

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 69.586 - PA (2016/0092093-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

R.P/ACÓRDÃ : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

O

RECORRENTE : A S DA S (PRESO)

RECORRENTE : I S DA S (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DUPLICIDADE DE AÇÕES PENAIS PELO MESMO FATO. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. PREVALÊNCIA DO PRIMEIRO *DECISUM* IMUTÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. No caso, foram distribuídas duas ações penais contra os recorrentes, ambas na Comarca de Santarém – PA, para a apuração dos mesmos fatos – prática de conjunção carnal com a vítima, menor de 14 anos à época dos fatos.

2. A primeira ação penal foi distribuída ao Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e a sentença foi proferida em 21/11/2013 para condenar os réus como incurso no art. 217-A do Código Penal. A condenação transitou em julgado em 18/12/2014.

3. A segunda persecução criminal foi distribuída ao Juízo da 2ª Vara Criminal. Em 22/5/2015, foi proferida sentença absolutória, que transitou em julgado em 29/10/2015.

4. No que atine ao conflito de coisas julgadas, a Terceira Seção desta Corte Superior afirmou que "a primeira decisão é a que deve preponderar" (AgRg nos EmbExeMS n. 3.901/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 21/11/2018). Ainda que a análise haja sido realizada no âmbito do processo civil, os apontamentos feitos podem ser aplicados, também, ao processo penal.

5. A solução é consentânea com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada em mais de uma oportunidade. Nesse sentido: HC n. 101.131/DF (Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, 1ª T., DJe 10/2/2012); HC n. 77.909/DF (Rel. Ministro Moreira Alves, 1ª T., DJ 12/3/1999); HC n. 69.615/SP (Rel. Ministro Carlos Velloso, 2ª T., DJ 19/2/1993).

6. A prevalência da primeira decisão imutável é reforçada pela quebra

do dever de lealdade processual por parte da defesa. A leitura da segunda sentença – proferida após o trânsito em julgado da condenação – permite concluir que a duplicidade não foi mencionada sequer nas alegações finais.

7. Ainda, a hipótese em exame guarda outra peculiaridade, a justificar a manutenção do primeiro *decisum* proferido: a absolvição dos réus, na segunda sentença, contraria jurisprudência – consolidada à época – do Superior Tribunal de Justiça.

8. Ainda que o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI pela Terceira Seção do STJ seja posterior à prolação da sentença mencionada (26/8/2015), o entendimento já estava uniformizado na jurisprudência e, em abril de 2014, a matéria foi pacificada por força do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.152.864/SC (Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 3ª S., DJe 1/4/2014).

9. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz negando provimento ao recurso, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz, por maioria, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Votaram com o Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 69.586 - PA (2016/0092093-2)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Após voto do Ministro Sebastião Reis Júnior, que não conheceu do recurso, mas concedeu habeas corpus de ofício, pedi vista para melhor análise do caso, como será delineado a seguir.

I. Conhecimento do recurso

Como ressaltou o Ministro Relator, a matéria suscitada neste recurso não foi apreciada no acórdão impugnado, **circunstância que impediria o exame do tema diretamente por esta Corte Superior**, sob pena de indevida supressão de instância.

Todavia, **como foi reconhecida a ocorrência de flagrante ilegalidade na hipótese e, por conseguinte, proposta a concessão de habeas corpus de ofício, prossigo na análise do caso.**

II. Circunstâncias fáticas

Observo que, tal como afirmado no voto do Relator, **foram distribuídas duas ações penais contra os recorrentes**, ambas na Comarca de Santarém – PA, para a apuração dos mesmos fatos – prática de conjunção carnal com a vítima, menor de 14 anos à época dos fatos.

Na primeira delas – Processo n. 0009264-78.2011.8.14.0051, distribuída ao Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher –, a denúncia foi oferecida em **14/10/2011** (fls. 14-20) e recebida em **21/10/2011** (fl. 22). A sentença foi proferida em **21/11/2013** (fls. 23-30) e condenou os réus à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal. O acórdão que negou provimento ao apelo defensivo foi proferido em **7/10/2014** (fls. 31-40) e a condenação **transitou em julgado em 18/12/2014** (fl. 88).

