WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO **MARCO AURÉLIO BELLIZZE** DA EGRÉGIA **QUINTA TURMA** DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.369.872 – SP**
Recorrente: M F A
Adv.: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

**M F A**, qualificado nos autos do Recurso Especial em epígrafe, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com fundamento no artigo 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência interpor **AGRAVO REGIMENTAL** contra a r. Decisão monocrática de fls., nos seguintes termos.

Vossa Excelência entendeu por bem **negar seguimento** ao Recurso Especial interposto pelo agravante, que pretendia fosse reconhecida como relativa a presunção de violência

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



prevista no art. 224 do Código Penal, trazendo como acórdão divergente o EREsp nº 1021634/SP.

Pelo que se depreende da r. Decisão denegatória, o indeferimento se deu sob o argumento de que, o acórdão apontado pelo recorrente como paradigma não mais subsiste porquanto reconsiderado o próprio conhecimento do recurso em embargos de declaração.

Em que pese tão respeitável decisão, entende o recorrente que ela merece ser reconsiderada, senão vejamos:

**Preliminarmente:**

A Defensoria Pública, no exercício de suas funções constitucionais, possui a contagem em dobro dos prazos processuais, conforme disposto na Lei Complementar Federal nº 80/94, e na Lei Federal nº 1060/50. Logo, o prazo para interposição do agravo regimental é de dez dias, que se encerra em 09.09.2013 (intimação pessoal em 29.08.2013).

**a) Da superveniência da cassação do acórdão paradigma em Embargos de Declaração.**

Com efeito, como se percebe na ementa colacionada no V. Acórdão ora agravado, os Embargos de Declaração que reconheceram a intempestividade dos Embargos de Divergência (EDcl nos EREsp 1021634/SP) foi publicado em 04.09.2012, isto é, após a interposição do presente Recurso Especial (REsp 1.369.872/SP).

Evidente que a superveniência de cassação do Acórdão paradigma, por questões meramente processuais, não pode

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



prejudicar o conhecimento do Recurso Especial, que se baseou, na época de sua interposição, na posição que prevaleceu em sede de Embargos de Divergência.

Assim, conquanto o Acórdão paradigma não mais subsista, não se pode afirmar que as razões do Recurso Especial estejam em desconformidade com a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

É possível, portanto, conhecer do presente Recurso Especial, ainda que com base em outro paradigma, tal qual o AgRg no REsp nº 1.303.083, cuja ementa segue transcrita:

> ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), **firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa**. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1303083/MG. Relator Ministro JORGE MUSSI, Data do Julgamento 19/04/2012, Data da Publicação DJe 27/04/2012).
>
> No mesmo sentido:
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224 DO CP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ACÓRDÃO *A QUO* EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



> 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a presunção de violência do art. 224 do Código Penal se revela de natureza relativa (*iuris tantum*). 2. A corrente majoritária, doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção da violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados fatores impõe, em situações tais, o afastamento da presunção. 3. No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, *a*, do Código Penal – revogado pela Lei n. 12.015/2009 –, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade. 4. Incidência da Súmula 83/STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (**STJ**. 6ª Turma. AgRg no REsp nº 1.214.407, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data do Julgamento: 13 de setembro de 2011, DJe: 28/09/2011).

**b) Do cotejo analítico com o novo paradigma.**

A divergência pode ser percebida nas diametralmente opostas interpretações ao mesmo contexto fático:

> **ACÓRDÃO RECORRIDO**
> *(...)*
> *"Sobre a violência presumida, cuja natureza, em regra, é absoluta, algumas considerações. [...]. Portanto, o consentimento da vítima não tem nenhum valor. A intenção do legislador foi*

*proteger a vítima que não é maior de 14 anos. Assim foi decidido neste Tribunal: [...]. Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou na sua Quinta Turma, o posicionamento no sentido de que a presunção de violência então prevista no art. 224, a, do Código Penal é de natureza absoluta. Nesse sentido: [...]. Tanto a proteção é plena ao menor de 14 anos que o legislador erigiu a presunção de violência, decorrente da idade, a crime autônomo (art. 217-A, do Código Penal). Assim, é mesmo caso de violência presumida.*

