

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

LUCIANA SIMMONDS DE ALMEIDA

A VÍTIMA VULNERÁVEL NOS CRIMES SEXUAIS

COGEAE PUC SP

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

LUCIANA SIMMONDS DE ALMEIDA

A VÍTIMA VULNERÁVEL NOS CRIMES SEXUAIS

Monografia apresentada como requisito para
obtenção de título de especialista em Processo
Penal e Direito Penal sob a orientação do Professor
Livre Docente Dr. Antônio Carlos da Ponte

COGEAE PUC SP

2013

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho aos menores, vítimas da sociedade esquecidos no cotidiano.

Aos meus familiares, aos meus mestres, aos meus amigos. Em especial a Aline Yuri Chibana e Rafaela Fogaça.

Agradeço ao ilustre Professor Antônio Carlos da Ponte pela orientação e os ensinamentos passados durante o curso de Pós Graduação.

Aos meus familiares por todo apoio que me deram nessa jornada.

Resumo

Este trabalho tem por finalidade apresentar um estudo sobre as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009 que alterou o Título VI do Código Penal para “ Crimes Contra a Dignidade Sexual” , em especial sobre a nova figura do vulnerável.

Para tanto, trazemos um breve histórico do desenvolvimento sociológico sexual através dos tempos, assim como a abordagens do tema de forma distinto em diversas áreas geográficas.

Apresentamos também o amadurecimento da tutela penal dos crimes sexuais frente ao desenvolvimento sociológico focando no bem jurídico tutelado a cada época até os dias atuais.

Dessa forma, afastamos o direito penal da moral e dos costumes, fazendo uma correlação entre a Dignidade da Pessoa humana e a Dignidade sexual, sendo esta imprescindível para a manutenção daquela. Ademais, ficou comprovada a legitimidade do direito penal em coibir a violência sexual através das Convenções Internacionais e do próprio mandado de criminalização trazido pela Constituição, garantindo assim o princípio basilar da do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana.

Com isso, debatemos a tutela penal nos crimes sexuais em decorrência da salvaguarda do bem jurídico tutelado. Uma vez rechaçada a problemática do bem jurídico, apontamos a vulnerabilidade como sendo uma inovação trazida pela nova lei a fim de afastar as discussão acerca da presunção de violência nos crimes sexuais. Apontamos e definimos os diversos tipos de vulnerabilidade encontrados na norma.

No decorrer dos estudos se fez necessário abordar a figura do consentimento, seus requisitos de validade e os vícios que o tornam nulo. Com isso, abordamos a figura do vulnerável e sua capacidade de oferecer consentimento válido, assim como as diversas posições doutrinarias e jurisprudenciais que acabam por vezes revitimizando o menor, o colocando a margem da sociedade.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; Tutela Penal; Dignidade da Pessoa Humana; Dignidade Sexual; Presunção de violência.

Abstract

This paper aims to present a study on the innovations introduced by Law 12.015/2009 which amended Title VI of the Criminal Code for "Crimes Against Sexual Dignity", in particular on the new figure of the vulnerable person.

To do so, we bring a brief history of sexual sociological development through the ages, as well as the approaches of the subject so distinct in different geographical areas. We also present the maturation of the penal protection of sexual crimes against sociological development focusing on the legal ward every time until today. Thus, move away from the criminal law of morals and manners, making a correlation between the Dignity of the Human Person and Sexual Dignity, which is essential for the maintenance of that. Moreover, it was proved the legitimacy of criminal law in curbing sexual violence through international conventions and the actual warrant criminalization brought by the Constitution, guaranteeing the fundamental principle of the democratic rule of law, Human Dignity.

Thus, in discussing the criminal tutelage in sexual crimes due to the safeguarding of the legal ward. Once rejected the issue of the legal interest, we pointed out the vulnerability as being an innovation brought by the new law in order to avoid the discussion of the presumption of violence in sex crimes. We point out and define the various types of vulnerabilities found in the standard.

During the study it was necessary to approach the figure of consent, their validity requirements and vices that make it null. With this approach the figure of the vulnerable and their ability to provide valid consent, as well as the various doctrinal and jurisprudential positions that end up revitimizando times the smallest, placing the margins of society.

Keywords: vulnerability; penal liability, criminal tutelage, dignity of the human person; Sexual dignity; Presumption of violence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O ESTUDO DA SEXUALIDADE HUMANA.....	12
1.1 A Descoberta da Sexualidade.....	12
1.2 Abordagem Histórica da Sexualidade.....	14
1.3 A sexualidade no Brasil.....	18
2. A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS.....	21
2.1.O Início da Tutela Penal.....	21
2.2. O Despertar do Bem Jurídico.....	23
2.2.1 A Eleição do Bem Jurídico.....	24
2.2.2 Fundamentos da Ultima Ratio	34
2.3 O Bem Jurídico Tutelado: A Dignidade da Pessoa Humana.....	38
2.3.1 Dignidade Sexual.....	42
3. DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS.....	46
3.1. Definição de vulnerável.....	49
3.1.1 A vulnerabilidade no Código Penal – O menor de 14 anos.....	51
3.1.2 A vulnerabilidade do §1ºdo artigo 217 A.....	58
3.2 O consentimento do ofendido.....	59
3.3 A vulnerabilidade absoluta.....	64
4. AS VÍTIMAS.....	74
4.1 Vitimização Secundária.....	77
4.2 Vitimização Terciária.....	79
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84
ANEXO I- Decreto 5.017 de 12 de março de 2004- Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.....	89

ANEXO II Convenção Americana de Direitos Humanos 1969- Pacto de San José da Costa Rica.....	101
ANEXO III Acórdão do Habeas Corpus 73.662/MG.....	124
ANEXO IV Acórdão do Habeas Corpus 93.263/RS.....	171
ANEXO V Acórdão do Habeas Corpus 99.993/SP.....	181
ANEXO VI Acórdão do Habeas Corpus 74.286/SC.....	188
ANEXO VII Acórdão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.788/MG.....	201
ANEXO VIII Acórdão do Habeas Corpus 101.456/MG.....	222
ANEXO IX Acórdão do Habeas Corpus 105.558/ PR.....	227
ANEXO X Acórdão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1021634/SP.....	240
ANEXO XI Acórdão dos autos da Apelação Criminal nº 0004538-95.2009.26.0024.....	287

INTRODUÇÃO

No decorrer dos tempos a sexualidade humana recebeu abordagens distintas, sendo por vezes reprimida e em outras permitida, por ter direta conexão com a moralidade, que a cada era apresenta-se de forma diversificada refletindo os valores de uma nova geração.

No aspecto jurídico, cabe ao direito se manter atualizado com a constante evolução da sociedade e na esfera penal é dever do legislador regulamentar novos bens jurídicos que venham a aparecer e desconsiderar os obsoletos, mantendo contemporânea a tutela penal.

Com isso, o tema dignidade sexual e sua tutela penal sofreu mutações através do tempo. Para melhor adequação com os anseios da sociedade o código penal sofreu as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, modificando a tutela oferecida pelo Estado aos crimes sexuais.

Para tanto, há a necessidade de discorrer sobre a nova lei, em específico, sobre o bem jurídico resguardado. O advento da nova lei ressalta o princípio da dignidade da pessoa humana afastando os crimes sexuais de mera violação aos costumes.

Ademais, respaldado no mandado de criminalização apresentado na Constituição Federal em seu artigo 227 parágrafo 4º foi introduzido no ordenamento jurídico a figura do vulnerável.

Apesar de apresentar falhas em sua composição, é notável, e há muito tempo esperadas, as reformas apresentadas pela nova lei, deixando de tratar como “Crimes contra os costumes” e passando a serem compreendidos como “Crimes contra a dignidade sexual”.

Essa colocação vai além da semântica, com a nova nomenclatura do Título VI do Código Penal, o legislador deixar de tratar este título como crimes que ferem a moralidade média da sociedade e os bons costumes, e passa a trata-lo como sendo o aspecto sexual da dignidade da pessoa humana.

Além das diversas alterações nos tipos penais, um ponto importante abordado pela nova lei é a figura da vítima vulnerável, aquela que acaba por colocar em questionamento a possibilidade de discernimento da vítima de consentir a prática do ato, assim como, os vícios de consentimento a ela inerentes.

Dessa forma, se faz necessário o estudo das teorias do consentimento, seus critérios de validade e seus vícios, para que nos crimes sexuais haja sempre o consentimento eficaz.

Ademais, a nova lei tem a intenção de rechaçar os debates sobre o antigo artigo 224 que tratava da presunção de violência.

No entanto, surgiram novos debates, por mais que a lei seja expressa quanto a vulnerabilidade do menor de 14 anos, a jurisprudência assim como a doutrina ainda não tornaram pacífica a concepção de que a vulnerabilidade da vítima nos crimes contra os menores de quatorze anos seria absoluta.

Ao abordamos a vulnerabilidade determinada pela faixa etária, o Supremo Tribunal de Justiça já questionou se a prostituição e até a prévia experiência sexual seriam suficientes para que a presunção de violência se tornasse relativa. Não só isso, como a relativização da vulnerabilidade dos doentes mentais seria ou não válida, nos casos em que a doença passa despercebido ou se apresenta em caráter transitório.

Cabe assim, um melhor estudo da liberdade sexual, dos bens tutelados, dos mandados de criminalização, da teoria do consentimento frente a vulnerabilidade e tudo isso se contrapondo ao princípio da dignidade da pessoa humana aplicado aos menores de quatorze anos para uma melhor compreensão de ambos os posicionamentos doutrinários e sua aplicabilidade.

Terminamos por abordar a vítima nos crimes sexuais contra vulneráveis, assim como, a importância dos órgãos públicos em evitar a vitimização secundária, que por vezes demonstra-se tão ofensiva quando sua primeira vitimização.

1. O ESTUDO DA SEXUALIDADE HUMANA

Exibindo caráter multidisciplinar, a sexualidade humana sempre foi um tema de difícil definição por estar diretamente ligada a atitudes sociais que interagem através de preconceitos, crenças e tabus que dependem da análise e pensamentos alternados no decorrer da história ou de sua localização geográfica.

Esclarece GRECO que a sexualidade passa a ser qualquer manifestação do instinto sexual e todas as normas reguladoras de aspectos sociais, jurídicos e religiosos.¹

1.1 A Descoberta Da Sexualidade

O tema da sexualidade infantil por muito tempo limitou-se a abordagem de alguns filósofos e pintores da Idade Média; seu estudo apenas foi desencadeado a partir dos ensinamentos de Freud e sua teoria psicanalítica.²

Construindo suas análises com base nas ideias filosóficas de Schopenhauer e Nietzsche, Freud desenvolveu seu trabalho acerca da sexualidade humana de forma tão completa e perspicaz que seus ensinamentos são utilizados até hoje.

O fato da existência das necessidades sexuais dos seres humanos e animais se explica em Biologia pela pressuposição de que existe o instinto de 'um instinto sexual', assim como existe o instinto de nutrição para explicar a fome. No vocabulário comum não existe um termo correspondente à 'fome' para designar a necessidade sexual; a ciência, porém, usa a palavra 'libido' para esse fim.³

Uma de suas maiores contribuições foi a análise sexual infantil, apresentando a importância do estudo da sexualidade, e que, mesmo na idade mais tenra, já é possível prever os comportamentos futuros e as raízes dos desvios e inversões.

¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 04

² HISGAIL, Fani Pedofilia- Um estudo psicanalítico Ed Iluminuras, 2011 p.15

³ FREUD Sigmund, Três ensaios sobre a teoria da sexualidade- as aberrações sexuais, in obras psicológicas completas vol. VII, 2006 p135

Com isso Freud explica que a sexualidade infantil desenvolve-se em três fases 1) fase oral, caracterizada pela ação de sugar o seio materno e posteriormente, uma parte do próprio corpo como dedos e a pele. Dessa forma, desenvolvendo a boca, lábios e a língua; 2) fase anal, na qual a maior fonte de prazer passa a ser o ânus 3) fase genital (fálica), a criança passa a apresentar interesse pelo seu próprio órgão sexual.⁴

Essas primeiras fases tratam de autodescoberta, não havendo um desejo sexual definido. Entre os seis e os onze anos da criança diminuem-se os impulsos sexuais e ela passa a ter interações sociais, estabelecendo contato com outras crianças, chamando-se esta fase de intermediária de latência.

Freud afirma que este período prolonga-se até a puberdade:

Durante ele a sexualidade normalmente não avança mais, pelo contrário os anseios sexuais diminuem de vigor e são abandonadas e esquecidas muitas coisas que a criança fazia e conhecia. Nesse período da vida, depois que a primeira eflorescência da sexualidade feneceu, surgem atitudes do ego como vergonha, repulsa e moralidade, que estão destinadas a fazer frente à tempestade ulterior da puberdade e a alicerçar o caminho dos desejos sexuais que se vão despertando.⁵

Posteriormente se apresenta a fase genital, conhecida como puberdade. Com isso há o retorno da centralização erótica para os órgãos sexuais, no entanto, o interesse deixa de ser sobre o próprio corpo e passa a se refletir no corpo do outro.

Nota-se a importância em cada fase da vida para o crescimento e amadurecimento da criança, a fim de formar um adulto livre de traumas sexuais. Ademais, o próprio Freud esclarece que o menor seduzido precocemente pode ser “induzido a todo tipo de limitações sexuais”, desencadeando uma “disposição perversa polimorfa em relação ao objeto de satisfação”⁶

Qualquer interferência nessas fases pode vir a causar uma sexualização da criança de forma precoce. Com isso, corre-se o risco de se construir uma identidade sexual desvirtuada, dado que muitas vezes a mente ainda não apresenta maturidade para lidar com a sexualidade por tratarmos de uma criança ainda em formação.

⁴ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p.27

⁵ FREUD apud BONFIM, Cláudia www.educacaoesexualidadeprofclaudiabonfim.blogspot.com.br acessado em 17 de novembro de 2012

⁶ HISGAIL, Fani Pedofilia apud freud- Um estudo psicanalítico Ed Iluminuras, 2011 p13

1.2 Abordagem Histórica da Sexualidade

No decorrer do estudo histórico da sexualidade humana, é notável que sua definição é obtida pelas regras impostas pela moralidade da época. O moral passa a ser aceito como sendo o correto, afastando todo o resto que não lhe couber.

A moralidade é a soma dos preconceitos de um grupo, que os considera obrigatórios e imprescindíveis para sua sobrevivência. Seu surgimento deve-se ao desenvolvimento da ideia de propriedade.⁷

De forma genérica a moral é definida como o “Conjunto de regras de conduta ou hábitos julgados válidos, quer de modo absoluto, quer para grupo ou pessoa determinada”.⁸

Com isso, não há uma definição correta a respeito do normal ou aceitável dentro da sexualidade humana, pois as ideias de moralidade e costume acabam por trazer definições distintas dependendo da cultura e da época em que se encontram.

