



INFORMATIVO

Março • 2024

Apresentação

O Informativo de Jurisprudência elaborado pela Escola Superior da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso – ESDEP/MT, consiste em uma edição mensal que objetiva comentar os julgados importantes para a atuação profissional da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, selecionados pela equipe e pelos colaboradores de acordo com a atualidade e relevância, de forma a contribuir com a atualização jurisprudencial de todo seu corpo técnico.

A divulgação online do informativo permite atingir uma quantidade maior de membros, servidores e estagiários, e assegura o cumprimento da missão institucional de promoção dos direitos humanos e de defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Confira a seguir os temas constantes da presente Edição.

- Decreto n. 11.302/2022 e a interpretação acerca dos critérios de concessão do Indulto de 2022.
- O regime de bens de entidades familiares de pessoas maiores de 70 anos e o Tema em Repercussão Geral n. 1.236 do STF.
- Competência nas ações de guarda e a teoria da derrotabilidade das normas.
- Medidas executivas atípicas e o Cadastro Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).
- É possível falar em consentimento da vítima no estupro de vulnerável?
- Indicação de dispositivos no Recurso Especial: uma possível flexibilização.

TEMA 01

Decreto n. 11.302/2022 e a interpretação acerca dos critérios de concessão do Indulto de 2022.

Julgados Analisados: Habeas Corpus n. 853.365/SP e AgRg no Habeas Corpus n. 856053/SC.

O Decreto n. 11.302, de 22 de dezembro de 2022, que concedeu o indulto natalino, contemplou diversas situações distintas:

- (i) art. 1º - indulto humanitário;
- (ii) art. 2º - agentes públicos que compõem o Sistema Único de Segurança Pública;
- (iii) art. 3º - militares das forças armadas, em operações de Garantia da Lei e da Ordem;
- (iv) art. 4º - pessoas maiores de 70 anos;
- (v) art. 5º - pessoas condenadas a crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos;
- (vi) art. 6º - agentes públicos integrantes dos órgãos de Segurança Pública.

Julgamento do Habeas Corpus n. 853.365/SP

O Habeas Corpus n. 853.365/SP foi impetrado em 11/09/2023, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e julgado em 03/10/2023. Atualmente, encontra-se aguardando julgamento de embargos de declaração.

De acordo com o art. 5º do Decreto Presidencial:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.

O HC objetivava discutir se, para fins de preencher o requisito objetivo de pena privativa de liberdade máxima em abstrato não superior a 05 anos, deveria ser considerado o somatório das penas da execução, ou apenas a pena do delito que se pleiteia o indulto.

No caso concreto, o TJSP não havia reconhecido o preenchimento do requisito objetivo do indulto em virtude de unificação de penas (crime de falsa identidade e diversos delitos de furto qualificado) cuja somatória ultrapassava os 05 anos, pelo que cassou a decisão agravada de primeiro grau que deferira o pedido de indulto formulado pela defesa.

O STJ destacou que, em termos de hermenêutica jurídica, o caput do artigo deve ser interpretado de forma conjunta com seus parágrafos, incisos e alíneas, e portanto, o parágrafo único do artigo é claro em afirmar que a pena será considerada individualmente para preenchido do critério objetivo de pena máxima em abstrato não superior a 05 anos.

No julgamento, o STJ destacou que, segundo interpretação da Corte, a interpretação extensiva das restrições do Decreto representa invasão à competência exclusiva do Presidente da República. Em que pese o art. 11 do Decreto dispor que “as penas correspondentes a infrações diversas serão unificadas ou somadas até 25 de dezembro de 2022”, o limite objetivo do art. 5º deve considerar cada crime isoladamente, em atenção ao seu parágrafo único.

O STJ considerou que, no caso concreto, o pedido foi formulado para o crime de falsa identidade (art. 307, caput, do Código Penal), cuja pena máxima em abstrato é de 01 ano de detenção, preenchido, portanto, o requisito objetivo para fins de concessão do indulto.

Por fim, por unanimidade, a Sexta Turma do STJ concedeu o habeas corpus, cassando o acórdão coator e restabelecendo a decisão de 1º grau que concedera o indulto ao paciente.

Julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 856.053/SC

O Habeas Corpus n. 856.053/SC foi impetrado em 21/09/2023, pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Em decisão monocrática de 26/09/2023, a ordem foi concedida liminarmente, para fins de cassar o acórdão coator e determinar que houvesse novo julgamento.

