

só, não enseja nulidade. O que interessa é saber se o defensor constituído foi mesmo cientificado previamente. Em casos assim, o AR serve.

Por último, ressalto que a nomeação de advogado *ad hoc* para a apresentação de alegações finais não representa motivo de nulidade. A certidão de fl. 174 demonstra que tal procedimento se fez necessário, tendo em vista a ausência da defesa na audiência de instrução.

Assim, conheço do *habeas corpus*, mas indefiro o pedido.

É o voto.

Habeas Corpus Nº 7.424 — GO
(Registro nº 98.0031460-1)

Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago

Impetrante: *Luís Alexandre Rassi*

Impetrado: *Desembargador Relator do Habeas Corpus nº 149.574 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*

Paciente: *Azi Ferreira Pinheiro*

Sustentação Oral: *Luís Alexandre Rassi (pelo paciente)*

EMENTA: *HC substitutivo — Estupro — Vítima menor de 14 anos — Violência presumida — Inconstitucionalidade do art. 224, a, do CP, já afastada por decisão unânime da Suprema Corte — Inépcia da denúncia não reconhecida.*

1. Tendo a Suprema Corte afastado a suposta inconstitucionalidade do art. 224, a, do CP (HC nº 74.893/RS, que presume a violência quando a vítima é menor de 14 (catorze) anos, há que se respeitar tal decisão, provinda do guardião-mor de nossa Carta Política.

2. Sendo assim, na denúncia se prescinde de maiores detalhes, apenas se indicando o relacionamento sexual com a vítima e que esta tem idade inferior à prevista no citado dispositivo.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, em denegar o *habeas corpus*. Vencido o Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros **Fernando Gonçalves** e **Vicente Leal**. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro **William Patterson**.

Brasília-DF, 3 de setembro de 1998 (data do julgamento). Ministro Vicente Leal, Presidente. Ministro Anselmo Santiago, Relator.

(Publicado no DJ de 23.11.98)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Anselmo Santiago**: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, contra aresto da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (fls. 250/257), sob o argumento de inconstitucionalidade do art. 224, do Código Penal, vez que a Carta Magna de 1988 não mais admitiria a figura da presunção de violência, pretendendo-se, a partir daí, o trancamento de ação penal movida contra o paciente.

Prestadas as informações às fls. 264/265, sobreveio o parecer do Ministério Público Federal, oferecido pelo ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. *Arx Tourinho* (fls. 313/315), opinando pela denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Anselmo Santiago** (Relator): Segundo a denúncia (fls. 266/270), o paciente, com 76 (setenta e seis) anos incompletos, teria mantido relações sexuais com duas menores de 14 (catorze) anos, infringindo, assim, o disposto no art. 214, parágrafo único, c/c o art. 71, todos do Código Penal, tramitando o feito perante a Comarca de Porangatu, no Estado de Goiás, sendo a peça acusatória devidamente recebida pelo respectivo Juiz de Direito (fls. 271).

O impetrante apóia-se em aresto da Suprema Corte, oriundo do HC nº 73.662/MG, relatado pelo em. Ministro **Marco Aurélio**, cujo desfecho teve intensa repercussão nacional, fazendo com que vários componentes do Pretório Excelso, em variadas oportunidades, viessem a público para esclarecer que aquele julgamento era um caso excepcional e isolado, não representando uma quebra no entendimento de que, sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos, a violência é presumida de forma absoluta, pouco importando o consentimento da ofendida.

Tanto é certo que, após esse aresto, outros se sucederam, mantendo íntegro esse ponto de vista, jamais se questionando a constitucionalidade do indigitado dispositivo. Bem ao contrário, no ISTF nº 77, de agosto do ano passado, em acórdão originado do HC nº 74.893/RS, relatado pelo eminente Min. **Carlos Velloso**, decidiu o Excelso Pretório, por unanimidade, *ser improcedente a arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 224, a, do CP*, “por entender que a substituição de um elemento do tipo do crime de estupro (violência ou grave ameaça) pela menoridade da vítima não ofende a responsabilidade penal subjetiva consagrada pela CF (art. 5º, XXXIX, XL, XLV, XLVI). Considerando que a presunção de violência é absoluta e que somente o erro do agente quanto à idade da

vítima impediria a aplicação da norma impugnada, o Tribunal afastou a pretendida aplicação do HC nº 73.662/MG (DJU de 20.09.96) à espécie.”

Sendo o STF o guardião-mor de nossa Carta Política, há que se respeitar tal decisão, que fulmina, de vez, a tese muito bem elaborada na impetração, que, no entanto, não tem como ser prestigiada.