Há relatos de que sociedades antigas praticavam abertamente o incesto e o sacrifício de crianças entre o período de 400 a 200 a.c., vinculados algumas vezes a rituais sagrados, como na Nova Guiné⁹.

O direito penal, mesmo em seus primórdios aborda os crimes sexuais. Sua tutela, no entanto, diversifica-se, uma vez que o próprio bem jurídico se altera. Posto que, a organização social se apresenta como elemento central do estudo da sexualidade, dependemos de seus subsídios para se estabelecer a relação entre o comportamento sexual e o tratamento jurídico que lhe é dispensado.¹⁰

Podemos exemplificar as diversas formas de tutela do bem jurídico dentro da mesma concepção de crime, ao enunciarmos que, o estupro, desde o tempo do Código Judaico do Velho testamento até o feudalismo, foi tratado como crime contra a propriedade: roubar ou raptar mulheres de seus proprietários de direito (pai ou

⁷ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p.43

⁸ Mini Aurélio Editora Nova Fronteira, 2001, p. 471

⁹ HISGAIL, Fani Pedofilia- Um estudo psicanalítico Ed Iluminuras, 2011P13

¹⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 04

marido) destruiriam os seus valores de propriedade, sobretudo no caso das virgens.¹¹

O crime em si já existia da mesma forma que se apresenta atualmente, no entanto, ignora-se o conceito e a ideia de proteger a dignidade sexual do ofendido.

“O estupro sempre foi e sempre será um crime grave, embora possa ser recomendado pelo costume e até chancelado pela moralidade religiosa milenar. Tanto o agressor como a vítima sabem perfeitamente disto, independentemente da época, da ocasião ou do “costume”. Ou como diz Voltaire, “o tintureiro indiano, o pastor tártaro e o marujo inglês conhecem o justo e o injusto”¹²”.

O berço de nosso conhecimento, trazido pelas sociedades antigas, diversificava suas opiniões sobre o aceitável e sobre a moral da sexualidade humana

Os primórdios do antigo Egito foram compostos pela liberdade sexual exacerbada, de forma que, as moças das classes altas se propunham a fazer parte da prostituição sagrada.¹³

A princípio, a mulher era figura de destaque na sociedade, sendo adotado o sistema matriarcal. Muitas vezes era utilizado o casamento consanguíneo para manter a propriedade na família, já a herança era passada de mãe para filha. Outros privilégios eram concedidos à mulher, como o divórcio, a iniciativa do relacionamento e a livre experiência sexual pré-nupcial.¹⁴

¹¹ VILHENA, Junia apud AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, *Inquirição da Criança Vítima de Violência Sexual: Proteção ou Violação de Direitos?*, Livraria do Advogado, 2011 p. 64.

¹² FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto *Novos Crimes Sexuais*, Malheiros Editores, 2009, p.116

¹³ Nem sempre foi assim na história, que conheceu uma prostituição sagrada e profana. De acordo com Nancy Qualls Corbett, “em matriarcados antigos, natureza e fertilidade consistiam no âmago da existência. As pessoas viviam próximas à natureza, muito embora seus deuses e deusas fossem divindades da natureza. Suas divindades comandavam o destino, proporcionando ou negando abundância à terra. A paixão erótica era inerente à natureza do indivíduo. Desejo e resposta sexual, vivenciados com poder regenerativo, eram reconhecidos como dádiva ou bênção do divino. A natureza sexual do homem e da mulher e sua atitude religiosa eram inseparáveis. Em seus louvores de agradecimento, ou em suas súplicas, eles ofereciam o ato sexual à deusa, reverenciada pelo amor e pela paixão. Tratava-se de ato honroso e respeitoso, que agradava tanto ao divino quanto ao mortal. A prática da prostituição sagrada surgiu dentro desse sistema religioso matriarcal, e por conseguinte não fez separação entre sexualidade e espiritualidade (...). Qualquer quer fosse a razão ou combinação de razões que levaram ao seu desenvolvimento, não há dúvida de que a prostituição sagrada existiu por milhares de anos e em muitas civilizações. Independente da deusa da fertilidade, do amor e da paixão ser venerada, a prostituta sagrada era membro integral da comunidade”. A prostituta sagrada: a face eterna do feminino. São Paulo: Paulus, 1990, p. 38/39 .

¹⁴ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, *Novos Crimes Sexuais*, Malheiros Editores, 2009, p.51

A dinastia de Ptolomeus implantou os hábitos gregos, onde o homem passou a deter todo o poder, instalando o sistema patriarcal.¹⁵

Em Roma o casamento tinha por objetivo maior garantir as táticas de política e poder. Cabia à mulher seguir com a moral inflexível da época, e sua função era de gerar herdeiros para assegurar a existência da família.¹⁶

Estudiosos relatam que a queda da Monarquia em Roma ocorreu em decorrência do estupro de Lucrecia por Sexto Tarquínio, filho do Rei. Logo após o ocorrido Lucrecia teria cometido suicídio diante de seu pai e marido o que resultou na revolta popular contra o rei.¹⁷

De forma geral, o *stuprum per vim*, era tido como crime gravíssimo aos olhos da sociedade, gerando repulsa individual, familiar e social. Por ser um crime de caráter violento, a tutela penal assegurava a proteção à mulher ou homem livres. Em contrapartida havia a figura do *stuprum voluntarium* e *adulterium*, crimes que poderiam ser praticados unicamente contra a mulher honesta, figura até pouco tempo presente em nosso ordenamento jurídico.

Fica caracterizada a diferença entre os crimes, visto que o estupro violento poderia ter como vítima qualquer homem ou mulher livre, já o estupro voluntário incorria apenas a um determinado grupo de mulheres (viúva, casada ou virgem).

Difere-se também na pena imposta, dado que, no *stuprum per vim* a vítima não sofria nenhum tipo de punição, já ao algoz poderia ser decretada a pena de morte. No entanto, no adultério as mulheres também seriam processadas pelo crime, as penas eram mais brandas e havia prazo prescricional.¹⁸

Para os gregos o sexo era tratado de forma natural, desprovido de culpa. Já o casamento primitivo era visto como um negocio, no qual a noiva podia ser comprada.

Como na maioria das sociedades militarizadas, os gregos viviam nos preceitos das sociedades patriarcais, onde a mulher era tratada de forma inferior ao homem.

No decorrer do tempo, a moral sexual foi influenciada pelos ditames de Platão, que acreditava ser a relação sexual extremamente fundamental, mas para

¹⁵ Idem

¹⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 11

¹⁷ SPINOSA, Antonio apud FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p.67

¹⁸ CANELA, Kelly Cristina tese de doutorado O *stuprum per vim* no direito romano, USP 2009

isso deveria ser utilizada exclusivamente para procriação na constância do matrimônio.¹⁹

Seguindo o mesmo pensamento, Aristóteles pregava que o sexo distanciava o homem da razão e por isso devia ser considerado como um prazer corrupto.

Elucida Foucault que:

(...)moral não se dirige aos homens com referência a condutas que poderiam dizer respeito a algumas interdições reconhecidas por todos e solenemente lembradas nos códigos, costumes e prescrições religiosas. Ela se dirige a eles a respeito das condutas em que justamente eles devem fazer uso de seu direito, de seu poder, de sua autoridade e de sua liberdade: nas práticas dos prazeres que não são condenados, numa vida de casamento onde, no exercício de um poder marital, nenhuma regra nem costume impede o homem de ter relações sexuais extraconjugais, em relações com os rapazes que, pelo menos dentro de certos limites, são admitidas, correntes e até mesmo valorizadas. É preciso entender esses temas de austeridade sexual não como uma tradução ou um comentário de proibições profundas e essenciais, mas como elaboração e estilização de uma atividade no exercício de seu poder e na prática de sua liberdade.²⁰

Como mencionado no texto, o conceito de moral difere do que vislumbramos nos dias atuais. Nota-se que as relações homossexuais entre homens adultos e rapazes mais novos eram não só permitidas, como gozavam de grande prestígio; estas eram consideradas como rito de passagem da infância à adolescência, além de ser um dever cívico²¹.

A pederastia da época possuía conotação pedagógica, destinada a preparação do jovem como futuro cidadão, dessa forma, o rapaz mais novo buscava instrução junto ao homem mais sábio e rico. Era digna de prestígio apenas a figura sexual ativa, de cunho dominador, que sempre cabia ao homem mais velho.²²

Fica clara a ideia de que a maioria dos crimes citados em “ crimes contra os costumes” tem por objetivo impor a moral se utilizando do tipo penal não para defender a livre sexualidade e sim para limitar os costumes sexuais, ou seja, são crimes contra a moralidade.²³

¹⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 10

²⁰ FOUCAULT, Michel Historia da sexualidade, O Uso Dos Prazeres 10ª edição, Vol.2 p. 24

²¹ HISGAIL, Fani Pedofilia- Um estudo psicanalítico Ed Iluminuras, 2011P13

²² Idem p.190

²³ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p.43

Na medida em que os comportamentos sexuais de cada sociedade variam no tempo e espaço, concomitantemente diferem também os limites de sua repressão. Essa figura da repressão sexual é caracterizada pelos mecanismos de controle social utilizados, tais como as leis, a moral e a religião *“um conjunto de interdições, permissões, normas, valores, regras estabelecidas histórica e culturalmente para controlar o exercício da sexualidade”*.²⁴

A chegada da idade moderna e a organização do Estado capitalista contribuíram para a ruptura dos mecanismos de repressão até então fortemente respaldados pelos valores religioso-sociais. Com isso surgiu uma nova forma de tratar a sexualidade, passando a valorizá-la de maneira individual.

A partir desse momento nasce o conceito de unificação do indivíduo, desencadeando a formação de um sujeito político, livre, portador de direitos de cidadania, e constrói-se a subjetividade como tema central para a constituição da identidade.²⁵

1.3 A sexualidade no Brasil

Independente do tema abordado, sempre será uma tarefa difícil agrupar o povo brasileiro em uma só definição. Não há como ignorar a forte miscigenação de culturas trazidas pelos diferentes grupos étnicos desde a época do Brasil colônia. Trate-se de um povo com muitas caras, sem cor definida e de diversas religiões.

Além disso, há de constar as diferenças culturais geográficas divididas em 27 unidades federativas compreendendo uma extensão territorial que lhe qualifica como 5º maior país do planeta.

A nação brasileira se fez em muito pelo encontro dos portugueses com as índias, e posteriormente com as negras e mulatas, os abusos sexuais eram comuns e vinham atrelados ao simbolismo de poder e submissão, exercidos pelos colonizadores.

Por mais que essa prática sexual fosse costumeira, juntamente com o concubinato, ela ia de encontro com a moral Cristã, cujas violações eram severamente punidas pela Inquisição, desde que fosse de seu interesse.

²⁴ CHAUÍ, Marilena apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, 2011, p. 09

²⁵ CASTRO, Mary Garcia apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 16

Apesar das evoluções que ocorreram do Brasil colônia até os dias atuais, ainda trazemos resquícios daquela época, como a tradição patriarcal, imperando o preconceito em relação à mulher, o racismo e as discriminações sexuais.²⁶

A repressão sexual brasileira ainda carrega traços da moralidade religiosa, apresentada como o chamado por CHAUÍ de “duplo nó”, na forma de uma dicotomia moral que proíbe e consente ao mesmo tempo.²⁷

Na década de 60 o movimento universal feminista acarretou alterações diretas à mulher brasileira, trazendo o conceito de independência sexual tornando possível o planejamento familiar e a inserção gradual da mulher no mercado de trabalho.²⁸

Nesse novo tempo, a relação sexual se desobriga do casamento e a sexualidade humana se distancia das moralidades religiosas, passando cada vez mais a ser tratada de forma autônoma e individual.

Em contrapartida, os métodos contraceptivos acabaram por antecipar as primeiras relações dos jovens, alterando assim seu comportamento sexual. Com isso e com as evoluções tecnológicas, houve um acréscimo na preocupação com o menor e com os que se encontram em situação de vulnerabilidade de modo geral.²⁹

Essa preocupação apresenta-se em decorrência do forte índice de prostituição infantil sendo o Brasil conhecido pelo turismo sexual especialmente no Nordeste, assim como exportador de prostitutas, promovendo o tráfico de pessoas.

A conscientização ao combate a exploração sexual se deu a partir do Primeiro Congresso Mundial contra a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes que ocorreu em 1996. Foi vislumbrado a periculosidade por ser a terceira atividade mais rentável do crime organizado, perdendo apenas para o tráfico de armas e de drogas. Estima-se que a rede de tráfico de pessoas para fim de exploração sexual movimenta uma média de cinco bilhões de dólares, sendo definida como a escravidão contemporânea³⁰.

De acordo com a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes foi apurado em 2003 e 2004 que o Brasil

²⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 19

²⁷ . CHAUÍ, Marilena apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, 2011, p. 19

²⁸ Idem p.20

²⁹ CASTRO, Mary Garcia apud GRECO e RASSI p.20

³⁰ Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual da Criança e do Adolescente. 2003, p. 196

possuía 131 rotas de tráfico internacional, 78 rotas de tráfico interestadual e 32 rota de tráfico municipal, totalizando 241 rotas³¹.

O relatório considerou como rota do trafico a definição trazida por Maria Lucia Leal:

Rotas de tráfico para fins de exploração sexual devem ser analisadas como espaços de interconexões do crime organizado. Nelas as relações de poder são construídas a partir de uma ordem mafiosa, que envolve não só pessoas ligadas às redes criminosas, mas também a de diferentes atores institucionais. A construção das rotas parte estrategicamente de cidades que estão próximas as rodovias, portos e aeroportos que são pontos de fácil mobilidade.

Destarte os exploradores atacarem geralmente as camadas mais carentes da população, as rotas de tráfico foram localizadas em todas as regiões do Brasil, evidenciando ser este um problema de nível nacional.