**ACÓRDÃO PARADIGMA**

O meu entendimento sempre foi de que a presunção a que se referia o art. 224, a, do Cód. Penal – "presume-se a violência, se a vítima não é maior de catorze anos" – é de cunho relativo. A tal respeito, escreveu, há mais de 50 (cinquenta) anos, Nelson Hungria: "O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor, ou com o jogo de simulada esquivança ante umavis grata..." ("Comentários ao Código Penal", Forense, 1983, vol. VIII, págs. 107-108.) [...]No entanto, recentemente, o tema foi novamente levado à Seção, e, por maioria, o entendimento foi alterado, proclamando-se a tese de que a presunção de violência seria de natureza relativa. Veja-se a ementa do julgado: *"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIAPRESUMIDA. MENOR*

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



> *DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A",DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIACARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos." (EResp-1.021.634/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 3ª SEÇÃO, julgado em 23/11/2011).* Sendo assim, o acórdão recorrido está em consonância com o atual entendimento desta Corte Superior".

A divergência é evidente.

Em confronto analítico, enquanto o acórdão impugnado entendeu que a presunção de violência é absoluta, e, com isso, ignorou o relato do genitor da vítima no sentido de que ela já se dava à prática da prostituição, o acórdão paradigma assenta que a presunção é relativa, não sendo aplicável a *novatio legis in pejus* referente ao delito de estupro de vulneráveis (art. 217-A, do Código Penal).

E, para que não se alegue que este paradigma está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento dos EDcl no REsp n. 1021634, faz-se o cotejo também com outro arresto citado acima (AgRg no REsp nº 1.214.407):

> "[...] Neste contexto, a corrente majoritária, doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção de violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



> fatores impõe, em casos tais, o afastamento da presunção [...]
> Dessa forma, repita-se, deve afastar o óbice levando pela insurgência em exame, porquanto **ao acórdão recorrido se firmou em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, *a*, do Código Penal** – revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade. Depreende-se dos autos que o acórdão recorrido se encontra em consonância com ao jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, assim sendo, aplica-se ao caso vertente a Súmula 83/STJ [...]".

Como se vê, embora o V. Acórdão eleito como paradigma quando da interposição do Recurso Especial tenha sido cassado, por questão meramente formal (intempestividade), tal não obsta o conhecimento do presente recurso, pois está em conformidade com o entendimento desta Colenda Corte Superior.

Aliás, já há muito tempo que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem afirmando que, em contexto fático semelhante ao ora debatido, a existência de prova de que a vítima se prostituía há algum tempo é demonstrativo da ausência de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a liberdade sexual, de maneira a autorizar a relativização da presunção de violência. Além do paradigma já citado na interposição, vale destacar:

> PENAL. ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CÓDIGO PENAL, ARTS. 213 E 224. EXEGESE. - O art. 224, do Código Penal, prevê, em sede de crimes contra a liberdade sexual, a presunção de violência em razão da menoridade da vítima, que ainda não tem desenvolvimento

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



> psicológico para manifestar validamente o seu consentimento - **Embora se trate de presunção indutiva, que <u>cede espaço à prova de ser a vítima menor não-honesta, com experiência na vida de prostituição</u>**, o crime de estupro caracteriza-se com prática de relação sexual com menor de 14 anos, sendo irrelevante o seu consentimento. - Recurso especial conhecido. (STJ. 6ª Turma. REsp 117142/PR, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Rel. p/ Acórdão Min. VICENTE LEAL. Data do Julgamento 23/06/1998, Data da Publicação DJ 22/11/1999 p. 202, REPDJ 29/11/1999 p. 210).

Ora, como já se afirmou, no V. Acórdão recorrido, sustentou-se que o "*testemunho do pai da vítima, Verginio Caetano Ferreira, no que se apegou a defesa para impugnar a presunção de violência (o pai da vítima disse que ouviu dizer que ela estaria se prostituindo), além de não ter sido renovado sob o crivo do contraditório (fls. 417/418), em nada influi no deslinde da causa*".

