *Parquet* foi intimado a se manifestar sobre este documento (e-STJ, fl. 544), e o fez na mesma ocasião em que apresentou resposta ao agravo regimental (e-STJ, fls. 549-554), reiterando as razões do recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.494 - RN (2015/0074745-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECORRIDO : P B DE A

ADVOGADO : JOSÉ MAJULI BEZERRA FILHO E OUTRO(S) - RN007540

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME COMETIDO QUANDO O AUTOR TINHA 19 E A VÍTIMA 11 A 12 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 DO QUAL RESULTOU UMA FILHA, SUSTENTADA FINANCEIRA E EMOCIONALMENTE PELO RÉU. PEDIDO EXPRESSO FORMULADO PELA VÍTIMA, EM 2017, PELA ABSOLVIÇÃO DO RECORRIDO. NECESSIDADE DE PRESERVAR A ESCOLHA FEITA LIVREMENTE PELA OFENDIDA, COMO FORMA DE EVITAR SUA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA E PROTEGER OS INTERESSES DA CRIANÇA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O réu P B DE A, à época com 19 anos de idade, manteve com a vítima L F G DA S, então com 11 a 12 anos de idade, relações sexuais no período de dezembro de 2009 a abril de 2010.

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. 7 anos após o cometimento do crime, a vítima formulou apelo expresso para que o réu fosse absolvido (e-STJ, fl. 538), por considerá-lo um bom pai, que convive com a filha e atende suas necessidades, além de ser a única fonte de sustento da criança.

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, sua filha pequena, que hoje é sustentada integralmente pelo recorrido.

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 o desenvolvimento de sua filha.

8. Recurso especial a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

1. Considerações preliminares e irrelevância do consentimento da vítima do crime tipificado no art. 217-A do CP

Em sucinta recapitulação, o presente caso versa sobre a possibilidade de condenação, pelo crime do art. 217-A do CP, de um rapaz que, à época com 19 anos, manteve relações sexuais consentidas e no âmbito de uma relação de namoro com a vítima, então com 11 a 12 anos de idade.

O início precoce da vida sexual da jovem, quando estimulado ou manipulado por uma pessoa adulta, ainda é um fenômeno comum, apesar de legalmente proibido. A complexidade das causas deste problema, desde a falta de educação sexual adequada à vulnerabilidade socioeconômica, em muito supera a capacidade do direito penal de solucioná-lo. De todo modo, ainda que sua intervenção não seja uma panaceia, a legislação penal tutela a integridade sexual dos menores de 14 anos, sancionando severamente as ofensas a este bem jurídico inegavelmente precioso.

Mesmo antes da reforma da Lei n. 12.015/2009, quando ainda vigia o art. 224, "a", do CP, o entendimento majoritário nas Cortes Superiores caminhava rumo à impossibilidade de flexibilização da presunção de violência na conjunção carnal praticada com menor de 14 anos. Cito, como exemplo neste STJ, o HC 65.267/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 3/6/2008, DJe 1º/9/2008; e, no STF, o HC 94.818/MG, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/6/2008, DJe 14/8/2008.

Não obstante, mesmo com a criação do art. 217-A do CP (que suprimiu a menção textual à presunção), o tema continuou a despertar debates doutrinários e jurisprudenciais, mormente nas instâncias ordinárias. Já sob a vigência da atual redação legal, e visando à uniformização do tema, a Terceira Seção desta Corte Superior apreciou a matéria sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, reafirmando a orientação que já se encaminhava para a pacificação, nos seguintes termos:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, 'a', do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anísse voluntariamente ao ato sexual (EResp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo 'seu grau de discernimento', como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que 'nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade'. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo 'discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento', não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - 'beijos e abraços' - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: 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".

(REsp 1.480.881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015).