A fim de coibir os crimes sexuais e se adaptarem a evolução humana surgem as reformas legislativas nesse campo de proteção sexual baseadas nos novos entendimentos trazidos pela sociedade moderna. Em duplo grau, passa-se a desqualificar a tipicidade de algumas condutas de cunho meramente moral e a punir de forma mais severa os crimes sexuais que invadem a esfera da dignidade do ser humano, sendo denominada pela doutrina de um novo Direito Penal Sexual.³²

³¹ Idem p 197

³² CASTRO, Mary Garcia apud GRECO e RASSI p..22

2. A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS

2.1 O Início da Tutela do Direito Penal

A ideia de codificar os tipos penais em um só um capítulo vem desde os tempos remotos, como o Código de Hamurabi tendo “Delitos e Penas, Lesões Corporais, Talião e Indenizações”; O Código de Manu trazia o título “ Ofensas Físicas”; A Lei das XII Tábuas, tendo em sua tábua VII a parte denominada “ Dos Delitos”.³³

Em relação aos crimes sexuais, por volta do século XIX o legislador passou a ressaltar o bem jurídico tutelado ao nomeá-los; como exemplo temos o Código Napoleônico de 1810 que denomina os crimes sexuais como “Atentados aos Costumes”; O Código da Baviera de 1813 descreve-os como “Lesões e outras Violências de Fato sobre a Pessoa; O Código Sardo de 1839 como “Dos Crimes contra a Ordem da Família”; O Código Penal prussiano, 1851, utilizou-se de “ Crimes e Delitos contra os Costumes”; Código sardo Italiano, 1859 “ Dos Crimes contra o Bom Costume”; Código Imperial Alemão, 1871, “ Crimes e Delitos contra a Moralidade”. O Código Holandês, 1886, “ Delitos Contra a Moralidade”.

Nessa época os mencionados capítulos incluíam os crimes sexuais a outros crimes ligados a esfera familiar, deixando visível a tutela ao bem incorporado ao costume de uma época.

Apenas no século XX que os Códigos passam a tratar os crimes contra os costumes separadamente. Tendo assim o Código Argentino “Delitos contra a Honestidade”, o Código Rocco, 1930 “Dos delitos contra a moralidade pública e o Bom Costume” e o Código Brasileiro, 1940, “ Dos Crimes contra os Costumes”.³⁴

Por diversas vezes as palavras “costumes” e “ moralidade” se encontram na nomeação do respectivo título penal referente aos crimes sexuais, deixando evidente que mesmo não estando mais vinculado aos crimes contra a família, o bem jurídico tutelado à época ainda se limita aos costumes sociais.

Na década de 60 teve início a primeira revolução sexual, os sociólogos da época, como Herbert Marcuse, defendiam que a livre expressão da sexualidade humana traria desdobramentos políticos, igualitários e libertários.

³³FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p.110

³⁴ Idem p. 112

Juntamente com isso o advento da pílula anticoncepcional desencadeou a emancipação feminina alterando a posição da mulher na sociedade.³⁵

A vinda dos movimentos liberais alterou a concepção sexual da sociedade, exigindo-se assim a atualização legislativa para que o Direito acompanhe as mudanças sociais e não perca sua aplicabilidade.

Nessa época, a liberdade sexual deixa de ser protegida unicamente de forma acessória atrelada a bem maiores tutelados- como bens de família e costume social- e passa assumir a condição de bem primário inerente ao ser humano.

Em 1992 a França passa a incluir ao seu Código a “Lei de Adaptação”, acrescentando tipos penais referentes a agressões sexuais e alterando a nomenclatura do Capítulo sobre “Atentados á Integridade Psíquica ou Física da Pessoa” na Seção III de “Atentados aos Costumes” para “Das Agressões Sexuais”, passando a considerar os atentados sexuais objetivamente praticados contra a pessoa deixando de ser apenas uma violação ao costume.³⁶

Já o Código Português, com sua reforma de 1995, pelo Decreto-lei 48, deixou de tratar os crimes sexuais sob o título de “Dos Crimes contra os Valores e Interesses da Vida em Sociedade”, dividindo-o em duas secções, sendo “Crimes contra a Liberdade Sexual” relacionado aos delitos sexuais contra adultos e “Crimes contra a Autodeterminação Sexual” onde trata os crimes contra os menores.

Na mesma linha, o Código Penal espanhol de 1995 abordou o título como “Delitos contra a Liberdade e Indenidade Sexuais”. Nas palavras de Muñoz Conde, a liberdade sexual é um ramo da liberdade geral que se alude “*ao exercício da própria sexualidade e, em certa medida, à disposição do próprio corpo*” cabendo assim uma tutela jurídica específica.³⁷

Posteriormente, em 1998 o Código Penal alemão passou por duas alterações, disciplinando os crimes sexuais na seção de “Crimes contra a Autodeterminação Sexual”.

³⁵ GIKOVATE, Flávio, <http://somostodosum.ig.com.br/conteudo/conteudo.asp?id=05975> acessado em 04/04/2013

³⁶ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p.113

³⁷ MUÑOZ, Francisco Conde apud FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p.114

O Código Penal argentino foi alterado pela Lei 25.087 de 1999, modificando o Título responsável pelos crimes sexuais para “Delitos contra a Integridade Sexual”.³⁸

Com isso podemos vislumbrar que, nas últimas duas décadas, o objeto jurídico tratado pelo legislados migra, gradativamente, do aspecto da moralidade trazida pela sociedade contemporânea para uma abordagem mais humana, apontada pelo desdobramento da liberdade sexual.

2.2 O Despertar Do Bem Jurídico

Alguns doutrinadores classificam como Direito Penal Sexual, o ramo do direito penal que estabelece regras visando amparar o comportamento sexual humano, incluídos aqui os subtipos penais cujo núcleo central seja a ação sexual.

Jurgen LOUIS descreve como sendo a ação sexual, uma ação que *“conforme a sua aparência externa e desde a perspectiva de um observador objetivo, tem significação sexual”*³⁹

Para penetrar na esfera do sistema penal, deve-se fazer uma fragmentação do conceito de ação humana sexual, a passo que, somente as ações ilícitas e culpáveis sejam incorporadas no campo penal, deixando de lado as demais que mesmo sem aceitação social carecem de visibilidade jurídica.

Cabe ao Direito Penal Sexual agir com determinada cautela ao tratar de crimes de grande clamor social devido ao seu caráter hediondo, vez que, recai ao legislador a função de defender o bem jurídico tutelado, voltado aos dizeres da Carta Magna e distanciando-se cada vez mais da simples esfera da moralidade.

Elucida SILVEIRA que:

Os crimes que têm como objeto a agressão sexual são, por conseguinte, elementos de especial atenção por parte da doutrina jurídico-penal e mesmo por parte da sociedade em geral, particularmente sensível às questões relacionadas com as infrações de tal índole.⁴⁰

³⁸ Idem

³⁹ JURGEN, Luis apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 24

⁴⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 24

Ademais, há de se qualificar o bem jurídico tutelado distinguindo-o do que é encontrado apenas na esfera da moralidade.

Afirma Silveira que:

Como a moral não é vista como um sistema único, mas sim oriunda de uma relação de consenso - dada a partir de uma argumentação -, ela não pode sustentar um controle de situações que não necessariamente venham a agredir a coletividade como um todo.⁴¹

Desta feita, deve-se considerar que a formação do bem jurídico carece de influências materiais dos costumes e da moralidade. Estas se apresentam apenas como sendo convergências sociais e ordenamentos abstratos, longe de serem reconhecidos como bens de interesse social e individual.

Denota-se que a tutela da moralidade e dos “bons costumes” de uma sociedade é vazia, ao carecer de definição subjetiva do bem jurídico garantido.

Define Francisco de Assis Toledo:

bens jurídicos são valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesão efetivas.⁴²

A função do tipo penal é de preceituar de forma específica as condutas que devem ser reprimidas pela sociedade, com a dupla finalidade de prevenir e punir tais ações indesejadas. Limitando-se pelo princípio da *ultima ratio*, não podendo, dessa forma, adentrar as transgressões de mera moralidade.

2.2.1 A Eleição Do Bem Jurídico

Em tempos remotos o ilícito penal era comparado ao pecado, sendo crime tudo que fosse uma ofensa aos deuses. Com a chegada do iluminismo tem-se implantada a semente da razão e o Direito Penal passa a ser compreendido como sistema de controle social, objetivando a separação das leis divinas da lei penal. Nas palavras de Luiz Regis Prado:

⁴¹ SILVEIRA apud MARTINELLI, João Paulo Orsini, Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo n 68 v. 11, 2011 p 4

⁴² TOLEDO, Francisco de assis Princípios básicos de direito penal 5 ed São Paulo, Saraiva, 2002 fls 16.

Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.⁴³

De maneira ilustre, BECCARIA apresenta em sua obra uma crítica à arbitrariedade da aplicação das penas e a forma imprecisa e arcaica com que eram definidos os delitos. Criou conceitos que serviram de base para os pensadores da Escola Clássica.

Defendia que apenas atos juridicamente relevantes seriam passíveis de punição, cabendo dessa forma sua tutela, ou seja:

Há crimes que tendem diretamente à destruição da sociedade ou dos que a representam. Outros atingem o cidadão em sua vida, nos seus bens ou em sua honra. Outros, finalmente, são atos contrários ao que a lei prescreve ou proíbe, tendo em vista o bem público. Todo ato não compreendido numa dessas classes não pode ser considerado como crime, nem punido como tal, senão pelos que descobrem nisso o seu interesse particular.⁴⁴

A partir do século XIX a Escola Clássica inseriu o conceito de bem jurídico, antes disso cabia ao direito penal apenas defender direitos impostos pelo Estado. O delito era considerado a “lesão de um Direito”, o dano ao dever de respeitar adquirido através do contrato social.⁴⁵

Através dessa ideia, coube ao FEUERBACH sustentar que seria atribuição do Direito Penal resguardar os “direitos subjetivos” do particular, distinguindo Direito e Moral, e que caberia a um comando normativo regularizar as possíveis lesões ao direito do cidadão, aproximando-se assim da ideia de bem jurídico.

Comenta Bustos que:

(...)tudo se esgotava no jurídico, não havia nada mais que isso (tudo surgia do ato formal do contrato), com o qual se o Estado era o Direito (o contrato), não havia outra possibilidade de limitá-lo que sua própria vontade.⁴⁶

⁴³ PRADO apud ALMEIDA, Bruno Rotta, A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais, PUC-RS,2009, fls 306.

⁴⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas, Rio de Janeiro, 1979, p. 131.

⁴⁵ BUSTOS, Juan Ramirez. Manuel a de derecho penal Espanol. Parte general 3 ed Barcelona: Ariel, 1989 p 45

⁴⁶ Idem

Com isso competiria ao Estado a formulação de meios para salvaguardar os direitos assegurados, acabando com as arbitrariedades do absolutismo onde os crimes eram definidos de maneira imprecisa, maculando o princípio da legalidade. Limita-se dessa forma o poder do Estado, não ocorrendo a incriminação de condutas alheias aos interesses jurídicos, ou seja, que não violem um direito subjetivo individual.

Além disso, Feuerbach contribuiu para os estudos da criminologia introduzindo a vítima como sujeito de direitos, que até então se encontrava ofuscada pela figura única do criminoso.⁴⁷

Adiante o surgimento da Escola histórica traz fortes influências positivistas, alterando o que até então se tinha tecido pelo iluminismo.

A doutrina considera Johann Michael Franz Birnbaum o precursor da teoria do bem jurídico, descrevendo-a como sendo “ *bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela sua natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela*”⁴⁸. Caracterizando assim a tutela do bem jurídico material e não mais uma ofensa ao direito subjetivo.

Em suas palavras:

Se se quer tratar o delito como lesão, o essencial é relacionar necessariamente este conceito com a sua natureza; não com um direito, se não como um bem [...] é sempre bem, não o direito, o que se vê diminuído ⁴⁹

Dessa forma, no homicídio o que se ofende é a vida, diferente da crença iluminista de que se ofenderia o direito subjetivo à vida.⁵⁰

Por mais que não denomine propriamente como bem jurídico, sua teoria amplia o conceito trazido por Feuerbach, considerando o núcleo material do crime, constituindo que o delito transcende a mera violação ao direito subjetivo se tornando uma lesão ao bem.

⁴⁷ D'ELIA,, Fábio Suardi, Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade, PUC São Paulo, 2012, p.14

⁴⁸ BIRNBAUM apud GENTIL, Renato Marcão Plínio Crimes Contra a Dignidade Sexual, Ed. Saraiva 2011 p. 45.

⁴⁹ MALAREE, apud ALMEIDA, Bruno Rotta, A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais, PUC-RS,2009, p 308

⁵⁰ idem

Com o advento da Escola Positivista, dois grandes nomes contribuíram para o desenvolver da tutela penal.

Conforme discorre GUZ⁵¹:

Estes pensadores (Karl Binding e Franz Von Liszt) são membros da Escola Positiva e retomam o racionalismo do período iluminista. Karl Binding coloca a contextualização ainda abstrata de Juhan Michel Franz Birnbaum em um panorama de natureza penal de características jurídico-positivistas, reconhecendo sua dependência da própria norma.

Primeiramente Karl Binding defendia ser o bem jurídico tudo aquilo que fosse resguardado pela norma, cabendo ao legislador estipula-la como bem entendesse, não havendo limitação ao poder estatal. Cabendo unicamente a norma estabelecer o que seria merecedor de tipicidade.

Em suas palavras:

Tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sana da comunidade jurídica, em cuja manutenção incólume e livre de perturbações tem interesse desde seu ponto de vista e que por isso faz esforços por meio de suas normas para assegurar-lhe diante de lesões ou perigos não desejados.⁵²

O caráter positivista de sua concepção ao definir bem jurídico contrapõe-se a visão Iluminista, que assegurava o direito subjetivo do cidadão, já que acredita não existir direitos inatos ao homem e sim apenas os direitos criados pelo legislador.

É retomada a ideia de repressão sexual, uma vez que para Binding nos crimes sexuais o que era assegurado era a honra, para garantir que o comportamento sexual mantenha-se dentro dos parâmetros traçados pelos costumes da sociedade.⁵³

Em contrapartida Franz Von Liszt acredita que o bem jurídico vai além da norma e que esta existiria apenas para regulamentar interesses bem antes ostentados pela sociedade.

⁵¹GUZ apud D'ELIA,, Fábio Suardi, Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade, PUC São Paulo, 2012, p.16.

⁵² BINDING apud ALMEIDA, Bruno Rotta, A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais, PUC-RS,2009, p 307

⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro;RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 48

Definindo como:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do individuo ou da colectividade. É a vida, e não o direito, que produz interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, inviolabilidade do domicilio, o segredo epistolar era interesses muito antes que as cartas constitucinaei os garantissem contra a intervenção arbitraru do poder publico. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bem jurídicos quanto ao numero e quanto ao género.⁵⁴

Este conceito que o bem existe por vontade humana, cabendo ao direito penal a proteção dos interesses humanos, formou o pilar da compreensão de bem jurídico utilizado pela doutrina contemporânea.⁵⁵

Com relação aos crimes sexuais, Liszt defende haver duas esferas de proteção, sendo a liberdade sexual e o sentimento moral, ou seja:

Isto pôde dar-se em duas direcções:

1 Antes de tudo, a *livre disposição da própria pessoa no tocante ao commercio sexual pede protecção jurídica*. É este um interesse absolutamente especial, que muito de perto se relaciona com o bem jurídico da liberdade, e, em razão da importância social da vida sexual, se liga intimamente com a honra, bem como, em razão da sua importância physiologica (principalmente para a mulher muito menos para o homem) liga-se também com a integridade corporal. (...)