Sendo presumida a violência, está correta a peça acusatória, que prescinde de maiores detalhes para configurar o estupro, bastando referir-se ao relacionamento sexual e à idade da vítima, inferior a 14 (catorze) anos, tal como foi feito.

À vista do exposto, denego a ordem.

É o meu voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro **Fernando Gonçalves**: Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

Entendo que a presunção, no caso, é relativa. A própria jurisprudência tem fixado essa relatividade, quando a vítima aparenta mais idade do que quatorze anos, é promíscua ou já manteve relações sexuais outras. Mas, na espécie, isso não vem à baila; a discussão é apenas acerca da adequação constitucional do art. 224.

VOTO

O Sr. Ministro **Vicente Leal**: Srs. Ministros, peço vênias para divergir e acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator pelos seus jurídicos fundamentos.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Sr. Presidente, peço respeitosa vênias para dissentir. Tenho-o feito pela seguinte fundamentação: a nossa Constituição estabelece, reeditando o princípio da reserva legal e, modernamente, não tem o sentido meramente cronológico como da época do seu aparecimento, ou seja, antes da prática da conduta o Estado deveria defini-la como infração penal. Hoje, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* traduz a idéia de conduta; mesmo o princípio da pessoalidade, também inscrito na Carta Magna, não tem a expressão originária, qual seja de que só a pessoa que praticou a infração penal é que responderia pelo delito, não abrangendo terceiros e que, temos exemplo na nossa história, os descendentes de Tiradentes que, pelo fato do mártir da independência haver dado o grito de liberdade, responderam criminalmente com a pena de infâmia. É necessário considerar o sentido moderno de culpabilidade, há de haver reprovabilidade, censura por parte da sociedade àquele comportamento. É certo, o douto voto do eminente Ministro-Relator se escora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, todavia o entendimento não é unânime. S. Exa. também faz referência a voto que ganhou repercussão

nacional do eminente Ministro **Marco Aurélio** que a dissidência daquela casa, ainda que não se fale em inconstitucionalidade, dado que é a orientação da Suprema Corte que distingue entre inconstitucionalidade e não — recepção pela Carta Magna —, tem-se que o tema não fica apenas em nível constitucional, mas também em lei ordinária; o Código Penal estabelece que não há crime sem dolo ou culpa e o dolo, que é a hipótese, integrante da figura em exame, significa vontade de praticar o comportamento. Lógico, para haver a ilicitude é imprescindível a oposição ao preceito da norma; somente assim surgirá a figura técnica do sujeito passivo no sentido do titular do bem juridicamente tutelado. Na hipótese em exame, não há afirmação, descrição de violência. O direito moderno e o princípio da pessoalidade no sentido, e a ele volto ao que está na nossa Constituição, é impor a alguém por haver praticado determinada conduta que por sua reprovabilidade exige uma resposta eficaz por parte do Estado. Não tendo, portanto, havido violência *data venia* não se pode punir ninguém por violência. É o Direito Penal do fato. Estamos hoje, todos postulando, principalmente o Direito Penal Alemão, após a queda do nazismo, pelo Direito Penal do fato e não do autor. O fato tem que estar presente, efetivo, concreto e não por presunção. Essas são as razões que me levam a reeditar considerações — e farei juntar modesto escrito a esse respeito — a dissidir dos doutos votos antes já programados, devendo-se fazer a menção que o Código Penal da Alemanha, afastando essa hipótese que fere até a Carta dos Direitos Humanos, e punir alguém por um fato que não praticou, *data venia*, assim, contrastante com o sentido axiológico do justo. Ora, se não houve violência é evidente, poder-se-á condená-lo por outra razão mas não por um fato em que a violência é ínsita, elemento constitutivo; referia-me à hipótese da legislação alemã que, para preservar notadamente as pessoas de uma certa faixa etária que muitas vezes biologicamente, psicologicamente e economicamente não estão em condições da prática de atos notadamente do sexo feminino para arrostar com uma gravidez fora da época recomendada, estabelece, como crime, praticar a relação sexual com menor de 14 anos. Esse é o fato, seria a hipótese, agora, dizer que existe violência quando nós sabemos, às inteiras, comprovado, que não houve violência é Direito Penal hipotético. O Direito Penal do fato exige, na concreção, na realidade fática que o acontecimento aconteça. Então, respeitosamente, vou pedir vênua aos ilustres colegas a quem tanto respeito para reeditar meu entendimento, respeitosamente, coloco-me também em posição de acatamento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas insisto: o tema não é apenas de inconstitucionalidade, é também de estrutura da infração penal de acordo com o código que nós temos hoje *data venia*.