O paradigmático aresto pôs fim à tentativa de etiquetamento da vítima do delito de estupro de vulnerável, não raro submetida a verdadeira devassa em sua vida íntima para que, com a comprovação de sua prévia experiência sexual, fosse relativizada a proteção legal a ela conferida. A conclusão então alcançada pelo douto Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (e seguida à unanimidade pelos integrantes do colegiado), além de interpretar de forma irretocável o plexo normativo sobre o tema, tem um conteúdo nitidamente civilizatório, ao proteger parcela da população que tanto necessita da atenção estatal.

Refletindo a tese firmada naquele julgado, a Terceira Seção elaborou a conhecida Súmula 593/STJ, que enuncia:

"O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

Permaneço convencido de que esta conclusão é adequada, tanto pela interpretação literal do art. 217-A do CP como pela sua leitura conjunta com o texto constitucional - e, a bem da verdade, também pelo diálogo com outras áreas do conhecimento científico, que não deixam dúvidas sobre a severidade da conduta tipificada no referido dispositivo.

O presente caso, todavia, guarda elementos que exigem do aparato estatal uma resposta diferenciada, por não se amoldar com perfeição ao entendimento jurisprudencial acima referenciado - e do qual não discordo. Afinal, nem toda discussão sobre o crime de estupro de vulnerável trata, exatamente, dos mesmos aspectos contemplados na Súmula 593/STJ; seguindo o alerta de DOSTOIÉVSKI, a realidade por vezes "desafia as mais engenhosas deduções e definições do pensamento abstrato - mais ainda: ela abomina as classificações claras e precisas que tanto nos agradam" (*House of the dead*. Nova York: E. P. Dutton, 1911, p. 306, tradução direta).

Pois bem. O drama exposto nestes autos, confirmando o aviso do romancista russo, não pode ser solucionado pela abstração da tese cristalizada na Súmula 593/STJ, como pretende o *Parquet*.

Conforme relatei, a relação entre o réu e a vítima iniciou-se quando aquele tinha 19 e esta 11 anos de idade. De seu namoro às escondidas nasceu uma filha, atualmente com 10 anos de idade, que é sustentada pelo réu e cuja criação a ofendida deseja que o recorrido acompanhe. É o que se colhe do acórdão recorrido:

"Talvez, o indesejado para a adolescente seja a condenação do acusado, ao saber que a verdade sobre seu relacionamento poderá levar ao cárcere o pai da sua filha, pois deixou transparente o desejo da liberdade de P. para acompanhar na criação da sua descendente" (e-STJ, fl. 417).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A manifestação mais contundente da vítima, contudo, foi por ela apresentada já nesta Corte Superior, em 10/2/2017, cujo teor transcrevo abaixo:

“EU [...], DECLARO, para todos os fins que se fizerem de direito, que namorei com P B DE A durante aproximadamente 06 (seis) meses, por livre e espontânea vontade e que em todos os momentos em que namoramos, não fui, em momento algum, forçada a manter relações sexuais com ele, pois todos os momentos em que nos relacionamos foi por comum acordo devido estarmos apaixonados.

Da nossa relação, tivemos como fruto do nosso amor, a pequena (L F G DE A) e, que desde o seu nascimento **o pai (P B DE A) presta todos os seus compromissos e responsabilidade de pai, tanto financeiro, quanto afetivo, não deixando faltar com nenhuma das suas obrigações.**

Declaro que caso P B DE A venha a ser condenado e preso, isso implicará em uma irreparável perda para o desenvolvimento de L F G DE A, pois devido ainda eu ser estudante universitária, **todas as necessidades da minha filha, seja afetiva e financeira, é suprida pelo pai (P B DE A).**

Diante de todos, faço um apelo ao Senhor Juiz que não condene e mande prender o pai da minha filha, pois não gostaria que ela crescesse sabendo que o seu pai está preso por um crime que não tinha conhecimento do que estava fazendo, pois éramos muitos jovens e não tínhamos ideia das consequências, além de que, **ele irá fazer muita falta durante o desenvolvimento afetivo e emocional dela por ser um pai muito presente**” (e-STJ, fl. 538; grifei).

A declaração foi firmada quando a vítima tinha 17 anos, de modo que ainda não tinha atingido a capacidade civil plena. Entretanto, também não se pode ignorar o teor do relato por ela apresentado, quando já estava bem próxima da idade adulta, e não retratado por qualquer meio posterior, após completar 18 anos.