2 Além da liberdade Sexual, a lei protege o sentimento moral do individuo(isto é, idéas Moraes associadas com o sentimento) contra a offensa resultante de acções de outrem impudicas e escandalosas⁵⁶

Por mais que a sua teoria limitasse o poder dos Estados, muitas críticas surgiram a respeito da definição do que seria os tais “interesses vitais”, que nunca foram conceituados.

Dessa forma, Binding e Liszt foram de grande importância para o estudo do bem jurídico, pois apesar de não defenderem a mesma teoria, ambos os juristas constataram a importância da norma em resguardar o bem jurídico penal para que o Estado possa exercer a política criminal.

⁵⁴ LINZ, Franz Von, Tratado de Direito penal Alemão, TOMO I, Rio de Janeiro, 1899 p 93

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011º, p. 24

⁵⁶ LINZ, Franz Von, Tratado de Direito penal Alemão, TOMO II, Rio de Janeiro, 1899 p112

A partir do século XX, desenvolve-se na Alemanha a corrente filosófica denominada Neokantismo, com ela pretendia-se recuperar o pensamento crítico acerca das condições que tornam válida a atividade cognitiva da Moral. As escolas mais conhecidas por carregarem essa doutrina são a Escola de Baden e Escola de Marburg.

Alterando a concepção filosófica da época, também foi modificada a compreensão de bem jurídico, dessa forma, a compreensão positivista do direito, a qual o núcleo do delito se encontra expresso na lei, foi colocada de lado adotando-se uma vertente teológica com uma visão mais subjetiva abrindo-se precedentes para interpretação da norma.

O bem jurídico passa a ser descrito com fórmulas interpretadas dos tipos penais⁵⁷. Richard Honig considerava o bem jurídico como um critério de interpretação, ou seja, *“é o fim reconhecido pelo legislados nos preceitos penais individuais em sua fórmula mais sucinta”*⁵⁸ ou então *“ como uma síntese categorial com a qual o pensamento jurídico se esforça em captar o sentido e o fim das prescrições penais particulares”*.⁵⁹

Com isso a noção de bem jurídico é descaracterizada não sendo essencial para a conceituação do delito, por compreenderem que o bem jurídico era uma criação discricionária do legislador, importando tão somente à violação a norma imposta pelo Estado. Luiz Flávio Gomes enuncia que:

O núcleo do delito se afasta do conceito de bem jurídico e passa a ser constituído pela violação de um dever ou pelo desvalor de uma intenção interior, ou pelo rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, pela violação de um valor cultural.⁶⁰

Após a segunda guerra mundial passou-se a um novo debate jurídico-penal caracterizando o bem jurídico como uma garantia trazida ao ser humano, passou-se a estudar o delito de forma subjetiva, ressurgindo a figura da vítima como merecedora de consideração e necessária para o estudo do crime.

⁵⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. ,Revista Liberdade nº 1 agosto de 2009, Ibccrim, p. 18.

⁵⁸ HONIG apud BUSATO, Paulo Cesar HUAPAYA, Sandro Montes Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 p 55

⁵⁹ Idem

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.80.

O respeitável jurista alemão Hans Welzel introduziu no direito penal a Teoria Finalista da ação defendendo que o dolo e a culpa fariam parte dos elementos do tipo penal, apresentando o bem jurídico como “*estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões*”.⁶¹ Dessa forma o bem é tutelado como meio de se alcançar a proteção social.

Contra a idealização clássica arbitrária que não oferecia garantismo, firmaram-se as teorias constitucionalistas, tendo como um de seus defensores Jorge de Figueiredo Dias, vislumbrando na Constituição a norma criada com base nos anseios da sociedade que serve de alicerce para formulação do bem jurídico. Estando dessa forma, os preceitos jurídico-penais da tipificação enraizados na norma constitucional.⁶²

No mesmo sentido, Jesus Maria Silva Sanchez defende que se faz necessária a influência constitucional a fim de limitar a intervenção do direito penal ao assegurar o que seria determinado como bem jurídico, ou seja:

O direito penal deve refletir a ordem social, de modo que sua legitimação derive da legitimação das normas cuja vigência assegura [...] a teoria que centra na proteção da vigência das normas a função do Direito penal não dispensa o esforço em pró de uma legitimação material de ditas normas vinculadas a consequências jurídico-penais. Agora bem, a questão é então onde e como achar os critérios de identidade da sociedade que se plasmariam nas expectativas normativas essenciais. E frente a outras possíveis compreensões, resulta razoável busca-los na Constituição⁶³

No entanto, há críticas a respeito da teoria, pois ao tratarmos de um Estado que se utiliza de uma constituição outorgada carece de representação os interesses da sociedade, garantindo apenas os interesses da minoria. Defende-se, portanto que a constituição seja usada como um referencial, um embasamento aos bens jurídicos.

Com o intuito de solucionar essas questões apresenta-se um enfoque sociológico trazido pela escola de Frankfurt, defendida por autores radicais, e do outro as escolas funcionalistas moderna e sistêmica.

⁶¹ KASSMAYER, Karin, BUSARO, Paulo César A legitimidade da proteção penal do bem jurídico meio-ambiente.<http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20Legitimidade%20da%20Prote%20E7%E3o%20Penal%20do%20Bem%20Jur%20EDdico%20MeioAmbiente%20%20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20CE9sar%20Busato.pdf> acessado em 27/03/2013.

⁶² idem

⁶³ SANCHEZ apud idem p.10

A Escola de Frankfurt defende o distanciamento do direito penal da esfera além dos direitos individuais. Conhecido como um dos seus principais juristas Winfried Hassemer chegou a definir de forma genérica o bem jurídico como sendo *"interesse humano necessitado de proteção jurídico penal"*⁶⁴, ou seja:

Los bienes no son produto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado em la experiencia. Valores tales como el matrimonio monogâmico, la propiedad, la libertad, el honor o la salud no sólo son relativos, tanto desde el punto de vista histórico, como geográfico, sino también desde el punto de vista económico y cultural. Gráficamente se puede decidir que los "boenes no existen, sino que son producidos". No hace falta, para demostrarlo, recurrir a la Etmología o a la historia del Derecho, incluso em el Derecho vigente hay Buenos ejemplos de esta historicidade del concepto de bien y del de bien jurídico.⁶⁵

Adepto das ideias abordadas pelo direito penal clássico, Hassemer defendia que só seriam dignas de intervenção penal as condutas danosas a sociedade. Dependendo não só da conduta delitiva e sim da concreta lesão ao bem jurídico, sendo, dessa forma, a finalidade do Direito Penal a proteção ao bem jurídico.⁶⁶

Formada a partir da teoria finalista, de forma oposta apresenta-se a corrente do funcionalismo sistêmico, também conhecida como pós-finalista. Abordada por Gunther Jakobs, opõe-se à vinculação do legislador penal a definição de bem jurídico, alegando que ao Direito Penal não caberia assegurar o bem jurídico, mas sim a norma, uma vez que o crime é uma quebra das expectativas sociais.

Aborda que não caberia ao direito penal estabelecer as normas pelas quais se regula o Estado, mas sua formulação se encontra na interação social, onde as condutas são estabelecidas. É a função social do Direito penal, também conhecida como funcionalismo normativo, que incorpora os comportamentos sociais na esfera

⁶⁴ HASSEMER apud MUNÓZ, Francisco Conde Introducción a la Criminología e al Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989 p 112

⁶⁵ Idem p. 111. Os bens não são produto de processos naturais, mas sim de acordo social baseado na experiência. Valores tais como o matrimônio monogâmico, a propriedade, a liberdade, a honra ou a saúde são relativos, tanto desde o ponto de vista histórico como geográfico, mas também desde o ponto de vista econômico e cultural. Gráficamente se pode dizer que os "bens não existem, senão que são produzidos". O legislador, na hora de criar uma lei penal atua, dentro de sua margem de autonomia, "configurando" os bens jurídicos, não simplesmente "sacando-os" da realidade social e refletindo-os, nessa atuação leva a cabo uma função política e não simplesmente demográfica ou estatística". (tradução livre de rodapé)

⁶⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 53

jurídico-penal. Com isso, ao Direito Penal restaria como função assegurar o cumprimento das normas.⁶⁷

El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside em que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuíno de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas.⁶⁸

Com essa análise Jakobs passa a ser conhecido como defensor do funcionalismo radical, inclusive por acreditar que a norma sempre deve ser obedecida mesmo se estiver errada, criou-se o Direito Penal do Inimigo, onde o ser humano deixa de ser considerado como uma pessoa única e passa a fazer parte de um grupo social.⁶⁹

Propondo uma visão mais centrista Claus Roxin defende o funcionalismo moderado proporcionando uma teoria teológica-funcional de seu fundamento ideológico, propagando a reconstrução da teoria do delito pela dogmática político criminal, tendo a intenção de verificar a aplicação direta da norma penal ao caso concreto como máquina do Estado no combate a criminalidade.

Enaltece que:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos políticos-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar

⁶⁷ MOURA, Gustavo Lamartins, CURY, Paula Maria Nasser Apontamentos Tóricos sobre o funcionalismo normativo de Gunther Jakobs, p.140., disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1111/1093> acessado em 20/02/2013.

⁶⁸ O Direito Penal se legitima formalmente mediante a aprovação conforme à Constituição das leis penais. A legitimação material reside no fato de que as leis penais são necessárias para a manutenção da forma da sociedade e do Estado. Não existe nenhum conteúdo genuíno das normas penais, sendo que os conteúdos possíveis se regem pelo respectivo contexto da regulação. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, assim como as normas. JAKOBS, Gunther. Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas. 1997, p. 44-45

⁶⁹ MANSOLO, Mary Comentários sobre a teoria do funcionalismo penal, 2011, disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033358.pdf> acessado em 22/08/2012.

conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *les lata* ou ferenda, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.⁷⁰

Assim se concretiza a Teoria Sociológica e o bem jurídico volta a ter destaque, uma vez que, Roxin defende como sendo a função primordial do ordenamento jurídico-penal defende-lo. Elucida que a política criminal deve ser formulada com valores fundados na dignidade da pessoa humana e que o direito Penal só deve atuar quando o bem jurídico for ameaçado, cabendo a outras esferas do direito lidar com ações que não ofendam o bem jurídico Dessa forma:

As fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função social não deve ser logicamente objeto de Direito Penal. A função do Direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.⁷¹

Além disso, ao tratar da teoria do bem jurídico, ROXIN encontra no princípio da subsidiariedade pressuposto para limitar o poder punitivo do Estado e efetivação do direito penal como *ultima ratio*.⁷²

Para ele, a fim de assegurar uma existência em sociedade deve o Direito Penal proteger os bens valiosos desta garantindo-os através da punição direta as lesões. Por fim, classifica o bem jurídico como sendo garantias entregues ao indivíduo que assegurem seu livre desenvolvimento dentro do domínio de um sistema social elaborado sobre a base da concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.⁷³ Completa que a Constituição tem a responsabilidade de limitar o poder punitivo do Estado, visto que delimita o conceito de bem jurídico da sociedade.

⁷⁰ Roxin, Claus, Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, tradução de Luís Greco, Renovar, 2.002, p.82.

⁷¹ A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal. Trad. De André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 p 16-17

⁷² ARÊDES, Sirlene Nunes O conceito material e bem jurídico penal, Revista do Curso de Direito da FEAD nº 6, 2010, p 107

⁷³

⁷³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. ,Revista Liberdade nº 1 agosto de 2009, Ibccrim, p. 23.

Segundo GRECO, ao citar ROXIN, esclarece que essa delimitação acarretaria em duas consequências político criminais:

- a. a de que a punição de meras imoralidades, sobretudo no campo do direito penal sexual, estariam excluídas
- b. bem como estariam excluídas as contravenções do âmbito do Direito Penal, já que seu objeto de proteção não é preexistente e sim criado pelo Estado, por isso não podendo ser conceituado como bem jurídico.⁷⁴

Fica claro que Roxin já apresentava uma preocupação quanto aos bens jurídicos da generalidade, aqueles que de forma difusa seriam necessários tutela geral da sociedade.

2.2.2 Fundamentos Da Ultima Ratio.

Seguindo esta linha, a tendência contemporânea tanto da doutrina nacional quanto estrangeira é de caracterizar o bem jurídico como sendo o bem assegurado pela norma penal.

Cabe à ciência do Direito Penal eleger e individualizar concretamente os interesses valorados que apresentem necessidade de proteção jurídico-penal. Com isso, a sanção imposta se demonstra como sendo uma consequência trazida pela condição axiológica do bem, e este tem sua importância na proteção garantida pela pena exercida.⁷⁵

Para melhor se adequar ao Estado Democrático de Direito, coube ao bem jurídico delimitar a atuação do direito penal, oferecendo tutela a tão somente os bens que assim deveriam ser assegurados, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais, trazida pelo Direito penal garantista.

Atualmente encontramos duas doutrinas universais diversas acerca da atuação da dogmática penal, a primeira utiliza-se do Direito Penal Máximo, exemplo do sistema “Lei e Ordem” adotado pelos Estados Unidos da América e outra como sendo Direito Penal Mínimo abrangido pelos países europeus.

⁷⁴ ROXIN apud GRECO Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 54

⁷⁵ ALMEIDA, Bruno Rotta, A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais, PUC-RS, 2009, fls 306.

Afirma Ferrajoli:

Por isso, o primeiro modelo [direito penal mínimo] pode ser identificado como modelo do *Estado de Direito*, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos [direito penal máximo], ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprio do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejma *legibus soluti* ou “ totais”. Quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.⁷⁶

A legislação brasileira de maneira contraditória apresenta tipificações de ambos os movimentos, ora apresentando um direito penal repressivo e criminalizador, ora oferecendo alternativas à pena restritiva de liberdade. Distanciando-se ainda mais da intervenção mínima quando tratamos de garantias asseguradas à coletividade.

Assim sendo, este fenômeno ocorre principalmente ao tratamos de uma nova classe de bens jurídicos de caráter difuso que cabe ao legislador salvaguardar, uma vez que em certas situações a ofensa, mesmo sendo individual, ultrapassa a figura da pessoa afetando assim uma parcela da sociedade.