A segunda persecução criminal foi distribuída ao Juízo da 2ª Vara Criminal, sob o n. 0009717-44.2011.8.14.0051. A denúncia foi oferecida em **3/11/2011** (fls. 49-53) e recebida em **21/11/2011** (fl. 55). Em **22/5/2015**,

foi proferida sentença absolutória, que transitou em julgado em **29/10/2015** (fl. 228).

III. Duplicidade de sentenças a respeito de um mesmo fato – ato decisório a ser mantido

Ao examinar o caso, o Ministro Relator propôs a aplicação do "critério mais favorável em detrimento do critério temporal (de precedência), ante a observância dos princípios do *favor rei* e *favor libertatis*" (fl. 9 do voto). Ressaltou que o método sugerido já foi aplicado por este órgão colegiado ao julgar o **HC n. 281.101/SP** (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 23/11/2017).

Todavia, apesar de haver acompanhado o voto do Relator naquela oportunidade, após nova e mais acurada reflexão sobre o tema, **peço vênia para divergir**.

No que atine ao conflito de coisas julgadas – situação verificada nos autos –, considerarei, ao proferir voto no **AgRg nos EmbExeMS n. 3.901/DF**, em sessão realizada no dia 14/11/2018, que "a primeira decisão é a que deve preponderar". Esse posicionamento foi assim motivado naquela ocasião (destaques no original):

Na doutrina, e também na esfera deste Tribunal, a discussão acerca do conflito de coisas julgadas, as quais não se submetem a preclusão – sobretudo quanto examinadas pelo mesmo órgão julgante que em oportunidade anterior não havia constatado a prejudicial –, é tema de extrema divergência, de sorte que há **duas correntes**, que acarretam soluções absolutamente distintas.

1. Primeira corrente

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, é **correta a corrente que sustenta dever prevalecer a primeira coisa julgada**, independentemente de ela decorrer da resolução de mérito do primeiro ou do segundo processo (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010).

Na mesma diretriz, destaca Nelson Nery Júnior, valendo-se das ideias de Teresa A. A. Wambier, que, "quando a parte propõe a segunda ação, ignorando a coisa julgada anterior sobre a mesma lide, não tem interesse processual em obter sentença, porque esta já existe. Assim, não chegou a existir processo e, conseqüentemente, não existe

sentença do ponto de vista jurídico" (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 779).

E prossegue:

Como não existe sentença, não se formou a coisa julgada, de modo que, para essa corrente, a discussão sobre qual coisa julgada prevalece, se a primeira ou a segunda, é um falso problema: a questão se resolve pela afirmação de que houve apenas uma – a primeira – coisa julgada. Sendo desnecessário desconstituir-se a segunda coisa julgada, porque não se formou, basta à parte ou interessado alegar essa inexistência em processo em curso, ou ajuizar ação declaratória de inexistência. Tratando-se de caso de inexistência de sentença e de coisa julgada, não há prazo para essa alegação (a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição), nem para o exercício da pretensão declaratória negativa (pretensão perpétua). (NERY JÚNIOR, op. cit., p. 779).

Para Terreza A. A. Wambier, **a coisa julgada é um pressuposto processual negativo e, por isso, obstará a rediscussão da matéria em outro processo, que, caso fosse proposto, seria mera expressão do direito de petição ou, no máximo, um simulacro de processo destituído de aptidão para a formação de uma coisa julgada** que se sobrepusesse à primeira (*Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 379-380).

Em sua ótica, portanto, a coisa julgada formada por último é inexistente, o que viabilizaria à parte contrária a utilização de embargos à execução, exceção de pré-executividade ou *querela nullitatis*, em qualquer tempo, independentemente do ajuizamento da ação rescisória, malgrado haja previsão de rescindibilidade para esse caso (art. 966, IV, do CPC).

Seguindo essa diretriz, há julgados da Primeira e Terceira Turmas, bem como de uma das execuções promovidas em relação ao MS n. 3.901/DF, v. g., **EDcl no AgRg no AREsp n. 531918/DF**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 3ª T.. DJe 12/12/2016; **REsp n. 710.599/SP**, Rel. **Ministra Denise Arruda**, DJ 14/2/2008; **EmbExeMS n. 3.901/DF**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 9/12/2015, entre outros.