Não é objeto deste processo o julgamento moral quanto aos méritos da específica estrutura de convivência estabelecida entre o recorrido, a ofendida e sua filha. O que se discute, nestes autos, é a possibilidade de intervenção do direito penal para, rompendo tal estrutura, e sob a justificativa de proteger a vítima, privar da liberdade o seu ofensor - e, por consequência, retirar o sustento e a presença paterna da vida de sua filha.

Esta inequívoca manifestação de vontade da ofendida não pode ser recebida com indiferença pelo sistema penal, sob pena de grave ofensa ao seu direito constitucional de desenvolver, livremente, a própria personalidade e resolver seus conflitos pessoais.

2. O papel da vítima no processo penal

Com a superação dos sistemas de vingança privada e o avanço na conquista do sistema penal pela civilização, o Estado ocupou espaços que tradicionalmente pertenciam à vítima de uma ofensa. A própria separação entre a sanção criminal e a reparação civil *ex delicto*, na verdade, concorreu para diminuir o protagonismo do ofendido na definição do *se* e *como* determinada pena seria imposta. Com efeito,

"Isto foi correlato à ascensão de instituições monárquicas para a punição de infratores. A Coroa passou a exercer sua prerrogativa sobre o processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punitivo na extensão que sua capacidade institucional permitia. No final do século XVIII, o advento do positivismo científico removeu quase todas as referências à vítima ao conceituar o comportamento criminal nos termos de uma falta de integridade biológica do ofensor. A consolidação da lei penal e da justiça sob o Estado foi uma consequência, então, da transferência inicial dos poderes da vítima para a Coroa" (KIRCHENGAST, Tyrone. *The victim in criminal law and justice*. Nova York: Palgrave MacMillan, 2006, p. 220, tradução direta).

O criminólogo norueguês NILS CHRISTIE (um dos primeiros proponentes, na segunda metade do século XX, do atual conceito de *justiça restaurativa*) detecta, com precisão, que:

"A vítima suporta uma perda particularmente pesada nesta situação. Ela não apenas sofreu, perdeu materialmente ou se feriu, física ou mentalmente. E o Estado não apenas toma a compensação. Mas acima de tudo, a vítima perdeu a participação em seu próprio caso. É a Coroa quem fica sob os holofotes. É a Coroa quem descreve as perdas, não a vítima. [...] Algo que lhe pertencia foi retirado dessa vítima" (CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*. The British Journal of Criminology, v. 17, n. 1, 1977, p. 7-8, tradução direta).

Na prática forense, com frequência, "a vítima serve apenas como um meio - especificamente, um meio de prova para ser usado pelo Estado a fim de obter uma condenação" (MCDONALD, William. *Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim*. American Criminal Law Review, v. 13, n. 4, 1976, p. 650, tradução direta). É pouco comum que se perguntem seus anseios, seus desejos, sua opinião sobre como a lesão pessoal e social causada pelo crime poderia ser resolvida. Embora sejam inegáveis os benefícios da concentração da justiça penal em entidades estatais, é real o risco de que o ofendido, que efetivamente suportou as consequências diretas do crime, acabe por restar alijado do processo.

Quando os desígnios do Ministério Público e os da vítima estão alinhados, este problema prático é certamente menos intenso, mas há situações em que a pretensão do órgão acusador pode não corresponder exatamente aos anseios do ofendido - ou, como no presente caso, contrariá-los frontalmente.

Esta perplexidade, amplamente discutida no exterior, também não escapou ao debate doutrinário brasileiro. Especificamente sobre os crimes sexuais, apresento as pertinentes considerações de BÁRBARA SOUZA, publicadas recentemente na Revista do IBCCRIM:

"O centro da crítica à reação repressiva estatal é que o Estado não considera o que a vítima deseja ou o que pensa da punição, aplicando mecanicamente a consequência penal prevista pela lei. Não abre espaço à vítima para saber qual seria, em sua opinião, a resposta mais adequada ao mal que lhe foi causado, passando, portanto, por cima dos interesses daquele que mais sofre com a ação ilícita, que podem não ser os mesmos que os do Estado" (*O uso da mediação nos delitos sexuais: o resgate da dignidade da vítima*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 125, 2019 p. 25).