Ponte explica que:

Muito embora o agente, num primeiro olhar, atente contra os bens e interesses relacionados a um determinado titular; na verdade, analisada a sua conduta globalmente, chega-se a conclusão de que a sociedade, como um todo, é atingida e, naturalmente, prejudicada.⁷⁷

Importante ressaltar a necessidade de atualização da tutela penal para proteger a figura dos bens difusos, proporcionando um direito penal distinto, com orientações de perigo e tipos abertos, uma vez que, os bens supraindividuais apresentam acepções distintas das clássicas encontradas na norma penal, dificultando a atuação do Direito Penal.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. . 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.101

⁷⁷ PONTE, Antonio Carlos da Crimes eleitorais, Ed. Saraiva, 2008 p.46.

Nesses casos o Direito Penal Moderno apresenta outra definição, pautando-se na flexibilização de determinadas garantias processuais e ocorrendo a diminuição da intervenção mínima, distanciando-se por vezes do embasamento do Direito Penal Clássico.⁷⁸

Com isso, se tem um direito penal mais arrojado, expandido em sua esfera, o que claramente vem atrelado à insegurança jurídica, pois a dificuldade em determinar o bem jurídico gera tipos penais abertos.

Ainda que haja uma flexibilidade da ciência penal ao abordarmos direitos coletivos, é evidente que a única função do Estado é de proteger o bem jurídico selecionado, cabendo à atuação do Estado unicamente se houver violação concreta ao bem jurídico, respeitando o princípio da necessidade.⁷⁹

Assim sendo, de forma oposta ao penal reducionista, o legislador se utiliza de penas punitivas administrativas e penais, para situações que não competiria a política penal ou como alguns autores afirmam “ *hoy, el objetivo del derecho penal moderno sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, em sim, que el derecho penal no sería más para el legislador ultima ratio, sino, en medida creciente, prima ratio*”⁸⁰

Partindo do pressuposto liberal de que ao Estado acaba por intervir na esfera da liberdade dos cidadãos para garantir o interesse da sociedade, se torna claro o empenho de limitar os poderes do legislador para não retrocedermos aos períodos do absolutismo de arbitrariedade.

Em ambos os modelos de intervenção estatal, há a tentativa de restringir sua intervenção exibindo-se o conceito jurídico-constitucional de bem jurídico, no sentido de impossibilitar a criação de normas penais que não ofendam bens presentes nas garantias constitucionais.⁸¹

Elucida CARVALHO:

Ocorre que, com a recepção dos valores iluministas pelas Constituições, a arquitetura do ordenamento e os vínculos entre as normas modificaram-se. A cadeia principiológica constitucionalizada

⁷⁸ D`ELIA Op. Cit., p.19

⁷⁹ Idem p.24

⁸⁰ Hoje o objetivo do direito penal moderno seria alcançar determinados resultados externos. Se afirma, em si que o direito penal não seria mais para o legislador a *ultima ratio*, se não uma maneira crescente de *prima ratio*.(tradução livre) ARANA apud ARÊDES, Sirlene Nunes O conceito material e bem jurídico penal, Revista do Curso de Direito da FEAD nº 6, 2010, p 117

⁸¹ Idem.

(direito fundamente) determinou regras sobre a produção legal não reduzida apenas às suas condições formais (procedimentais e de competência), mas, sobretudo, relativas ao seu conteúdo (vínculos substanciais). A incorporação constitucional dos direitos fundamentais impõe à teoria do direito revisão das esferas da validade e vigência das normas, e a necessária separação destas categorias, principal erro do “paleopositivismo dogmático” (dogmatismo).⁸²

Já no âmbito da intervenção mínima, encontra-se no princípio da subsidiariedade do Direito Penal o conceito material de crime, visto que o sentido deste princípio pressupõe que outras esperas jurídicas ou administrativas se apresentam como sendo viáveis a versar sobre as demais controvérsias da sociedade sem ser necessária a intervenção do direito penal, tornando-o subsidiário. Apresenta-se assim a intervenção mínima do direito penal, ou seja, como sendo o ultimo recurso da lei.

Desse modo vislumbra-se o caráter subsidiário e fragmentário do Direito penal, verificando-se assim na norma penal brasileira uma corrente mais tendenciosa ao princípio da intervenção mínima.

Define Ponte que:

O princípio da intervenção mínima ou necessidade surgiu com a Declaração Francesa dos Direitos Humanos e do cidadão de 1789, que em seu artigo 8º preconiza que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias... A origem de tal princípio deve-se ao pensamento iluminista, que entendia que as leis penais deveriam ser em número restrito, com proposições simples e claras.”⁸³

A vertente do Direito penal máximo assegura ao culpado o cumprimento da pena, mesmo que, à custa da incerteza, ocorra a punição de um inocente, tutelando com isso a segurança pública. Ao passo que o direito penal mínimo defende que nenhum inocente será punido, mesmo que para isso alguns culpados saiam impunes, garantido acima de tudo a liberdade individual.

Elucida FERRAJOLI:

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o

⁸² Carvalho, Salo de. Pena e garantias 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 102

⁸³ PONTE, Antonio Carlos da Crimes eleitorais, Ed. Saraiva, 2008 p.74.

fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova- quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva- não da inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas.⁸⁴

Ademais, a visão garantista da intervenção mínima defende a descriminalização de condutas puníveis com multa ou contravenções penais, uma vez que, com base no princípio da necessidade tais condutas não atingem um bem jurídico tutelado pelos direitos fundamentais, devendo sua segurança ser exercida por outra esfera do Direito ou até pela esfera administrativa.

O Estado Democrático de Direito tende a defender o Direito Penal mínimo cabendo ao legislador garantir proteção apenas aos bens jurídicos relevantes, deixando os demais salvaguardados por outros ramos do Direito.

Elucida BITENCOURT,

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado⁸⁵

Dessa forma, a proteção do direito penal é exclusiva aos bens jurídicos relevantes, no entanto, estes não encontram na tipificação penal sua única proteção, mas sim a última.

2.3 O Bem Jurídico Tutelado: A Dignidade da Pessoa Humana

A mudança de nomenclatura, trazida pela Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, vislumbra o bem jurídico salvaguardado pelo nosso ordenamento jurídico. Há muito o Título VI do Código Penal se encontrava obsoleto, pois “Crimes contra os Costumes” não expressava o foco de proteção e a realidade de nossa sociedade.

Como já demonstrado, não cabe ao âmbito da ciência jurídico-criminal tratar sobre questões de mera moralidade, ou simplesmente costumeiras. Não só isso,

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. . 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.104

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. vol. 1. Ed. Saraiva, 2008. P 22

como, nos últimos tempos houve uma tendência mundial em reconhecer que os crimes sexuais vão além dos costumes, ofendendo diretamente a dignidade do ser humano.

A dignidade da pessoa humana nem sempre foi um direito de todos, visto que os filósofos da antiguidade clássica quantificavam a dignidade com a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento na sociedade, havendo dessa forma pessoas mais ou menos dignas.⁸⁶

No pensamento de São Tomás de Aquino a dignidade é o valor do homem, fazendo parte de sua essência. Elucida que, o homem sem dignidade decai à condição de besta.⁸⁷

Para Thomas Hobbes a dignidade humana vinha atrelada ao valor do indivíduo no contexto social, ou seja:

O valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto não absoluto, mas algo que depende da necessidade e do julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempo de paz. Um juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempo de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra. E tal como nas coisas, também no homem não é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (como muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros.⁸⁸

As ideias de Immanuel Kant impulsionaram o conceito de dignidade, distanciando-o das considerações trazidas pela religião. Com ele, o homem assume uma posição centrista, onde a ordem normativa deve estar no homem e não no Estado. O Estado deve servir ao homem.⁸⁹

Dessa forma, Kant sustenta que:

O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim...Portanto, o valor de todos os objetos

⁸⁶ GENTIL, Renato Marcão Plínio Crimes Contra a Dignidade Sexual, Ed. Saraiva 2011 p. 31.

⁸⁷ Idem

⁸⁸ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009 p. 39

⁸⁹ GENTIL Op. Cit. p. 32.

que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio e é um objeto de respeito.⁹⁰

Ao posicionar o ser humano como fim, é repudiada qualquer forma de coisificação e instrumentalização do ser humano. Com isso, a dignidade passa a qualificar a pessoa, pertencendo a ela de maneira inerente, sendo portanto irrenunciável e inalienável⁹¹. Passando a ser compreendido como “ *o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível*”.⁹²

De acordo com a exposição de Sarlet, a posição majoritária acredita que toda a pessoa humana, criminosa ou não, é igual em dignidade, independente das circunstâncias concretas, mesmo que não atuem de maneira digna em suas relações com os demais.⁹³

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana adentra o ordenamento jurídico juntamente com a Teoria do Garantismo, pois inibir as arbitrariedades empreendidas pelo poder punitivo estatal, nada mais é do que limitar o poder para assegurar os direitos humanos, impondo tão somente sanções penais que não violem os direitos constitucionais.

Com a centralização da pessoa humana, surge a ideia de direitos fundamentais, criando parâmetros para a tutela penal do Estado, limitando sua atuação e protegendo de forma extensa qualquer violação externa.

Primeiramente abordada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o princípio da dignidade humana é encontrado em diversas normas universais, tutelando os direitos do homem.⁹⁴

A Convenção Americana de Direitos Humanos alude em seu artigo 11⁹⁵:

Artigo 11- Proteção da honra e da dignidade

⁹⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998, Livraria do Advogado, 2010 p. 38)

⁹¹ Idem p.50

⁹² Idem

⁹³ Idem p. 53

⁹⁴ GENTIL, Renato Marcão Plínio Crimes Contra a Dignidade Sexual, Ed. Saraiva 2011 p. 33.

⁹⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica 1969.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

A Constituição Federal enumera em seu artigo 1º inciso III a dignidade da pessoa humana como sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Invoca Maria Regina Fay de Azambuja ao citar Pereira, que a dignidade da pessoa humana para a criança:

É que irá definir a forma de integração da criança na comunhão humana; por isso é absolutamente necessário que, desde o primeiro instante de vida, a criança seja reconhecida como pessoa e tratada como tal, pois, na realidade, se tiver condições favoráveis, poderá desenvolver suas potencialidades e contribuir para o bem-estar e o aperfeiçoamento da humanidade.⁹⁶

Ademais, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente separou o Capítulo II para assegurar a dignidade da criança, denominando-o como “Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade” :

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

⁹⁶ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, Inquirição da criança vítima e violência sexual: proteção ou violação de direitos? p. 57

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Dessa forma, uma das alterações trazida pela lei 12.015/2009, não se tratou apenas de renomear o título “Dos Crimes contra os Costumes”, mas sim de modular o bem jurídico tutelado adaptando-se a atual Constituição trazendo o fundamento basilar da República, a dignidade da pessoa humana.

2.3.1 Dignidade Sexual

Cumpre-se ressaltar o valor inerente a dignidade, afirma Celso Bastos que *“a referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos quer sejam os de fundo econômico e social”*.⁹⁷

Discorre Dias que:

o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se erradia todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.⁹⁸

Desta feita, a Dignidade da Pessoa Humana vai além dos direitos fundamentais, por ser inerente a condição do ser humano e anterior à constituição do Estado, cabendo a este tutela-la garantindo o Estado Democrático de Direito.

⁹⁷ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p. 130-131

⁹⁸ Maria Berenice Dias. Manual de direito de família 7 ed são Paulo, RT 2010 p.62

Com isso, extraímos duas funções do princípio da dignidade da pessoa humana, primeiramente, tal princípio serve de instituto limitador normativo, com a finalidade de impor limite às normas na forma que se adequem a Constituição. Por outro lado, abordando a já mencionada teoria kantiana, cabe à ordem jurídica impedir a “coisificação” da pessoa, não a tomando como objeto, e sim como seu fim. Com esses preceitos fica claro o reconhecimento do ser humano tanto em seu caráter individual quanto sua importância no âmbito social.

A alteração do Código penal alinhou a tutela da liberdade sexual aos preceitos Constitucionais, na forma que, o Princípio da Dignidade da Pessoa humana tem como uma de suas vertentes a dignidade sexual.

Compreende-se por dignidade sexual:

O direito da pessoa de escolher consciente e voluntariamente, suas condutas sexuais. Englobam-se as outras pessoas com quem se deseja relacionar, o lugar, o tempo e os procedimentos. Desde que a dignidade dos demais seja também respeitada, cada um pode exercer sua sexualidade como bem entender. Considera-se, assim, a individualidade de cada um, suas aspirações e vontades, abandonando-se os valores meramente imorais.⁹⁹

Distanciando da moralidade, HASSEMER analisa que:

El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico (para que pudiese discriminar verdaderamente) debía ser lo más preciso posible: así por ejemplo en el Derecho penal sexual no debía indicarse moralidad sexual sino autodeterminación, salud y protección de la juventude¹⁰⁰

Neste prisma, se demonstra correta a alteração legislativa adequando-se a modernidade e a tutela requerida pela sociedade, explica GRECO:

⁹⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini, Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo n 68 v. 11, 2011 p 5

¹⁰⁰ O Legislador deveria penalizar somente os comportamentos que ameaçam o bem jurídico;. Os atos que só atentam a moral, a valores sociais ou contra o soberano, devem ser excluídos da lista de delitos. O conceito de bem jurídico (para que pudesse discriminar exatamente) deve ser o mais preciso possível, assim por exemplo no Direito Penal Sexual não deve indicar moralidade sexual e sim autodeterminação, saúde e proteção da juventude. Hassemer, Winfried, Derecho Penal Simbólico Y Protección de Bienes Jurídicos, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995 pp 28

Tal alteração, em nosso entender, aproxima o Direito Penal dos padrões contemporâneos de moralidade política vigentes nas democracias liberais, cuja normatividade se baseia em dois pontos principais: a ampliação das esferas de autonomia e de liberdade individuais, por um lado, e o aumento da tolerância entre os diversos grupos no convívio social, por outro.¹⁰¹

Dessa forma, o crime sexual afronta a complexidade humana, uma vez que lhe é ofendida não só a liberdade sexual, mas toda sua dignidade, já que lhe é compelida a condição de coisa, de instrumento, afrontando sua autodeterminação.

Compreende-se por liberdade sexual a ampla autonomia do corpo e da sexualidade, desde que não intervenha na liberdade sexual de outro. Devendo aquela não sofrer intervenção alheia ou Estatal, devendo apenas protegê-la.

De outra forma, pode ser compreendida como o direito de apenas se submeter ao comportamento sexual que deseje. Polaino Navarrete defende uma posição mista de que ambos representariam a proteção a dignidade sexual.¹⁰²

Jimenez Huerta define liberdade sexual:

A liberdade de amar é a faculdade inerente ao ser humano e nobilíssimo atributo de sua personalidade, que se exterioriza no plano pessoal, que ao indivíduo incumbe manter relações amorosas com quem bem lhe parecer, de interrompê-las livremente, de não ter quem não for de seu agrado ou de se abster temporária ou permanentemente de toda relação carnal.¹⁰³

Em outros termos, elucida NUCCI:

Busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência.¹⁰⁴

Alessandra GRECO pontua com a citação de NATZCHERADETZ afirmando que:

¹⁰¹ Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p. 66

¹⁰² Idem p 61

¹⁰³ HUERTA apud FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p 118.