2. Segunda corrente

Para Alexandre Freitas Câmara, melhor seria considerar a prevalência da segunda coisa julgada sobre a primeira, porque, em sua ótica, deve

ser aplicada a "regra de eficácia da norma jurídica no tempo. Norma posterior prevalece sobre norma anterior, respeitados os efeitos que esta tenha produzido. Sendo a sentença 'a lei do caso concreto', não é de todo estranho que esta seja a solução do problema (ao menos diante do Direito positivo brasileiro)" (*Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 26-27).

Aderem a esse mesmo pensamento Luiz G. Marinoni e Daniel Mitidiero, segundo os quais "Se, nada obstante a existência de coisa julgada anterior, há nova ação definitiva de mérito sobre a causa já decidida, com a conseguinte formação de coisa julgada, a segunda coisa julgada desafia ação rescisória [...]. Passado o prazo para propositura de ação rescisória sem que essa tenha sido proposta [...], todavia, deve prevalecer a segunda coisa julgada - observe-se que é absurdo imaginar que a coisa julgada posterior, até então suscetível de desconstituição, pode simplesmente ser considerada inexistente com o escoamento do prazo para propositura da ação rescisória" (*Código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 493).

Também Cândido Dinamarco, para quem "o sistema processual não pretendeu que a segunda sentença passada em julgada fosse simplesmente desconsiderada, instável e ineficaz: se o caminho é sua rescisão, enquanto não for rescindida ela prevalece e impõe-se sobre a primeira" (*Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328). Assim, em meio a uma interpretação teleológica do art. 485, IV, do CPC, se a lei estabelece prazo para se questionar a existência de ofensa à coisa julgada e a parte interessada não ajuíza a rescisória, a sua inação deve ser interpretada como conformismo com a nova situação jurídica definida no segundo julgamento alçado a coisa julgada.

Nesse sentido, dando prevalência à segunda coisa julgada, há acórdãos da Segunda e Sexta Turmas desta Corte, v. g., **REsp n. 1.524.123/SC**, Rel. Ministro **Herman Benjamin**, 2ª T., DJe 30/6/2015; **AgRg no REsp n. 643.998/PE**, Rel. Ministro **Celso Limongi** – Desembargador convocado do TJ/SP, DJe 1/2/2010; **REsp n. 400.104/CE**, Rel. Ministro **Paulo Medina**, 6ª T., DJ 9/6/2003.

3. Solução para o caso – entendimento consentâneo com a segurança jurídica e com o escopo do processo

A coisa julgada, nas palavras de Eduardo Talamini, decorre de opção política entre dois valores: "segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e ideal de justiça, sempre passível de ser buscado enquanto se permita o reexame do ato" (*Coisa*

julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2005, p. 47).

Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição – ao alçar a coisa julgada como garantia fundamental (art. 5º, XXXVI) – e o Código de Processo Civil (*ex vi* dos arts. 337, VII, § 1º e § 4º; 485, V; 502; 963, IV e 966, IV), atua justamente para preservar o instituto da coisa julgada e impede, por isso mesmo, a existência de formação de *res judicata* posterior à já formada sobre o mesmo objeto.

Sob esse prisma, merecem ser destacadas as considerações feitas por Luiz Sérgio de Souza Rizzi, ao assinalar que o instituto da coisa julgada encontra proteção no texto constitucional, de tal sorte que "qualquer debate sobre o tema deveria ficar circunscrito ao âmbito dos postulados constitucionais, e, neste campo [...] implica em fazer prevalecer a primeira sentença. Afigura-nos que a melhor solução está na observância do processo constitucional que reclama o respeito à coisa julgada. **Se lei não pode desrespeitar a coisa julgada, muito menos a decisão judicial**" (*Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 138).

Sem embargo de opiniões contrárias, **a segunda coisa julgada não poderá se valer da mesma proteção constitucional porque sua formação se deu justamente com a violação da Constituição Federal**. E, caso essa opção seja mais atraente ao credor, penso que sua prevalência implicaria, por via transversa, na convalidação do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem*, o que soa inconcebível.

Inversamente, do mesmo modo, poder-se-ia incorrer na própria inviabilidade da execução, *v. g.*, nas hipóteses em que o direito é reconhecido na primeira sentença alçada à condição de coisa julgada, mas não reconhecido na segunda. O direito adquirido pela primeira seria contraposto por uma situação processual absolutamente incongruente. Se prevalecesse a segunda, seria o caso de repetição de indébito? Além disso, como compreender que um direito adquirido pode ser violado pela mesma norma que o contempla?