Dessa decisão foi interposto Agravo Regimental, ao qual foi negado provimento em 08/11/2023. Por fim, o processo foi incluído em pauta para julgamento em 27/02/2024 (plenário virtual com término previsto para 04/03/2024).

O Habeas Corpus tem por objeto a interpretação do artigo 5 do decreto, em conjunto com os seus artigos 7º (crimes impeditivos) e 11 (concurso).

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração.

(...)

Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, as penas correspondentes a infrações diversas serão unificadas ou somadas até 25 de dezembro de 2022, nos termos do disposto no art. 111 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Parágrafo único. Não será concedido indulto natalino correspondente a crime não impeditivo enquanto a pessoa condenada não cumprir a pena pelo crime impeditivo do benefício, **na hipótese de haver concurso com os crimes a que se refere o art. 7º**, ressalvada a concessão fundamentada no inciso III do caput do art. 1º.

Discute-se, portanto, se nas hipóteses em que não há concurso de crimes (e que as ações ocorreram em contextos diversos) haveria a necessidade de cumprimento da pena referente ao crime impeditivo.

Em decisão monocrática do Ministro Sebastião Reis Júnior, concedeu-se liminarmente a ordem para cassar o acórdão coator e determinar a reanálise do caso considerando individualmente as condenações, justamente por se tratarem de duas condenações por crimes impeditivos e uma por crime não impeditivo em que não houve concurso de crimes, seguindo o entendimento já formado no STJ no julgamento do AgRg no HC n. 824.625/SP:

2. Para fins do referido decreto, apenas no caso de crime impeditivo cometido em concurso com crime não impeditivo que se exige o cumprimento integral da reprimenda dos delitos da primeira espécie. Em se tratando de crimes cometidos em contextos diversos, fora das hipóteses de concurso (material ou formal), não há de se exigir o cumprimento integral da pena pelos crimes impeditivos.

O Ministério Público Federal agravou desta decisão monocrática, sob o fundamento de que o apenado deve ter resgatado integralmente a reprimenda das infrações penais impeditivas para se beneficiar do indulto, bem como o fato de que o paciente ainda cumpria pena pelo delito impeditivo até 25/12/2022, o que impossibilitaria a concessão do indulto.

Novamente o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior ressaltou a necessidade de interpretação restritiva do decreto, sob pena de invasão de competência privativa do Presidente da República.

Assim sendo, apenas no caso de crime impeditivo cometido em concurso com crime não impeditivo que se exige o cumprimento integral da pena dos delitos impeditivos. Fora das hipóteses de concurso, seja formal ou material, não há que se exigir o cumprimento integral da pena pelos crimes impeditivos.



Considerando que, no caso concreto *sub judice*, as condenações do paciente a crimes impeditivos e crimes não impeditivos eram em contexto diverso – e não em concurso –, a análise deve ser feita individualmente para cada delito.

Por fim, a Terceira Seção do STJ, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, mantendo, portanto, a decisão monocrática. O julgamento do Habeas Corpus será realizado em plenário virtual, com início em 27/02/2024 (término previsto para 04/03/2024).

Para Acesso ao Indulto Natalino de 2022:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11302.htm

Acesso à íntegra do acórdão:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303273949&dt_publicacao=09/10/2023

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303431428&dt_publicacao=14/11/2023

TEMA 02

O regime de bens de entidades familiares de pessoas maiores de 70 anos e o Tema em Repercussão Geral n. 1236 do STF.

Julgados Analisados: Agravo no Recurso Extraordinário n. 1309642 – Tema em RG n. 1236 do STF.

Em 30/09/2022 foi reconhecida a repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1309642, originário do TJSP, em razão do questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, que impõe o regime da separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 anos, e a aplicação dessa regra às uniões estáveis, considerando o respeito à autonomia e à dignidade humana, a vedação à discriminação contra idosos.

A discussão perpassa a análise do art. 1641, que impõe o regime da separação obrigatória de bens em três situações: I – das pessoas que se casarem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, previstas no art. 1523, do CC; II – da pessoa maior de 70 (setenta anos), redação dada pela Lei n. 12.344/2010, que alterou a redação original que previa a idade de 60 (sessenta) anos; III – das pessoas que dependerem de suprimento judicial para casar, como no caso de nubentes entre os 16 e 18 anos que não obtiverem autorização de seus pais ou representantes legais.