¹⁰⁴ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, Inquirição da criança vítima e violência sexual: proteção ou violação de direitos? p. 145.

a liberdade sexual é o único bem digno de tutela nos crimes sexuais; o Direito Penal sexual tutela bens individuais, vale dizer, a liberdade sexual individual, e não bens coletivos como a ordem social da vida sexual ou a moral sexual pública, conforme limitação constitucional; sendo a liberdade sexual o bem jurídico protegido e sabendo-se ser a liberdade pessoal tutelada pelo Código Penal, deve a liberdade sexual, com suas especificidades, ser, tratada no seio da dos crimes contra a liberdade geral.¹⁰⁵

Ademais, conclui ainda que cabe ao Direito Penal Sexual garantir a liberdade nos comportamentos sexuais do indivíduo, para tanto, lhe é limitado tipificar tão somente as ações sexuais que atentem gravemente contra a liberdade sexual do ofendido, ou seja, sua autodeterminação sexual, privando-o de sua autorrealização pessoal¹⁰⁶.

Todavia, nos crimes que configuram como vítima crianças e adolescentes a ofensa vai além da liberdade sexual, violando a integridade física, psíquica e a dignidade da pessoa humana, da maneira que não permite o livre desenvolvimento da personalidade do menor¹⁰⁷.

Concluimos que a nova lei ao abordar os vulneráveis, desempenha nos crimes sexuais a função de salvaguardar a liberdade de autodeterminação sexual de cada um e assegurar o livre desenvolvimento sexual da criança, adolescente e incapazes contra ofensas de terceiros¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, Crimes Contra a Dignidade Sexual, Editora Atlas, 2011, p.63

¹⁰⁶ Idem p 60

¹⁰⁷ .BITENCOURT, Luciane Potter Vitimização Secundária Infanto-juvenil e Violência Sexual intrafamiliar, Lumen Juris, 2009 p. 71

¹⁰⁸ MUNÓZ, Francisco Conde Derecho Penal, parte especial Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p 217.

3. DOS CRIMES CONTRA VULNERÁVEIS

Com o advento da nova lei surgiu a figura do vulnerável, sendo este representado tanto pelo menor de 14 anos quanto pelos incapazes- aqueles que por motivo de doença mental ou enfermidade não tem o discernimento para a prática do ato sexual.

O critério jurídico-penal respaldando na idade mínima para o consentimento é utilizado no ordenamento jurídico desde a época da Idade Média com o Direito Romano.¹⁰⁹

No ordenamento brasileiro, o Código Imperial já trazia como elemento constitutivo do tipo deflorar mulher virgem menor de 17 anos, sendo um crime mais grave do que a violação da, adulta, mulher honesta. Ainda não questionando a capacidade de consentir da menor, já se considerava a cópula carnal uma violência digna de tutela penal¹¹⁰.

A conotação da presunção de violência de forma expressa foi disponibilizada pelos legisladores do Código Penal de 1890, em seu artigo 272, in verbis: “*Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 anos*”. Note-se uma evolução legislativa, uma vez que não era necessária a comprovação de ser a mulher “ honesta” ou virgem, bastava ser menor de 16 para preencher a elementar do tipo.

Com as mudanças socioculturais há sempre a necessidade de atualização da norma jurídica, o que desencadeou a construção do atual Código Penal de 1940, o qual alterou o limite etário da presunção de violência nos crimes sexuais de 16 para 14 anos.

Dessa forma o antigo artigo 224 do código estipulava as hipóteses de crimes sexuais com violência presumida, dentre elas, a violência sexual contra o menor de 14 anos que, de acordo com a lei, não tinha capacidade para fornecer consentimento sexual válido por lhe faltar maturidade fisiológica e capacidade psicoética para compreender os atos sexuais.

¹⁰⁹ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira, Violência Sexual Presumida, Juruá Editora, Recife, 2002 p.18

¹¹⁰ Idem.

Mirabete e Fabbrini justificam que:

Embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já tenham maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstância de que o menor de 14 anos não pode validamente consentir pelo desconhecimento dos atos sexuais e de suas consequências (*innocentia consilii*). O consentimento em casos que tais é absolutamente nulo.¹¹¹

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão a esse respeito nos autos do *Habeas Corpus* Relatado pelo II.Ministro Sydney Sanches:

O consentimento da ofendida, menos de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, “a”, do C. Penal)¹¹².

No entanto, este entendimento não era pacífico no Supremo Tribunal de Justiça o que desencadeou o polêmico acórdão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial.

Trata-se da divergência entre a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que compreendia como absoluta a presunção de violência contra o menor de 14 anos, prevista no antigo artigo 224 alínea “a”, e entre a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que entendia que a violência contida no revogado artigo era relativa.

Em seu voto a Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura compreende que, por mais que caiba aos magistrados proteger os menores assegurando seu desenvolvimento e liberdade sexual, entende que o caso concreto deve ser avaliado antes de se presumir que a violência é absoluta:

Conforme já externei no julgamento do Recurso Especial nº 430.615/MG, o tema relativo à natureza da presunção de violência nos crimes sexuais, por certo, é de grande valor, como cediço, porque envolve a liberdade sexual de pessoas cuja capacidade a lei considera incompleta. Aliás, abordar os transtornos da violência sexual já traz em si a reflexão de princípios básicos das sociedades humanas, imagine-se quando uma das partes envolvidas é menor de 14 anos.

Conquanto todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI Renato N . Manual de Direito Penal II, 25 Edição p. 444

¹¹² Supremo Tribunal Federal HC Relator Min. Sydney Sanches HC 74286/SC

outro lado, cerras os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, dificultam o enquadramento típico no caso concreto. Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.¹¹³

Ademais, o entendimento da Ilma. Ministra é de que a vida pregressa das menores deve ser considerada para que se possa constatar se houve ou não a violação do bem jurídico. Neste caso, pelas menores serem prostitutas o entendimento é de que não se poderia presumir violência por elas já terem conhecimento e autonomia sexual.

O artigo 217-A da nova norma veio justamente para solucionar esta discussão, uma vez que os menores prostituídos não gozam de liberdade sexual, muito pelo contrário, são revitimizados tanto pela sociedade quanto pelo sistema judiciário.

Adiante, a proposta da nova lei penal foi elaborada por iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, juntamente com o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos humanos, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e a Organização Internacional do Trabalho, que forneceram parâmetros para a formulação do Anteprojeto de lei.

Cumpra compreender que o contexto da constituição da Lei 12.015/2009 foi o fruto do exaustivo trabalho apresentado pela Deputada Maria do Rosário, pela Senadora Patrícia Saboya Gomes e pela Senadora Serys Marly Silhessaenko na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investigou diversos casos de exploração sexual e que a princípio alterava o Código Penal em seu Título VI para “Crimes contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual”.

As palavras da relatora elucidam o fardo carregado pelo vulnerável:

Nesta CPMI, estamos buscando justiça, a punição para os exploradores, quaisquer que sejam essas pessoas, mas, ao longo do trabalho de investigação, ouvindo vítimas, testemunhas, mães, ativistas do movimento social, agentes públicos que lidam com a questão, percebemos que é preciso muito mais do que meramente produzir sentença judiciais de condenação dos acusados, pois estas,

¹¹³ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça dos Embargos de Divergência Em Recurso Especial nº 1.021.634- SP (2011/ 0099313-2) Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura

por si sós, não restabelecem a alma, não curam a dor das meninas e meninos explorados, não sanam o trauma¹¹⁴.

Atuando em prol do mandado de criminalização explícito na Constituição Federal, obrigando o Estado a impelir qualquer tipo de abuso sexual contra criança e adolescente, a alteração teve por base o mandamento constitucional artigo 227 parágrafo 4º de que “ *a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração da criança e do adolescente*”¹¹⁵.

Por não ter mandado de criminalização explícito a respeito das outras formas de vulnerabilidade, coube ao Direito Penal a “*análise de outras fontes para se aproximar dos outros conceitos de vulnerabilidade*”¹¹⁶.

Ademais, com a alteração trazida pela lei o Capítulo II do Título IV deixou de ser “Da sedução e da Corrupção de Menores” passando a nomear-se “Dos crimes sexuais contra vulneráveis”. Dessa forma, a conjunção carnal e os atos libidinosos contra menor de 14 anos assumiu um crime autônomo denominado estupro de vulnerável tipificado no artigo 217- A.

3.1 Definição de vulnerável

A nova figura do vulnerável trazida a nosso ordenamento tem suas raízes nos Direitos Humanos descrevendo “*indivíduos fragilizados jurídica e politicamente*”¹¹⁷.

A palavra vulnerabilidade do latim *vulnerabilis* o que significa lesão, ferida, sendo definida como “*a suscetibilidade de ser ferido, significação etimológico-conceitual, originária e radical que se mantém em todas as evocações do termo*”.¹¹⁸

O conceito de vulnerável apresenta-se de forma ampla, sendo as pessoas suscetíveis à ataques ou ofensas.

Houaiss¹¹⁹., por sua vez, assim define:

¹¹⁴ Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito Criada por meio do Requerimento nº 02, de 2003-CN sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil p. 49.

¹¹⁵ GRECO, Op. Cit., p. 36

¹¹⁶ D'ELIA,, Fábio Suardi, Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade, PUC São Paulo, 2012, p.58

¹¹⁷ ALVES apud AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, Inquirição da Criança Vítima de Violência Sexual: Proteção ou Violação de Direitos?, Livraria do Advogado, 2011 p. 146.

¹¹⁸ Idem

¹¹⁹ HOUAISS, ANTONIO. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetivo Ltda, 2001, verbete vulnerável

que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido. Demonstra sempre a incapacidade ou a fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais

ANDREUCCI, define como:

São pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre elas e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade.¹²⁰

Com base no item II 15 Resolução nº 196 de 1996 do Conselho Nacional de Saúde:

(vulnerabilidade é o) estado de pessoas ou grupos, que por quais quer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.

Luca Marafioti preconiza a diferenciação entre o conceito objetivo e subjetivo, sendo que o objetivo define o tipo do crime e o segundo a qualidade da vítima¹²¹.

Ao abordarmos os menores de 14 anos temos a sua forma vulnerável como:

a tendência é percebê-las como vítima; portanto, como seres de necessidades que precisam ser urgentemente atendidas. Esta condição lança à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade para sua formação¹²².

E este o faz garantindo seus direitos através do Estatuto da Criança e do Adolescente e do próprio Código Penal, seguindo os mandamentos constitucionais.

Ademais, para o Código Penal a pessoa vulnerável:

¹²⁰ ANDREUCCI apud MARTINELLI, João Paulo Orsini Martinelli, *Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo n 68 v. 11, 2011 p 5

¹²¹ D'ELIA Op. Cit., p.72

¹²² SIERRA apud AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, *Inquirição da Criança Vítima de Violência Sexual: Proteção ou Violação de Direitos?*, Livraria do Advogado, 2011 p. 147

é a que não tem qualquer possibilidade de opção compreendendo, entre outros, o menor de quatorze anos que não tem o necessário discernimento ou que não pode oferecer resistência¹²³.

Adotando-se o conceito de vulnerável, conclui-se que este deve ser resguardado pelo Estado por ocupar uma posição menos privilegiada na sociedade. Integram este grupo as crianças e adolescentes menores de 14 anos, por ainda se encontrarem em fase de maturação, não possuindo plena capacidade para alguns atos da vida, incluindo expor sua liberdade sexual, na forma que, a prática sexual acarreta um prejuízo e perda da própria liberdade sexual.

As modificações trazidas pela Lei 12.015 de 2009 tem o intuito de punir com mais rigor os crimes de aspecto sexual com foco na exploração sexual de crianças e adolescente, dado seu esqueleto ter sido construído com fundamento nas descobertas e análises trazidas pela CPMI criada *“com a finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil”*¹²⁴.

Para tanto, uma de suas maiores contribuições no aspecto técnico-jurídico foi a incorporação dos crimes contra vulneráveis. Com isso, não há de se fazer a comprovação da violência, mesmo que seja esta ficta, como se era necessária na legislação anterior, uma vez que a expressão “violência” deixa de constar na descrição da tipicidade.

A mesma conduta é criminalizada se o ato sexual for praticado *“com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”*¹²⁵.

3.1.1 A vulnerabilidade no Código Penal – O menor de 14 anos.

Dispõe em seu artigo 217- A do Código Penal que configura crime contra vulnerável: Ato sexual praticado com menor de 14 anos; o ato sexual com alguém

¹²³FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, Novos Crimes Sexuais, Malheiros Editores, 2009, p. 137

¹²⁴ Relatório Final da Comissão Parlamentar de inquérito criada por meio do Requerimento nº 02, de 2005-CN, para investigar a prática de crimes de “pedofilia”..

¹²⁵ Relatório Final da Comissão Parlamentar de inquérito criada por meio do Requerimento nº 02, de 2005-CN, para investigar a prática de crimes de “pedofilia”. P. 199.

que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato e o ato sexual com alguém que não pode oferecer resistência.

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Adiante a figura do vulnerável aparece novamente como elementar do tipo penal, sendo:

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

Outro avanço trazido pela legislação penal de 2009 foi em seu artigo 218 substituir os termos “corromper” e “facilitar a corrupção” para “induzir”. Dessa forma, pouco importa se o vulnerável já era ou não corrompido antes os fatos, discussão esta que foi debatida exaustivamente por juristas em virtude do antigo *nomen juris*¹²⁶, como foi o caso do acórdão proferido pela II Ministra Maria Thereza de Assis Moura, já citado.

Posteriormente, o legislador tipifica o favorecimento a prostituição ou outra forma de exploração de vulnerável. No entanto, seguindo os preceitos do Protocolo

¹²⁶ Relatório Final da Comissão Parlamentar de inquérito criada por meio do Requerimento nº 02, de 2005-CN, para investigar a prática de crimes de “pedofilia”, p.200.

de Palermo o vulnerável aparece como sendo qualquer pessoa menor de 18 anos, por se encontrar em situação de fragilidade e hipossuficiência¹²⁷:

“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

(...)

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no **caput** deste artigo;

Ademais, o legislador traz a figura do vulnerável como sendo qualificadora ou causa de aumento de pena nos artigos 227 §1; artigo 228 §1º, artigo 230 §1, e artigo 231§2 incisos I,II,III.

Mediação para servir a lascívia de outrem

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

(...)

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

(...)