O debate é atual e relevante, não tendo encontrado ainda uma resposta juspositiva clara no já antigo CPP. Certo é que, em todo delito, mas especialmente naqueles contra a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dignidade sexual, a desconsideração da vontade da vítima abre espaço para um processo de *vitimização secundária* - assim entendida, nas palavras do professor espanhol ANTONIO BERISTAIN, como o sofrimento imposto ao ofendido pelas "instituições mais ou menos diretamente encarregadas de 'fazer justiça': policiais, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias, etc." (*Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 105).

Semelhante definição é apresentada por CEZAR ROBERTO BITENCOURT, para quem

"No âmbito procedimental-investigatório constata-se outro tipo de vitimização, em que a violência é causada pelo próprio sistema de justiça penal que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou o adolescente. Essa revitimização denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infantojuvenis novas vítimas, agora do estigma procedimental-investigatório; a violência do sistema pode dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do trauma, provocando ainda uma imensa sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições de justiça criminal" (*Tratado de direito penal* (v. 4). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 113).

Faço essa breve digressão doutrinária para demonstrar que o processo penal não pode ignorar a vontade da vítima, substituindo-a integralmente pelo interesse acusatório na condenação e execução de uma sanção. Certamente é possível pensar em casos, como nos crimes contra a Administração Pública, nos quais a vontade do sujeito passivo imediato (o ente público lesado) não obsta a pretensão punitiva, haja vista a predominância do interesse social existente. Aqui, porém, está em julgamento a vida de três pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime.

É necessário lembrar que a aplicação do direito penal, com a imposição de uma pena privativa de liberdade de 8 a 15 anos de reclusão (ainda majorada em metade pelo art. 226, II, do CP), traria consequências verdadeiramente devastadoras para a vítima e sua filha, que se veriam privados, por longo período, da convivência com o pai - para além das considerações financeiras imediatas. O atendimento de um abstrato interesse público na condenação e segregação prisional do recorrido, **contra a vontade da vítima**, não lhe trará qualquer alívio, e nada fará para preencher o vácuo financeiro e emocional deixado pelo réu na sua vida e na educação de sua filha.

O crime cometido pelo recorrido é, sem dúvida, de natureza grave, e o consentimento da vítima não exclui a tipicidade ou ilicitude de sua conduta, nos termos da Súmula 593/STJ. Também não se questiona a presença dos elementos integrantes da culpabilidade. A tormentosa pergunta a ser respondida neste caso é: mesmo diante da prática do crime, há possibilidade de imposição da pena?

Ponderando detalhadamente os aspectos da causa, penso que a resposta é negativa. Não há dúvidas de que a dignidade sexual de crianças e adolescentes, bem jurídico tutelado pelo art. 217-A do CP, interessa a toda a coletividade (tanto que a respectiva ação penal é pública incondicionada, na forma do art. 225 do CP), mas **a proteção deste bem preocupa muito mais a própria vítima**, em especial quando esta atingiu a idade adulta no curso do processo. O encarceramento do recorrido equivaleria, na prática, a uma vitimização secundária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ofendida, que além de ter sofrido um abuso sexual - e isso não questiono - veria, já adulta, desrespeitada pelo Estado a sua escolha de manter contato com o réu, permitir sua participação na vida da filha e dele conseguir seu sustento.