Vigora o entendimento de que a imposição do art. 1641, II, do CC, também se aplicava à união estável: “Súmula STJ n. 655: Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum”.

De um lado, argumentos para proteção da pessoa idosa com o fim de impedir a comunicação patrimonial em relacionamentos que tenham por objetivo principal obter vantagens econômicas, protegendo o patrimônio familiar e o direito de herança dos herdeiros. De outro, a imposição interfere na autonomia da pessoa idosa, e presume de forma absoluta a incapacidade de decidir sobre o regime de bens aplicável à sua entidade familiar.

Em 01/02/2024 o tema foi julgado pelo Plenário da Corte Suprema, com fixação da tese: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública.”

O que mudou, então?

Vislumbra-se dois cenários fáticos distintos:

1. Pessoas maiores de 70 anos já casadas ou conviventes: ainda será aplicável o regime de bens da separação obrigatória, nos termos do art. 1641, II, do Código Civil;
2. Pessoas maiores de 70 anos que pretendem se casar ou constituir união estável a partir de agora:
 - 2.1 Caso queiram optar por um regime de bens distintos do regime da separação obrigatória, deverão lavrar escritura pública para manifestação de vontade nesse sentido, o que passa a ser considerado válido de acordo com o entendimento do STF, que tem força vinculante;
 - 2.2 Na ausência de manifestação de vontade expressa, continuará sendo aplicável o regime da separação obrigatória.

Para os casamentos já celebrados, é possível a alteração do regime de bens da separação obrigatória, seguindo o entendimento exarado no Tema 1236?

Acredita-se que sim. No caso da união estável, conforme previsto pelo Provimento CNJ n. 149/2023, que institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ – Foro Extrajudicial, a alteração do regime de bens pode ser feita pela via extrajudicial.

Nas uniões estáveis registradas, ambos os companheiros poderão formular requerimento de alteração de regime de bens diretamente perante o registro civil das pessoas naturais, pessoalmente ou por meio de procuração por instrumento público. A alteração será averbada, e não prejudicará terceiros de boa-fé, inclusive credores cujos créditos fossem anteriores à alteração do regime.

O novo regime produzirá efeitos a partir da averbação no registro da união estável, e não retroagirá aos bens adquiridos anteriormente, salvo se o regime escolhido for da comunhão universal, hipótese na qual os efeitos da alteração atingem todos os bens existentes no momento da alteração. A mesma previsão de alteração extrajudicial não contempla o casamento. Dessa forma, cabe apenas a via judicial por meio de Ação de Alteração do Regime de Bens, com fundamento no art. 1639, §2º, do Código Civil e no art. 734, do Código de Processo Civil.

¹Para acesso à íntegra do Provimento CNJ n. 149/2023:
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>.

De acordo com o STJ:

A melhor interpretação que se pode conferir ao § 2º do art. 1.639 do CC é aquela no sentido de não se exigir dos cônjuges justificativas ou provas exageradas, desconectadas da realidade que emerge dos autos, sobretudo diante do fato de a decisão que concede a modificação do regime de bens operar efeitos ex nunc.

Destaca-se, por fim, que se a opção do novo regime de bens for pelo regime da comunhão universal de bens, já entendeu o STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1671422 que, neste caso, os efeitos da alteração retroagem à data da celebração do casamento. De acordo com o tribunal:

A eficácia ordinária da modificação de regime de bens é "ex nunc", valendo apenas para o futuro, permitindo-se a eficácia retroativa ("ex tunc"), a pedido dos interessados, se o novo regime adotado amplia as garantias patrimoniais, consolidando, ainda mais, a sociedade conjugal.

A retroatividade será corolário lógico do ato se o novo regime for o da comunhão universal, pois a comunicação de todos os bens dos cônjuges, presentes e futuros, é pressuposto da universalidade da comunhão, conforme determina o art. 1.667 do Código Civil de 2002.

Com a formação da comissão de juristas para reforma do Código Civil, uma das propostas é a revogação integral do art. 1641 do Código Civil, sob a justificativa de que o dispositivo é discriminatória e desconsidera a capacidade de discernimento e a autonomia de vontade das pessoas,³ e não apenas do inciso II.