Rufianismo

¹²⁷ Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.2004- Protocolo de Palermo.

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa

(...)

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

(...)

Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador se utiliza de definições polissêmicas de vulnerabilidade variando conforme o tipo penal, algumas vezes apresentando-se como falta de capacidade de compreensão do ato e outras como vício de consentimento.

Na esfera nacional é relativamente recente a conquista dos direitos da criança e do adolescente, abarcado pela Constituição de 1988. A figura do vulnerável aparece no ordenamento brasileiro a partir da ratificação da Convenção da Organização das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional, conhecido como Protocolo de Palermo¹²⁸.

¹²⁸ . O Brasil assinou outros documentos internacionais voltados a salvaguardar os direitos da criança e do adolescente, sendo eles: Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e do Juventude(Regras de Beijing, 1985); Regras mínimas das nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, 1990; Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção de Delinquência Juvenil (diretrizes de Riad, 1990); Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos anos 90 e Plano de Ação para a sua Implementação, além da Convenção de Haia, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção

Queijo e Rassi esclarecem pontualmente sobre o Protocolo de Palermo¹²⁹:

O documento internacional mais recente a tratar do tráfico de pessoas é o Aditivo à Convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, do qual o Brasil é signatário, que define e atualmente pauta o Combate ao crime de tráfico de seres humanos.

No art. 3º do mencionado Aditivo, encontramos a definição do tráfico de pessoas:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgão;b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência do alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “ tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a) do presente Artigo.

Ademais, a preocupação com a exploração sexual da criança e do adolescente já havia sido apontada no primeiro Congresso Mundial de Estocolmo em 1998, onde ficou constatado que pelo menos um milhão de crianças sofriam exploração sexual a cada ano no mundo.

Com a finalidade de se ater a obrigação internacional, assim como, de garantir a aplicação das normas constitucionais, a nova lei vislumbra o combate a exploração sexual do menor, voltando à atenção ao seu desenvolvimento sexual, dando destaque ao menor de 14 anos.

Sob este prisma é vedado:

o relacionamento sexual do vulnerável, considerando o menos de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a

internacional de 1993. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, Inquirição da criança vítima e violência sexual: proteção ou violação de direitos? p. 36

¹²⁹ QUEIJO e RASSI apud D`ELIA Op. Cit., p.59

prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência¹³⁰.

O legislador se baseia na “*innocentia consilii*” da vítima criança ou adolescente que pela tenra idade é incapaz de ofertar consentimento válido, visto sua ignorância em relação à sexualidade lato senso, concluindo-se pela presunção absoluta de violência nos crimes sexuais.

Nessa seara, apenas ao alcançar 14 anos o menor teria amadurecimento psíquico suficiente para incorporar os atos sexuais, sendo, antes disso, seu consentimento considerado nulo por não compreender a realidade dos fatos.

Encontra-se em debate a dignidade do menor, não só isso como a integridade física e moral.

Elucida Martha de Toledo Machado¹³¹:

A dignidade, no sentido lato, poderia ser vista como um dos valores tutelados pela lei penal, nos chamados crimes sexuais contra criança e adolescentes. Num plano mais geral, o desvalor que a lei reprova nas figuras de abuso sexual- como estupro ou no atentado violento ao pudor- é a redução da criança ou do adolescente a meio, a instrumento de lascívia do agente; a vítima desprezada nos seus atributos humanos mais essenciais, relacionados ao respeito que a peculiar condição de crianças e adolescente demanda. E, além do primeiro o desvalor que a lei reprova nas figuras de exploração sexual- como nas múltiplas figuras de lenocínio- é a redução da criança ou do adolescente a coisa, que tem valor econômico e é passível de exploração econômica”

Além disso, quando tratamos das vítimas vulneráveis no subgrupo de menores de 14 anos, o que se busca proteger não se resume a liberdade sexual, mas sim todo o processo de formação no âmbito da sexualidade.

Afirma Francisco Muñoz Conde que ao nos referirmos a tutela penal dos incapazes, busca-se garantir uma liberdade futura, ou seja, o completo, livre e normal desenvolvimento da sexualidade e de sua própria personalidade, para que se torne um adulto capaz de decidir sobre sua conduta sexual, além de evitar a coisificação do vulnerável, ou seja, que seja utilizado como objeto sexual para satisfazer a lasciva de terceiros¹³².

¹³⁰ AZAMBUJA, Op. Cit. p. 148.

¹³¹ MACHADO apud DEMERCIAN, Pedro Henrique, A presunção de violência e a Lei 12.015/2009, PUC-SP, 2010 p3

¹³² MUNÓZ, Francisco Conde Derecho Penal, parte especial Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p 217.

Ademais, completa José Antônio Mauraz Lopes¹³³:

Não se pretende tutelar um padrão de comportamentos sexuais ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas em particular, mas sim tutelar e proteger uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autônoma dos abusos que sobre ela executa um agente aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização das acções sexuais bilaterais. Reconhece-se implicitamente o direito à sexualidade como o direito a proteger e a tutelar, no âmbito do direito à liberdade individual, mas também o direito à protecção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica.

Fica demonstrada que a intenção do legislador ao proibir o exercício da sexualidade do menor é de evitar qualquer conflito e intervenção na evolução de seu desenvolvimento como ser humano que acarrete um desequilíbrio psíquico.

A intenção do legislador é encerrar os debates apontados no antigo artigo 224 do Código Penal acerca da presunção de violência, definindo que em qualquer hipótese o ato sexual contra o menor de 14 anos seria uma violação da liberdade e da dignidade sexual, não sendo mais abordado no mérito a prévia experiência sexual do vulnerável.

A Justificação legislativa descreve que:

O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes, mas também a pessoa que, por enfermidade ou doença mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática¹³⁴.

Ademais, cumpre esclarecer que o conhecimento prévio e a prática dos atos sexuais de forma alguma substituem o desenvolvimento psíquico do menor “*não se*

¹³³ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira, *Violência Sexual Presumida*, Juruá Editora, Recife, 2002 p.101

¹³⁴ SENADO FEDERAL, PLS nº 253, 2004.

*pode confundir comportamento leviano, irresponsável, com maturidade em consentir (consciência crítica) livremente sobre atos sexuais*¹³⁵.

Não se trata apenas da proteção do pudor do jovem, mas sim de uma presunção *juris et de jure*, de que sua tenra idade o torne incapaz de decidir sobre sua liberdade sexual e autodeterminação e que “ *não tem o discernimento necessário para, no que concerne ao sexo, se exprimir com liberdade e autenticidade*”¹³⁶.

Caso mais grave é o que se refere aos menores prostituídos e explorados sexualmente, onde seu consentimento claramente é nulo por não ter aptidão para escolher pela vida de meretrício, sendo primeiramente uma vítima da situação, não se encontrando, dessa forma, no livre exercício de sua sexualidade. Tutela-se com isso não só a liberdade sexual e sua autodeterminação, mas sim a dignidade da pessoa humana, embutida na dignidade que o Estado deve fornecer ao menor para que se desenvolva como ser humano.

3.1.2. A vulnerabilidade do §1º do artigo 217 A.

O parágrafo primeiro do artigo 217 do Código Penal introduziu no ordenamento a figura do vulnerável por critério científico, através dela, é vulnerável nos termos da lei aquele que “*por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência*”.

Dessa forma, é necessária uma análise para se averiguar se o enfermo ou deficiente mental tinha ou não capacidade para consentir na época dos fatos, sendo dessa forma a vulnerabilidade tratada como matéria de fato, devendo ser comprovada no caso concreto¹³⁷.

Trata-se de mais uma evolução legislativa trazida pela nova lei, diferentemente do que apontava a lei antiga, buscando assegurar a dignidade humana do vulnerável.

¹³⁵ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira, Violência Sexual Presumida, Juruá Editora, Recife, 2002 p.22

¹³⁶ Gonçalves apud CARVALHO Op. Cit.p 33.

¹³⁷ GRECO e RASSI Op. Cit. 118

Com isso, verificamos a proteção da liberdade sexual trazida no §1º do artigo 217, posto que ao adotar o critério subjetivo da vulnerabilidade, defende-se a possibilidade de vida sexual ativa do enfermo ou doente mental, até os limites de sua compreensão.

Em contrapartida, tipifica-se qualquer tipo de abuso que possa ocorrer, colocando os vulneráveis em posição privilegiada salvaguardando suas necessidades especiais. Para isso, não se assume que haja consentimento da vítima que não ofereceu resistência, necessitando se averiguar até que ponto o vulnerável tinha discernimento dos fatos e capacidade para consentir.

Ademais, a lei cita de forma genérica qualquer outro motivo pelo qual impossibilite a vítima de oferecer resistência, entendendo que se a vítima não tem possibilidade de consentir não estaria sendo respeitado sua liberdade de autodeterminação.

Para tanto, faz-se necessário o consentimento válido embutido na manifestação da vontade do agente¹³⁸.

3.2 O consentimento do ofendido

O conceito de bem jurídico abordado por BIRBAUM introduziu ao ordenamento jurídico a figura do consentimento.

Nesse prisma, a teoria liberal dos bens jurídicos abordada por ROXIN caracteriza o consentimento válido como causa de excludente de tipicidade, uma vez que, o consentimento eficaz legitima a relação sexual. Dessa forma, não há lesão *“quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não reduz seu desenvolvimento, senão, pelo contrário, constitui sua expressão”*¹³⁹

Segundo Heleno Cláudio Fragoso:

O consentimento deve ser dado pelo titular único do bem jurídico (...) Será válida a manifestação a vontade de quem é capaz de discernimento, não obtida através da coação ou da fraude (...) Antes de praticada a ação, pode o consentimento ser revogado (...) é

¹³⁸ Idem

¹³⁹ ROXIN apud GRECO e RASSI Op. Cit.p. 103.

indispensável que o agente tenha consciência do consentimento e que atue em função dele.¹⁴⁰

O consentimento do ofendido pode ser definido como “ *a anuência ou adesão do ofendido (da vítima) que autoriza a lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico que lhe pertence (e que está inserido no âmbito da sua autonomia pessoal)*”¹⁴¹

A palavra consentimento tem sua origem em *consentire*, significando concordância, sendo “ *a concordância, aceitação, manifestação de vontade, ou seja, em termos penais traduz a ideia de que a vítima permite a conduta do agente*”¹⁴²

O estudo do consentimento do titular do bem jurídico no campo do direito penal moderno é de extrema relevância, dado que, aquele pode se apresentar como excludente de ilicitude ou até mesmo exclusão de tipicidade.

Demonstra a Teoria de Feuernah que o portador do bem jurídico tem disponibilidade para renunciar seus direitos e se o fizer através de seu consentimento estará descaracterizado o delito.¹⁴³ Ademais, Zitelmann apresenta a Teoria do Negócio Jurídico a qual identifica o consentimento como sendo um negócio jurídico de Direito privado, garantindo a realização da conduta típica. Dessa forma, mesmo que a conduta consentida fosse típica, esta excluiria sua ilicitude em razão da aquiescência dos negócios.¹⁴⁴

Em contrapartida, Bierling defende a Teoria da Ação jurídica, na qual defende que enquanto o titular dos bens jurídicos o tratarem como bens de valor, estes merecerão a tutela Estatal, a passo que, ao consentir com a ofensa dos bens, não mais os defende como bens de valor deixando assim de serem juridicamente tutelados.¹⁴⁵

Ademais, MARTINELLI nomeia como requisitos para o consentimento válido: (1) autonomia para dispor do bem jurídico. Sendo condições da autonomia (a) capacidade de discernimento, (b) condições de agir conforme sua consciência, (c)

¹⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro Forense, 2004, p. 210.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flavio, *Direito Penal, Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito* RT, 2006, p221

¹⁴² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004. p85

¹⁴³ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido (na teoria do delito)* RT, 1995, pp 94-96

¹⁴⁴ idem

¹⁴⁵ idem

liberdade de agir restringida pela preservação do interesse alheio¹⁴⁶. (2) consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente. Com isso a pessoa deve ser capaz de prever o possível resultado caso aceite consentir para o comportamento. (3) disponibilidade do bem jurídico, definindo como disponível o bem que não compromete o exercício da autonomia¹⁴⁷.

Em seguida exemplifica sua colocação citando que o menor de 14 anos não é munido de autonomia sexual, cabendo a legislação penal inibir a prática de atos lascivos antes da sua maturidade para preservar sua formação e futura autonomia.¹⁴⁸

Rene Ariel Dotti, argue que para se ter o consentimento eficaz o detentor o bem jurídico deve manifestar sua aquiescência de modo livre de coação, tendo esta capacidade para compreender e consentir.¹⁴⁹

A necessidade de salvaguardar o bem jurídico surge, uma vez que ao introduzirmos a imagem do vulnerável este, por definição, não detém autonomia para decidir sobre seu comportamento na esfera sexual, podendo assim facilmente ser vítima de exploração por sua falta de capacidade de compreensão do fato.

Dessa forma, não há que se falar em consentimento válido, dado que o incapaz não tem aptidão para exercer sua autonomia. Podendo apenas consentir no campo sexual no momento em que adquirir o amadurecimento necessário para dispor de sua liberdade sexual.

Ao introduzir no ordenamento jurídico o artigo 217-A da lei 12.015/2009, o legislador inferiu que o menor de 14 jamais será capaz de consentir o ato sexual, acabando com os debates sobre a relatividade da violência presumida até então apresentado pelo revogado artigo 224.

Com isso, a nova legislação trouxe o estupro de vulnerável, na qual a qualidade do menor passou a fazer parte do tipo penal, afastando-se a discussão sobre a presunção de violência¹⁵⁰.

Por ser considerado nulo o consentimento do menor, a lei estipula uma presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima, impossibilitando sua relativização tendo em virtude do caso concreto.