Ademais, a manutenção de demandas repetidas implica abuso do direito de acesso ao Judiciário, além de poder violar, frontalmente, o princípio do juiz natural, caso a demanda seja analisada perante juízos distintos. Admitir a permanência desse estado de coisas seria o mesmo que convalidar a burla ao referido princípio.

Por tudo isso, penso que a leitura e a interpretação a serem feitas do art. 485, IV, do CPC devem alinhar-se à ideia de que, se há previsão para ação rescisória contra a decisão que ofende a coisa julgada, isso significa que o sistema prestigia a primeira *res judicata*, visto que a

Superior Tribunal de Justiça

segunda pode vir a ser extinta (trancada). Tal raciocínio impõe a solução de que a primeira decisão é a que deve preponderar.

Ainda que a análise anteriormente transcrita haja sido feita no âmbito do processo civil, considero que os apontamentos feitos podem ser aplicados, também, ao processo penal.

A solução proposta é **consentânea com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada em mais de uma oportunidade.** Confirmam-se:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. LITISPENDÊNCIA. "BIS IN IDEM". ANULAÇÃO DE UMA DAS AÇÕES PENAIS. Lei 6.368/76, artigo 12. I. - Instauração de duas ações penais, em comarcas diferentes – Itu e Salto, ambas no Estado de São Paulo – pela prática de um só crime, o art. 12 da Lei 6.368/76, condenado o paciente em ambas as ações. **Demonstrado o "bis in idem", e assim a litispendência, prevalece a condenação imposta na primeira ação**, a da Comarca de Itu, anulando-se a segunda ação penal. Anulada a condenação oriunda da Comarca de Salto, SP – três anos e seis meses de reclusão e multa no menor piso – resta o paciente condenado a pena de quatro anos de reclusão e multa no limite mínimo, que lhe foi imposta na ação penal que correu na Comarca de Itu, SP. II. - Alegação no sentido de que a condenação resultara de acusação de co-réu torturado pela Polícia: improcedência. III. - H.C. deferido, em parte.

(HC n. 69.615/SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, 2ª T., DJ 19/2/1993, grifei)

EMENTA: "Habeas corpus". - Só há litispendência enquanto em curso ambas as ações penais que digam respeito ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado, e ela, arguida a exceção de litispendência, se resolve, quando ambos os juízes são competentes, pela prevenção em favor daquele que tiver antecedido ao outro "a prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa" (artigo 83 do C.P.P) Quando, porém, em uma dessas ações já há decisão transitada em julgada, deixa de haver litispendência, e, como salienta EDUARDO ESPÍNOLA FILHO ("Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. II, 5ª. ed., nº 264, p. 301, Editora Rio, Rio de Janeiro, sem data), "em qualquer fase esteja a ação penal, se o juiz verificar que o fato principal foi solucionado por sentença transitada em julgado, no seu

próprio juízo, ou em outro, paralizará definitivamente aquele processo, fazendo apensar os respectivos autos aos da outra causa, ou, para isso, os remetendo ao juízo, onde esta ocorreu". O que implica dizer que, **em respeito à coisa julgada, se extingue a ação penal em curso**. Finalmente – e este é o caso sob exame –, **quando só se verifica a existência de duas ações penais relativas ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado depois de que, em ambas suas decisões já transitaram em julgado**, essa questão não mais se resolve pela prevenção que é o critério para a solução da litispendência, que, com o trânsito em julgado da decisão proferida numa delas, já deixou de existir, mas, sim, pelo **critério da precedência da decisão transitada em julgado, porquanto, se houvesse sido conhecida essa decisão enquanto a outra ação penal estava em curso, esta ação teria sido definitivamente paralizada**, como se salientou acima. Ora, no caso, como a própria impetração noticia, o processo 3.044/94 do Tribunal do Júri de Taguatinga (DF) teve a sentença condenatória transitada em julgado em 20.03.98, ao passo que o processo 10.946/93 da 1ª Vara Criminal de Taguatinga (DF) teve a decisão, que declarou extinta a punibilidade por prescrição da pretensão punitiva, com trânsito em julgado em 30.04.98, razão por que esta é nula em face da coisa julgada ocorrida naquela. "Habeas corpus" indeferido.