Para maiores informações do julgamento do Tema n. 1236:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1236>

²Para acesso à íntegra do julgado:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701102083&dt_publicacao=30/05/2023.

³TARTUCE, Flávio. A reforma do Código Civil - Fim do regime da separação obrigatória de bens. **Migalhas**, 31 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/401100/a-reforma-do-cc-fim-do-regime-da-separacao-obrigatoria-de-bens>. Acesso em 12 fev. 2024.

TEMA 03

Competência nas ações de guarda e a teoria da derrotabilidade das normas.

Julgados Analisados: Conflito de Competência n. 199079/RN⁴

A regra geral de competência para as Ações de guarda é do domicílio dos pais ou responsável legal. Nesse sentido, a Súmula STJ n. 383: “A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”.

De acordo com o art. 43 do Código de Processo Civil, a competência é determinada no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Assim, em regra, proposta a ação no foro do domicílio do guardião, em virtude da *perpetuatio jurisdictionis*, a ação seguirá neste foro até seu deslinde, respeitando o princípio constitucional do juiz natural.

O conflito de competência analisado vem discutir a possibilidade de afastar essa regra, em situações excepcionais, invocando expressamente a teoria da derrotabilidade das normas, ante a existência de indícios de influências indevidas no juízo em que tramita a causa.

A teoria da derrotabilidade das normas consiste na possibilidade de afastamento ou não aplicação de uma norma sempre que, no caso concreto, existir uma exceção relevante, ainda que a norma seja válida e aplicável. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias⁵:

⁴Por se tratar de processo em segredo de justiça, não foi possível acesso à íntegra do acórdão.

⁵FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das Normas-Regras (Legal Defeseability) no Direito das Famílias: Alvitando soluções para os Extreme Cases (Casos Extremos). **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte/MG, p.111-141, 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/295.pdf>. Acesso em: 06/02/2024.



Reitere-se à saciedade que a aplicação da tese da derrotabilidade das normas-regras somente se justifica em hipóteses nas quais a sua incidência nua e crua ao caso concreto venha a afrontar, a mais não poder, os princípios ou valores existenciais proclamados pelo próprio sistema (valores juridicamente consolidados). São os extreme cases (casos extremados) que, a toda evidência, se mostram de rara ocorrência concreta. É dizer: nessas hipóteses, a excepcionalidade da situação ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede a decorrência natural, que seria a previsão contida na regra.

No caso do julgamento, estavam presentes indícios da prática de crime do genitor contra a criança, bem como de condução inadequada e inconveniente do processo por um dos juízos abstratamente competentes.

Discutiu-se a necessidade de observância da competência sob uma perspectiva material – princípio da competência adequada – e reconhecimento de exceções implícitas. Assim, sempre que existam dois ou mais juízos abstratamente competentes, “é lícito fixar, excepcionalmente, a competência em concreto naquele juízo que reúna as melhores condições e seja mais adequado e conveniente para processar e julgar a causa”.

Entendeu o STJ, por fim, que “a regra do art. 43 do CPC pode ser superada, sempre em caráter excepcional, quando se constatar que o juízo perante o qual tramita a ação não é adequado ou conveniente para processá-la e julgá-la”.

**Acesso ao Informativo de Jurisprudência STJ – Edição Extraordinária n. 15 –
Direito Privado – 23 de janeiro de 2024:**

https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0015E.pdf

TEMA 04

Medidas executivas atípicas e o Cadastro Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).

Julgados Analisados: REsp 1963178/SP e ADI n. 5941

O Código de Processo Civil, em rol exemplificativo, dispõe acerca dos meios executivos típicos, listando, por exemplo, arresto, sequestro, arrolamento de bens, penhora, registro de protesto contra alienação de bem, multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, imissão na posse.

Por sua vez, o art. 139, IV, do CPC prevê que o juiz dirigirá o processo, incumbindo-lhe “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, abrindo espaço, portanto, para as medidas executivas atípicas.

Os meios executivos atípicos já vinham sendo utilizados pelo STJ em execuções de alimentos e outras espécies de execuções. E em 2022 foram afetados dois recursos especiais (REsp 1955539/SP e REsp 1955574/SP) para julgamento em sede de repetitivos no Tema 1137, que se encontra atualmente afetado, para “Definir se, com esteio no art. 139, IV, do CPC/15, é possível, ou não, o magistrado, observando-se a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adotar, de modo subsidiário, meios executivos atípicos”.