O V. Acórdão recorrido está em franca contradição com o precedente ora citado, que deixa claro que a presunção de violência cede diante de prova de ser a vítima menor "não-honesta, com experiência na vida de prostituição". Frise-se ainda que no caso dos autos o relato vem do próprio genitor da vítima!

Em sentido semelhante, esta Egrégia Corte já decidiu inclusive em sede de *habeas corpus* sobre a relatividade da presunção de violência, desconstituindo sentença condenatória com tal fundamento:

> ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



> JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIRSENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência. 2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória. 3. Ordem concedida. (STJ, 6ª Turma. HC 88.644/GO. Rel. Min. CELSO LIMONGI. Data do julgamento 24.06.2009, DJe: 08/09/2009)

Na oportunidade, de modo catedrático, decidiu Sua Excelência, o Desembargador Celso Limongi:

> 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. [...] E, nesse aspecto, é inegável o valor da jurisprudência, pois esta comumente vem à frente do legislador e é para ele fonte de

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



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 artigo 2° 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, pág. 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 6 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. 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... A interpretação da lei exige, de tal arte, coerência, harmonização das disposições legais, evitando interpretações que

se contraponham. Todavia, não entendo, a fortiori, hediondas essas modalidades de crime em que milita contra o sujeito ativo presunção de violência. E isto, porque a Lei de Crimes Hediondos não contempla essa modalidade. Leia-se a lei e ali encontraremos como crimes sexuais hediondos tão-só o estupro e o atentado violento ao pudor, nas formas qualificadas. A presunção de violência está prevista apenas no artigo 224, alínea "a", do Código Penal, e a ela a Lei de Crimes Hediondos não faz a mínima referência. E, sem previsão legal, obviamente não existe fato típico, proibida a analogia contra o réu. [...]Um ponto apenas: em artigo publicado no jornal "Folha de S. Paulo", caderno "Equilíbrio", de 21 de maio de 2009, noticiou-se que a antecipação da puberdade é um fenômeno mundial relacionado a fatores como a melhor alimentação, acrescentando que as meninas de hoje são mais informadas e encaram com mais naturalidade a transição rumo à vida adulta. Nesse artigo extraio trecho importante: A idade média do desenvolvimento dos seios baixou de 10,88 anos entre 1991 e 1993 para 9,86 entre 2006 e 2008, período em que os autores acompanharam mais de 2.000 garotas entre cinco e 20 anos Aliás, fico com a sensação de que a menina de 14 anos de idade, à época do nascimento do Código Penal não era mais instruída sobre temas sexuais, do que a menina de 12 anos de hoje... Todavia, sempre atento aos princípios constitucionais, garantidores da liberdade individual, e preocupado sempre com inversões, em que a lei ordinária se sobreponha à Constituição Federal, e, em especial, não havendo previsão legal expressa de que estupro e atentado violento ao pudor, por violência ficta, se qualifiquem como delitos hediondos, meu voto é pela concessão da ordem para desconstituir a decisão que condenou o paciente como incurso nas penas do artigo 213, absolvendo-o sob o fundamento de que os fatos a ele imputados não

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



configuram, na espécie destes autos, crime de estupro com violência presumida.

Como se vê, **está mais do que comprovada a divergência jurisprudencial sobre o tema com fundamento na jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça**, sendo de todo irrelevante que o V. Acórdão escolhido como paradigma quando da interposição do Recurso Especial com fundamento no dissídio jurisprudencial, tenha sido posteriormente prejudicado em julgamento de Embargos de Declaração superveniente à interposição.

Diante de todo o exposto, requer o agravante seja **reconsiderada** a r. decisão monocrática de fls., ou provido o presente Agravo Regimental e, consequentemente, **conhecido e provido** o Recurso Especial interposto, para os fins postulados.

Nestes termos,
Pede Deferimento.

Marília, 7 de setembro de 2013.

**CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO**

3º Defensor Público do Estado em Marília - SP