(HC n. 77.909/DF, Rel. Ministro **Moreira Alves**, 1ª T., DJ 12/3/1999, destaquei)

PROCESSO – DUBLICIDADE – SENTENÇAS CONDENATÓRIAS. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à **insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado**.

(HC n. 101.131/DF, Rel. Ministro **Luiz Fux**, Rel. p/ acórdão Ministro **Marco Aurélio**, 1ª T., DJe 10/2/2012, grifei)

Ao proferir o voto acolhido pela maioria do órgão colegiado no último dos precedentes acima citados, o Ministro Marco Aurélio registrou o seguinte pensamento (destaquei):

Na espécie, não existe a menor dúvida, é fato incontroverso haver ocorrido dupla acusação e simultâneos processos. Já, então, existiria, quanto ao segundo processo, o óbice ao pressuposto do desenvolvimento válido, a ação ajuizada anteriormente. Mas **ambos os processos foram julgados**. As duas decisões transitaram em julgado,

mostraram-se preclusas. Indago: é possível, ante o sistema processual, dar prevalência à segunda decisão, ou seja, a que teria transgredido o princípio da coisa julgada relativa ao primeiro processo? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Não posso potencializar a circunstância de que, **no segundo processo, se haver chegado a uma pena menor, porque se poderia ter chegado, também, a uma maior.**

Aqui, **não se trata de escolher a decisão que seja mais favorável ao réu. Trata-se de perceber que esse segundo processo não poderia ter tramitado e que, tendo sido prolatada sentença e tendo sido esta coberta pela preclusão maior, é insubsistente porque o processo anterior – quanto à data do ajuizamento da ação, pouco importando a data do trânsito em julgado – já obstaculizava esse segundo crivo do Judiciário.**

No caso em exame, a prevalência da primeira decisão imutável é **reforçada pela quebra do dever de lealdade processual por parte da defesa.** Ainda que os documentos anexados aos autos permitam concluir que eles foram assistidos pela Defensoria Pública nas duas ações penais – possivelmente, por profissionais distintos –, **é pouco crível que, quando cientificados da segunda persecução criminal existente em seu desfavor, não hajam informado a pessoa responsável pela sua defesa que já estavam sendo processados pelos mesmos fatos.**

A leitura da segunda sentença – proferida **após o trânsito em julgado da condenação** – permite concluir que a **duplicidade não foi mencionada sequer nas alegações finais.**

Tudo leva a crer que, sabedora da dupla persecução criminal contra os réus, e que já haviam sido condenados no outro processo (a primeira sentença foi proferida em **21/11/2013** e a segunda, em **22/5/2015**), a defesa prosseguiu na segunda ação e, ao ser exitosa, buscou a anulação do primeiro *decisum* na via mandamental.

No ponto, destaco ser assente nessa Corte Superior o entendimento de que: "**Vige no sistema processual penal o princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, não sendo lícito à parte arguir vício para o qual concorreu em sua produção,** sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza - *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (RHC n. **77.692/BA**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 18/10/2017).

No mesmo sentido, menciono, ainda:

[...]

2. Interposto recurso de apelação por meio dos patronos constituídos à época, constitui ônus da parte e do advogado informar ao Tribunal de origem acerca da interrupção da atuação do causídico constituído, diante do princípio da lealdade processual, **tendo em vista que a parte não pode se valer da sua própria torpeza para a anulação do processo, em situação onde dê causa ao resultado questionado.**

3. Em face da regra processual da voluntariedade recursal, insculpida no art. 574, *caput*, do CPP, a ausência de oposição de embargos de declaração ou de interposição de recursos especial ou extraordinário à decisão de apelação não pode ser interpretada como causa de nulidade processual, pois não há obrigatoriedade em recorrer.

4. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 363.207/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 10/10/2016, grifei)

[...]

1. É possível a aplicação analógica do instituto da prescrição ao ato infracional, conforme orientação consolidada na Súmula 338/STJ, segundo a qual "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas." 2. Transitada em julgado a sentença em 29/4/2013, o lapso temporal de 4 anos para a prescrição não restou superado.