Em abril/2023 foi publicado o acórdão do julgamento da ADI n. 5941, pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade na qual foi reconhecida a constitucionalidade do art. 139, IV, do CPC, que consagra a possibilidade de utilização dos meios executivos atípicos (ex. apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública) de acordo com os ditames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, respeitados os direitos fundamentais, analisado casuisticamente.

Em dezembro/2023, nova decisão a respeito das medidas executivas atípicas foi proferida pelo STJ, de forma a orientar a realização dos pedidos do exequente e defesa do executado.

No julgamento do Recurso Especial n. 1963178/SP, o STJ discutiu acerca da possibilidade de utilização da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).

De acordo com o Provimento n. 39/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça, art. 2º, a CNIB tem por finalidade a “recepção e divulgação, aos usuários do sistema, das ordens de indisponibilidade que atinjam patrimônio imobiliário indistinto, assim como direitos sobre imóveis indistintos, e a recepção de comunicações de levantamento das ordens de indisponibilidades nela cadastrada”.

A Central será constituída por um Sistema de Banco de Dados Eletrônico (DBMS), que será alimentado com as ordens de indisponibilidades decretadas pelo Poder Judiciário e pelos demais órgãos da Administração Pública nas hipóteses legalmente previstas, de acordo com os termos do art. 4º do Provimento, em intercâmbio de informações entre Judiciário e os órgãos prestadores de serviços notariais e de registro.

O objeto do REsp 1963178/SP consistia em verificar a possibilidade do juiz, com base no poder geral de cautela, determinar busca e indisponibilidade de bens do executado por meio do CNIB.

No julgamento, os Ministros ressaltaram a constitucionalidade do art. 139, IV do CPC, que instrumentaliza o poder geral de cautela do magistrado, desde que não avance sobre direitos fundamentais e observe os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Contudo, nas execuções, as medidas devem ser aplicadas da forma menos gravosa ao executado, a ser apurado casuisticamente.

Nos dizeres do Relator:

Em face disso, nota-se que o CNIB constitui uma importante ferramenta para a execução, propiciando maior segurança jurídica aos cidadãos em suas transações imobiliárias, já que, além dos registradores de imóveis, os notários também devem realizar a consulta ao cadastro e informar ao adquirente sobre a existência da indisponibilidade e os riscos inerentes à transação, como prevê o art. 14 do referido provimento.

O entendimento sedimentado do STJ é pela subsidiariedade das medidas atípicas, que apenas podem ser adotadas após o esgotamento dos meios executivos típicos.

Desta forma, cabe ao exequente formular os pedidos de emprego dos meios executivos típicos, e, em caráter subsidiário, caso restem infrutíferas as tentativas executórias, formular o pedido de utilização do CNIB. Ao executado, por sua vez, cabe analisar se o instrumento foi utilizado apenas após esgotados os meios típicos, sob pena de nulidade, ante a existência de prejuízos ao executado.

Acesso à íntegra dos acórdãos:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103110330&dt_publicacao=14/12/2023

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122>

Acesso ao Provimento n. 39/2014:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2049>

TEMA 05

É possível falar em consentimento da vítima no estupro de vulnerável? Distinguishing do tema 918.

Julgados Analisados: REsp 1480881/PI (Tema Repetitivo n. 918), AgRg no REsp 2015310/MG, REsp 1977165/MS, AgRg no REsp 2029009/RN, AgRg no AgRg no AREsp 2177806/CE, e AgRg no REsp 1919722/SP.

O posicionamento consolidado do STJ no julgamento do Tema Repetitivo 918 é de que, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, circunstâncias subjetivas relativas à vítima (consentimento, experiência sexual anterior, e inclusive a existência de relacionamento amoroso) não afastam a tipificação do crime, sempre que a pessoa for menor de 14 anos. *In verbis*, a tese firmada pelo Tribunal:

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.

Conforme defendido no julgamento do REsp n. 1.480.881/PI, faz-se necessário proteger crianças e adolescentes menores de 14 anos, contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, em virtude dos riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento de sua personalidade. Dessa forma, independentemente das circunstâncias pessoais e subjetivas da vítima, o ato sexual praticado com pessoa menor de 14 anos, por si só, tipifica o crime.