Mesmo com a nobre intenção de protegê-la, respondendo de algum modo ao dano por ela sofrido enquanto adolescente, a imposição de uma pena deixaria a vítima em uma situação talvez ainda mais vulnerável do que quando tinha 11 anos de idade. Com a condenação do recorrido, a vítima, hoje com 21 anos de idade, teria de enfrentar sozinha o enorme desafio de educar e sustentar uma filha pequena, sem a presença do pai, que provê seu sustento. A tarefa já seria hercúlea para qualquer pessoa, mas há ainda um fator agravante: a ofendida engravidou aos 12 anos de idade, e, apesar de não haver nos autos um estudo detalhado sobre as consequências deste fato sobre sua educação, a experiência nos permite afirmar a elevada probabilidade de que seu desenvolvimento acadêmico-profissional tenha sido dificultado desde então.

Ao votar pela inaplicabilidade da pena no presente caso, longe de questionar a legitimidade da atuação do MP/RN, estou movido por uma preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização. Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida e impor-lhe a difícil condição de mãe jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual. Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objetivo (lícito e correto, ressalto) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria.

Por todos estes fatores, creio que a manutenção do acórdão recorrido é a medida que menos danos concretos trará à vítima, a sua filha (ambas merecedoras de especial proteção, consoante os arts. 226 e 227 da CF) e à própria sociedade.

3. Isenção de pena na teoria geral do delito

Reconheço que a proposta aqui encaminhada ao colegiado é de difícil enquadramento na teoria geral do delito. Mantenho a convicção de que a Súmula 593/STJ reflete um entendimento jurisprudencial acertado, e por isso o consentimento da vítima não exclui a tipicidade, ilicitude ou culpabilidade da infração cometida pelo recorrido. O afastamento da pena está, por conseguinte, na esfera de sua punibilidade, porque apesar de punível *em tese* a ofensa ao art. 217-A do CP, não há sentido prático, como argumentei acima, na aplicação de uma pena no caso *concreto*.

A hipótese se situa, destarte, no campo do que EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI denominam de *operatividade da coerção penal*:

"Vimos que apesar de todo o delito ser merecedor de pena, ocasionalmente esta não é aplicada, porque há algum impedimento à sua imposição, isto é, algum impedimento à operatividade da coerção penal.

Isto significa que a coerção penal pelo delito atua somente sob certas condições, que, genericamente, chamamos de 'condições de operatividade da coerção penal'. O lugar adequado para o seu tratamento não pode ser outro que não o da própria teoria da coerção penal. Preferimos o nome de 'condições da operatividade da coerção penal' e não a que uma parte da doutrina deu à maioria dos casos negativos, ou ausência destas condições, chamados de 'excusas absolutórias', que não têm um sentido dogmático definido.

(*Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019, p. 661).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com raciocínio similar, LUIZ RÉGIS PRADO se refere às escusas absolutórias, ainda que utilize terminologia diversa:

"É possível dizer que as escusas absolutórias também são condições de punibilidade do delito. Todavia, são condições de punibilidade negativamente formuladas, excluindo a punibilidade do crime no tocante a determinadas pessoas. Embora presentes os elementos constitutivos do delito (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade) isenta-se o réu de pena por razões de política criminal (utilidade e conveniência) - ou seja, são causas de impunidade *utilitatis causa*" (PRADO, Luiz Régis. *Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa*. Revista dos Tribunais, v. 776, 2000, p. 446).

No caso dos autos, em minha visão, está-se diante de uma escusa dessa espécie, ainda que de natureza supralegal - já que, mesmo não elencada expressamente na legislação penal, uma leitura constitucional e finalística do art. 217-A do CP mostra que a imposição da pena nele cominada violaria ainda mais a legítima, e já fragilizada, posição jurídica da vítima.

Trata-se, é claro, de situação excepcionalíssima, que não busca superar a Súmula 593/STJ. O que fundamenta a solução proposta para a causa é, ao revés, a constatação de que a aplicação da pena, neste específico e peculiar caso, está na contramão da própria finalidade maior da lei penal.

4. Dispositivo

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0074745-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.524.494 / RN

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007465420108200107 0452010 107100007460 20130028125000100 7465420108200107

PAUTA: 18/05/2021

JULGADO: 18/05/2021

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECORRIDO : P B DE A

ADVOGADO : JOSÉ MAJULI BEZERRA FILHO E OUTRO(S) - RN007540

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, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.