3. Ao tempo da fixação da medida de internação - em 9/3/2012, quatro meses após o ato infracional -, havia contemporaneidade, assim cumprida a exigência do art. 100, parágrafo único, inciso VIII. **Tendo o paciente permanecido foragido por todo este tempo é irrazoável que agora este se beneficie de sua própria torpeza.**

4. Habeas corpus denegado.

(HC n. 354.037/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/06/2016, destaquei)

[...]

2. *Nemo auditur propriam turpitudinem*. Embora a jurisprudência desta Corte seja pacífica na compreensão de que a retirada de ofício de encaminhamento à Central de Penas Alternativas não configure marco interruptivo do prazo prescricional, por se tratar de procedimento meramente administrativo, persistir nesse entendimento acaba por beneficiar **o reeducando por sua própria torpeza,**

favorecendo-o por ter se furtado sistematicamente à aplicação da lei penal, mesmo tendo sido plenamente informado das providências a serem tomadas após a retirada do citado ofício.

3. Habeas corpus não conhecido, recomendando-se ao Juízo das Execuções Penais que tome as medidas necessárias para efetivar a condenação, observando-se a regra do art. 44, § 4º, do Código Penal. (HC n. 225.342/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 7/3/2014, grifei)

IV. Segunda sentença contrária à jurisprudência do STJ

Registro, ainda, que a hipótese em exame guarda outra peculiaridade, a justificar a manutenção do primeiro *decisum* proferido: **a absolvição dos réus, na segunda sentença, contraria jurisprudência – consolidada à época – do Superior Tribunal de Justiça.**

Confira-se a conclusão exarada pelo Juízo singular, em **22/5/2015** (fls. 59-60):

Extrai-se desses elementos instrutórios a total ausência de tipicidade das condutas dos acusados a obstar a caracterização de suas culpabilidades pelo delito que lhes é imputado na exordial acusatória, pois segundo as declarações prestadas pela própria vítima e pela sua genitora, **embora ambos os réus aparentemente soubessem da menor idade da ofendida, praticaram a relação sexual com a mesma de forma consentida**, sem qualquer coação [...].

Ainda que o julgamento do **Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI** pela Terceira Seção do STJ seja posterior à prolação da sentença mencionada (26/8/2015), **o entendimento já estava uniformizado na jurisprudência.** Em abril de 2014, a **matéria foi pacificada** por força do julgamento dos Embargos de Divergência em **Recurso Especial n. 1.152.864/SC**, da relatoria da Ministra **Laurita Vaz**, assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. **A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.**

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida." (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, **afastada a relativização da presunção de violência**, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas.

(**REsp n. 1.152.864/SC**, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014, destaquei)

Antes disso, também em Embargos de Divergência em Recurso Especial, a **Terceira Seção teve oportunidade de assentar a irrelevância do consentimento da vítima**, para fins de caracterização do crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos.

(**REsp. n. 762.044/SP**, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. p/ o acórdão Ministro **Felix Fischer**, 3ª Seção, DJe 14/4/2010)

Cito, ainda, outros precedentes desta Corte Superior, **todos anteriores à data em que foi proferida a sentença absolutória**:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. MATÉRIA DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **Manifesta a vulneração ao art. 217-A do Código Penal, porquanto a absolvição do agravante, no que concerne ao estupro de vulnerável, se embasou apenas no consentimento da menor** e não na ausência de provas da ocorrência da relação sexual, cuidando-se, portanto, de matéria unicamente de direito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(**AgRg nos EDcl no AREsp. n. 191.197/MS**, rel. Ministro **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador convocado do TJ/SP), 5ª T., DJe 19/12/2014, destaquei)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE

VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.
CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO
REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. [...].

2. **Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp. 1.435.416/SC, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 3/11/2014, destaquei)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, § 1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DENOMINADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE.

1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, *in casu*, porquanto **suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso**, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp. n. 1.418.859/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 10/4/2014, grifei)

V. Conclusão

Com base nessas premissas, melhor refletindo sobre o tema e diante do posicionamento externado em mais de uma oportunidade pelo Supremo Tribunal Federal, **reconheço a prevalência da primeira sentença**

transitada em julgado – condenação dos réus à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal (Ação Penal n. 0009264-78.2011.8.14.0051).

Dessa forma, com a vênia do Relator, **não identifico flagrante ilegalidade a justificar a concessão de habeas corpus de ofício.**

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento ao recurso.**