O julgamento deu origem à Súmula n. 593 do STJ, segundo a qual “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”.

Em setembro de 2023, no julgamento do AgRg no REsp 2015310/MG, invocou-se a técnica de *distinguishing* em relação ao entendimento proferido no Tema 918. Destaca-se que não foi a primeira vez que a Corte se utilizou do *distinguishing* e afastou a aplicação do precedente em situação semelhante (REsp 1977165/MS, julgado em 16/05/2023, do AgRg no REsp 2029009/RN, julgado em 06/12/2022, do AgRg no AgRg no AREsp 2177806/CE, julgado em 17/09/2022, do AgRg no REsp 1919722/SP, julgado em 17/08/2021).

Mas o que esses processos tinham em comum para afastarem a aplicação do art. 217-A do Código Penal e a tipificação do crime de estupro de vulnerável, contrariamente ao consagrado na Súmula STJ n. 593 e no Tema 918?

No julgamento mais recente (AgRg no REsp 2015310/MG), utilizou-se como critério de distinção o fato da pouca diferença de idade entre o acusado (19 anos) e a vítima (12 anos), somado ao fato de que eles conviviam maritalmente desde o nascimento da filha do casal, devidamente reconhecida, o que, para a maioria dos Ministros, demonstra que não houve lesão relevante a bem jurídico, afastando a atuação punitiva estatal.

Nos dizeres dos Ministros, o encarceramento do acusado seria ainda mais lesivo aos valores constitucionalmente protegidos, como a família e a proteção integral da criança, podendo inclusive destruir uma entidade familiar e expor a vítima e a criança a grave risco e desamparo ante a ausência, material e emocional, do acusado.

No julgamento do REsp 1977165/MS, a diferença de idade entre acusado (19 anos) e vítima (12 anos) era a mesma, e do relacionamento nasceu uma criança, que foi registrada pelo pai, e todo o relacionamento contou com a ciência e consentimento da família da vítima.

Adotando a teoria quadripartida de delito (fato típico, ilícito, culpável e punível concretamente), entendeu o Tribunal que não se evidencia relevância social do fato que ensejasse a necessidade de sanção penal, por não representar um comportamento do denunciado que colocasse em risco a sociedade ou o bem jurídico protegido. Ausente, portanto, a necessidade de pena.

Conforme os dizeres do relator:

Não se registra proveito social com a condenação do recorrente, pois o fato delituoso não se mostra de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Diversamente, e ao contrário, o encarceramento se mostra mais lesivo aos valores protegidos, em especial, à família e à proteção integral da criança, do que a resposta estatal para a conduta praticada, o que não pode ocasionar punição na esfera penal.



A eventual condenação de um jovem pelo delito de estupro de vulnerável com a causa de aumento prevista no art. 234-A, III, do CP acarretaria uma sanção de, no mínimo, 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime fechado, a ponto de destruir uma entidade familiar, colocando em grave risco a própria vítima e o filho, que não terá o suporte material e emocional do pai, cujo genitor terá que suportar a estigmatização pela sociedade, diante da etiqueta de estuprador (REsp 1977165/MS).

No julgamento do AgRg no REsp 2029009/RN, reconheceu-se a atipicidade material da conduta, também pelo fato de que acusado e vítima mantinham relacionamento amoroso (namoro) aprovado pela família, que se converteu em entidade familiar, com o nascimento de filhos, e ainda destacou que a condenação importaria à vítima verdadeira vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, deixando-a desamparada.

No mesmo sentido, os demais julgados mencionados anteriormente.

Destaca-se, por oportuno, os argumentos trazidos nos votos divergentes.

No julgamento do REsp 1977165/MS, o Ministro Rogério Schietti Cruz ressaltou que o posicionamento consolidado do STJ era no sentido de não relativizar a presunção de vulnerabilidade das vítimas, como acontecia anteriormente.

E a isso se seguiu a inclusão do §5º ao art. 217-A do Código Penal, em 2018, para dispor que “§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

De acordo com o Ministro, o entendimento exarado pelo *distinguishing* representaria uma tentativa de “repristinar essa antiga jurisprudência, que acabava por delegar ao juiz a avaliação subjetiva” sobre a situação da vítima – e não do autor.

Conclui-se, portanto, que os principais argumentos trazidos pelos julgados para afastamento do entendimento do Tema Repetitivo STJ n. 918, e a consequente presunção de impossibilidade de consentir da vítima, são:

- (i) pouca diferença de idade entre acusado e vítima;
- (ii) existência de relacionamento amoroso consentido pela vítima e por sua família;
- (iii) constituição de entidade familiar com nascimento de filhos;
- (iv) ausência de lesão efetiva a bem jurídico ou de conduta do acusado que importe em risco para a sociedade;
- (v) aplicação da sanção penal que traria maiores riscos à família, vitimização secundária da vítima e lesão a valores constitucionalmente protegidos, como a proteção à família e a proteção integral à criança e adolescente.

**Acesso ao Informativo de Jurisprudência STJ – Edição Extraordinária n. 16 –
Direito Penal –**

https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0016E.pdf

Acesso à íntegra dos acórdãos:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103846715&dt_publicacao=25/05/2023

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203043685&dt_publicacao=14/12/2022

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2220473&tipo=0&nreg=202202327586&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20221004&formato=PDF&salvar=false>

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003075775&dt_publicacao=20/08/2021

TEMA 06

Indicação de dispositivos no Recurso Especial: uma possível flexibilização.

Julgados Analisados: AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1935622/SP.

Para além dos requisitos gerais de admissibilidade recursais, o recurso especial exige o preenchimento de requisitos específicos de admissibilidade, dentre eles, a indicação específica dos dispositivos violados.

O entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade do conhecimento do Recurso Especial quando alegada afronta ao art. 1022 do CPC (embargos de declaração), quando não especificado qual o inciso que está sendo violado, ainda que haja indicação de se tratar de omissão, obscuridade, contradição ou erro material, pois a ausência caracteriza deficiência de fundamentação do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284 do STF (EAREsp n. 1672966/MG).

Súmula STF n. 284: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

No julgado analisado, a recorrente sustenta que a ausência de indicação dos incisos do art. 1022 do CPC não é suficiente para impor o não conhecimento do recurso, visto que a leitura das razões recursais permite evidenciar quais os vícios integrativos da decisão recorrida, de forma a afastar a incidência da Súmula STF n. 284.

Em voto-vista, a Ministra Regina Helena Costa, apesar do entendimento consolidado do Tribunal Superior e do voto do Relator Ministro Gurgel de Faria, entendeu pertinente revisitar a questão, em prestígio ao princípio da instrumentalidade das formas, definindo a controvérsia “acerca da possibilidade de conhecimento do Recurso Especial em relação à alegada afronta ao art. 1.022 do estatuto processual civil de 2015”.

Para a Ministra, a inobservância da indicação do dispositivo violado apenas poderia acarretar o não conhecimento do recurso nas hipóteses de comprometimento da tese jurídica desenvolvida. *A contrario sensu*, sempre que possível constatar, pela análise das razões recursais, de forma inequívoca, as teses dos vícios integrativos do acórdão recorrido, bem como sua importância para o deslinde da controvérsia, o recurso especial deve ser conhecido, superando, conseqüentemente, o óbice da Súmula STF n. 284.

O Ministro Paulo Sérgio Domingues acompanhou a divergência, e o Ministro Sérgio Kukina acompanhou o Ministro Relator. Com o empate da votação, foi colhido o voto-desempate do Ministro Benedito Gonçalves, para quem, em casos excepcionais, **“justifica-se a mitigação do extremo rigor formal, abrindo-se a possibilidade de conhecimento do recurso especial, mesmo que a alegação de violação ao art. 1.022 do CPC/2015 venha desacompanhada da indicação do(s) inciso(s) correspondente(s)”**.

A nova orientação do Tribunal, a partir desse julgamento, é que, a despeito da não indicação específica do dispositivo, se restar inequivocadamente demonstrado, nas razões recursais, qual o vício de que padece a decisão recorrida, é possível o conhecimento do recurso especial, pelo que se destaca a importância desse posicionamento para fins de fundamentação de recursos de Agravo em face de decisões denegatórias do conhecimento de recursos especiais.

Acesso à íntegra do acórdão:

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=208562636®istro_numero=202102122844&peticao_numero=202201045886&publicacao_data=20230921&formato=PDF