¹⁴⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo n 68 v. 11, 2011

¹⁴⁷ MARTINELLI Op. Cit.p.9

¹⁴⁸ Idem

¹⁴⁹ Rene Ariel Dotti, *Curso de Direito Penal, parte Geral*, RT, 2012 p.405

¹⁵⁰ GRECO E RASSI Op. Cit. P. 115

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito do consentimento ineficaz do ofendido, de forma que:

O eventual consentimento da ofendida- menor de 14 anos- e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do delito de atentado violento ao pudor. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que condenado pela prática do crime de atentado violento ao pudor alegava que o fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais anteriores e haver consentido com a prática dos atos imputados ao paciente impediria a configuração do mencionado crime, dado que a presunção de violência prevista na alínea a do art.224 do CP seria relativa. Inicialmente, enfatizou-se que a Lei 12.015/2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento ou não possa oferecer resistência. Frisou-se que o novel diploma também revogara o art.224 do CP, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações. Em seguida, esclareceu-se, contudo, que a situação do paciente não fora alcançada pelas mudanças promovidas pelo novo diploma, já que a conduta passara a ser tratada com mais rigor, sendo incabível a retroatividade da lei penal mais gravosa. Considerou-se, por fim, que o acórdão impugnado estaria em consonância com a jurisprudência desta Corte”.¹⁵¹

Ato continuo, o relator da Comissão Parlamentar de Inquérito criada com o objetivo de investigar e apurar a utilização da Internet para a prática de crimes de `pedofilia`, bem como a relação desses com crimes organizados, em seu relatório defende que:

(...)hoje, as mais diversas legislações internacionais classificam a relação sexual entre o adulto e a criança como crime. Torna-se imperioso, ainda, discutir o argumento do relativismo cultural, repleto de perigos e armadilhas, pois tem o condão de impedir o efetivo estabelecimento de padrões mínimos quanto à idade núbil. A exacerbação do relativismo cultural pode, também, prestar-se a conferir destaque demasiado ao consentimento para o ato sexual, o qual, por sua vez, pode resultar na prevalência de comportamentos pedofílicos, em desfavor do interesse superior de crianças e adolescentes.¹⁵²

¹⁵¹ STF, HC 99.993/SP, 2ª T., Rel Min. Joaquim Barbosa, j. 24-11-2009, informativo n. 569

¹⁵² Relatório Final da Comissão Parlamentar de inquérito criada por meio do Requerimento nº 02, de 2005-CN, para investigar a prática de crimes de “pedofilia”, p. 65

Além dos vulneráveis definidos pela legislação vigente, a lei institui crimes nos quais por mais que, a princípio, a vítima tenha condições de decidir, esta se encontra viciada invalidando assim o consentimento.

GRECO expõe que a doutrina penal elenca como vício de consentimento a fraude, a qual o legislador previu no crime de estelionato sexual (art. 215), e a violência ou ameaça, na medida em que toda a ameaça exclui a eficácia do consentimento.¹⁵³

Ademais, a lei estabelece como vulnerável a vítima que pela própria circunstância do crime tem seu consentimento viciado.

Trata-se da exploração sexual tipificada no artigo 218- B e no artigo 231 do Código Penal, em que a vítima é tratada como vulnerável mesmo sendo maior de 14 anos.

Isso porque o Brasil ratificou a Convenção da Organização das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional, conhecido como Protocolo de Palermo. O aditivo referente ao tráfico de seres humanos enaltece que o consentimento das vítimas é inválido, uma vez que estas se encontram vulneráveis.

O Decreto nº5.017 de 2004 que promulga o referido protocolo define que:

Artigo 3: Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

¹⁵³ GRECO E RASSI Op. Cit. P. 129

Com isso, o legislador considera inválido o consentimento ofertado pela vítima de exploração sexual por esta se encontrar em situação de vulnerabilidade frente aos exploradores. O Protocolo expressa a relação de ambos e forma extremamente dicotômica, a passo que, é considerada vítima qualquer pessoa em situação de exploração, não se limitando ao critério etário. Definição mais abrangente do que a utilizada pelo código penal ao mencionar o vulnerável do artigo 217-A, não só isso como a própria definição de criança difere da constatada no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 3º Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

(...)

d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.¹⁵⁴

Conforme o Protocolo de Palermo deve-se pesar, além dos vícios de consentimento reconhecidos na nossa doutrina penal, os meios abusivos “*à situação de vulnerabilidade*”¹⁵⁵ e os meios financeiros “*à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa*”¹⁵⁶ como critérios de invalidação do consentimento, dado a precariedade da vítima e propensão a ser explorada.¹⁵⁷

Dessa forma, o Direito Penal não só encontra-se legitimado a versar sobre a vulnerabilidade das vítimas de exploração como tem a obrigação de coibir e reprimir o tráfico de pessoas.

Posto isso, o Brasil se comprometeu internacionalmente a combater a qualquer forma de exploração, inclusive a exploração sexual.

3.3 A vulnerabilidade absoluta.

Por oportuno, alguns doutrinadores consideram o critério etário utilizado pela Lei Penal subjetivo e impreciso ao ser aplicado ao caso concreto, já que nem sempre a relação sexual com o adolescente afetaria o bem jurídico tutelado, mas sim faria parte de seu normal aprendizado e amadurecimento sexual.

¹⁵⁴ Protocolo de Palermo, Decreto nº5.017 de 2004

¹⁵⁵ GRECO E RASSI Op. Cit. p. 133

¹⁵⁶ Protocolo de Palermo, Decreto nº5.017 de 2004

¹⁵⁷ GRECO E RASSI Op. Cit. p. 133

Este argumento se encontra embasado no Estatuto da Criança e do Adolescente que enaltece ser criança o menor de 12 anos¹⁵⁸, divergindo o tratamento entre este e o adolescente, por este já deter certa, mesmo que superficial, compreensão dos fatos.

Com base nesta definição, GRECO defende que ao tratarmos de adolescentes entre 12 e 14 anos a elementar do tipo não seria absoluta e que sua vulnerabilidade deveria ser analisada no caso concreto, para que seja constatado se houve ou não violação ao bem jurídico¹⁵⁹, uma vez que o adolescente já gozaria de certa compreensão dos fatos e autonomia sexual. No entanto, deixa claro que “se tratando de menor de 12 anos, mantém a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure, havendo tipicidade*”¹⁶⁰.

No mesmo diapasão Luiz Flavio Gomes, enaltece que o menor de doze anos, e por assim definido como criança, não está apto a apresentar consentimento válido, sendo assim, qualquer ato sexual o colocará na condição de vítima de abuso sexual¹⁶¹. Ambos os juristas concordam com a vulnerabilidade absoluta nos casos relativos a crianças.

Corroborar este posicionamento o Acórdão proferido pelo Desembargador Souza Nucci, nos autos da apelação criminal nº 3000119-23.2009.8.26.0024, ao elucidar que:

Inicialmente, vale um registro. A alteração introduzida pela lei 12.015/2009 não eliminou a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto a ser relativa ou absoluta a presunção de violência prescrita no antigo art.224 do Código Penal. O debate, agora, cinge-se à relativização, ou não, da vulnerabilidade da vítima.

Conforme tenho defendido, não caminhou bem o legislador ao deixar de homogeneizar a definição de criança e adolescente, ora protegendo o menor de 12 anos (Estatuto da Criança e do Adolescente), ora resguardando o menor de 14 anos (Código Penal).

Entendo, portanto, se absoluta a presunção de vulnerabilidade tão somente em relação às crianças, ou seja, aos menores de 12 anos. Sendo, ao contrário, possível discutir-se a relativização da vulnerabilidade em se tratando de adolescentes (maiores de 12 anos).

¹⁵⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8.069/90. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade

¹⁵⁹ GRECO E RASSI Op. Cit. p. 116

¹⁶⁰ Idem

¹⁶¹ GOMES apud GRECO E RASSI Op. Cit. P. 115

No mesmo diapasão, o acórdão lavrado por Figueiredo Gonçalves nos autos da Apelação Criminal nº 0004538-95.2009.8.26.0024 entende que a situação fática seria necessária para constatar a vulnerabilidade, que, no caso do adolescente, seria relativa.

Assim, seria legítimo, ao se dispor sobre estupro de vulnerável, estabelecer, como máximo para o conceito, a idade inferior a 12 anos. A legislação protetiva da infância e adolescência define criança como a pessoa e até 12 anos incompletos, enquanto adolescente é aquela entre 12 e 18 anos. Aqueles são presumidos como não dotados de um mínimo de vontade para se determinar e, por isso, são incapazes de realizar atos infracionais. Estes atos são próprios dos adolescente, porque, embora inimputáveis, já adquiriram desenvolvimento mental suficiente, capaz de sujeita-los às medidas socioeducativas, posto entendidos como capazes do discernimento mínimo para a vida em sociedade, ainda sejam tidos, pelo Código Penal, como incapazes da prática de crimes.

Por isso, vulneráveis serão sempre as crianças e, eventualmente, os adolescente, estes se sujeitos às hipóteses de previsão §1º do artigo 217-A o Código Penal

Cumpre salientar que diferentemente do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Penal não faz distinção entre crianças e adolescentes, igualando ambos como vulneráveis.

Dessa forma, a lei penal deve ser interpretada prezando sua autonomia, independente da definição trazido por outro ordenamento jurídico, dada a intenção clara e expressa do legislador de assegurar o livre desenvolvimento do menor de quatorze anos, salvaguardando a tutela da dignidade sexual impedindo sua colocação em condição de mero objeto na relação sexual.

Entretanto, há também uma corrente que defende a relativização da vulnerabilidade com base na experiência sexual anterior do ofendido, alegando que dessa forma não há ofensa ao bem jurídico. É o caso do controverso acórdão, ora trabalhado, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos de embargos de divergência que acordou pela absolvição do réu pautando-se no caso concreto em que as vítimas já se encontravam na prostituição antes do ato sexual e por isso dispunham de autonomia sexual¹⁶²:

¹⁶² Acórdão do Superior Tribunal de Justiça dos Embargos de Divergência Em Recurso Especial nº 1.021.634- SP (2011/ 0099313-2) Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Destarte, entendo que a decisão pelo Tribunal *a quo* deve ser mantida, haja vista ter levado em consideração as peculiaridades do caso concreto, às quais os julgados desta Corte têm dado relevante atenção para fins de se configurar a presunção de violência. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo.

Dessa forma, considero que a presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, deve ser considerada de natureza relativa, conforme assentado nos julgados proferidos pela Sexta Turma desta Egrégia Corte

Por fim, deixo de tecer comentários à novatio legis, Lei 12.015/09, a qual revogou a norma do artigo 224 e criou o artigo 217-A do Código Penal, que disciplina o estupro de vulnerável, a fim de permitir que tão elevado tema tenha sua própria e peculiar apreciação em momento adequado. Ante o exposto, acolho os embargos de divergência, para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado artigo 224, alínea a, do Código Penal tem cunho relativo. Destarte, restabeleço o acórdão do Tribunal de origem.

Apesar do mencionado julgamento ter sido estruturado na antiga lei penal, cabe mencionar que a Ilma. Ministra expôs expressamente o peso da vida pregressa das vítimas, considerando que a liberdade sexual não mais poderia ser tutelada tendo em vista o exercício da prostituição pelas menores.

Em contrapartida, a tese sustentada pelo Ministro Gilson Dipp em seu voto vista aborda claramente a necessidade de cumprimento do mandado de criminalização em defesa da criança e do adolescente:¹⁶³.

Por fim, recentemente, no HC 97.052-PR, Toffoli, v. maioria (vencido Marco Aurélio) j. 16.08.2011, ficou reafirmada em toda a linha a orientação já de décadas. Essa longa relação de precedentes, todos no mesmo sentido sem discrepância alguma exceto a divergência isolada e obstinada do Ministro Marco Aurélio, revelam assim que a Corte Suprema ao longo de mais de 30 anos persevera no entendimento de que a interpretação do art. 224, alínea 'a', do CP (com a redação anterior), privilegiava uma presunção absoluta de violência. Aliás, no julgamento isolado mas muito comentado à época em que prevaleceu o voto do Ministro Marco Aurélio (HC 73.662-MG), o minucioso e extenso voto divergente do Ministro Néri e, especialmente, o voto do Ministro Velloso deixaram patente que a questão aí abordada é de natureza constitucional. Com efeito, disse o Ministro Velloso: “A norma inscrita no § 4º do art. 227, da Constituição Federal – ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’ – , determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, do Cod. Penal, a maior

amplitude. ” Com isso, assentou o Supremo Tribunal Federal, em matéria (constitucional) de sua estrita competência a orientação que por isso mesmo deve ser adotada pelos demais, inclusive este Superior Tribunal de Justiça, que, de resto, já a vem seguindo rigorosamente nos precedentes mencionados.

E completa expondo que a posição da vítima prostituida não afasta a tipificação da conduta, pois isto apenas a colocaria na posição de ré “ dos bons costumes”¹⁶⁴, deixando de proteger a dignidade humana da vítima.

O segundo argumento, mas não menos importante, está em que, a prevalecer o entendimento exposto no voto da Ministra Relatora -- segundo o qual o comportamento da vítima ofendida bem assim sua experiência sexual anterior, consentimento ou malícia constituem fator capaz de afastar a tipicidade da conduta do réu -- o Tribunal termina por converter injustamente a vítima do estupro em verdadeira ré, julgando-lhe a conduta e reprovando-a, consumadamente e sem qualquer defesa e com enormes efeitos jurídicos negativos, as atitudes, vícios, mazelas ou defeitos, como se fosse ela, a vítima, sujeita ao juízo de condenação em lugar do réu. Até porque, por justiça, quando os votos que reconhecem o desvalor do comportamento da vítima invariavelmente ressalvam e lamentam o consentimento e a experiência precoce das vítimas, antes da pecha de corrompidas ou de “fazerem programas em troca de dinheiro.. ” como referiu o acórdão de segundo grau para justificar a atipicidade, deveriam garantir-lhes a dignidade e a oportunidade de manifestação, por si e defensor qualificado tanto como a avaliação médica de seu desenvolvimento psicoemocional, em respeito mínimo ao devido processo legal a que tem direito constitucional . Do contrário, saem do processo, como no caso, com a reputação definitivamente destruída. Não é por outra razão que a regra do art. 224, 'a' do CP era vista como uma norma cujo conteúdo estabelece antes de tudo um dever geral de abstenção (HC 73.662 voto vencido Néri) a dizer que não devem e não podem os adultos aproveitarem-se da menoridade das vítimas para exercício de seus propósitos sexuais. Nesse sentido, a lei penal, seguindo o mandato expresso de criminalização prescrito pela Constituição no art. 227 § 4º, deve ser interpretada com absoluto rigor de modo a lograr a mais completa efetividade desse valor constitucional. Ainda quando se alega a desenvoltura dos costumes e a “dinâmica do Direito ”, razões de variada natureza justificam esse cuidado da lei penal, pois é razoável ter presente que a Constituição e a própria lei, há mais ou menos tempo, asseveraram a necessidade de preservação e proteção do menor criança ou adolescente. De resto, sustentar o contrário, com a devida vênia, é comportar-se o Judiciário como legislador positivo o que de longa data se tem recusado. E nem mesmo a “criminalização ” de condutas de crianças ou adolescentes como ato infracional previsto no seu Estatuto pode constituir argumento transversal para

¹⁶⁴ Idem.

deduzir a exclusão de tipicidade do réu pelo suposto comportamento degradado das vítimas, sobretudo as menores de 14 anos. Superior Tribunal de Justiça Ao contrário, o regime do ECA, embora penalize certas condutas de crianças e adolescentes, longe está de estigmatizá-las com caráter definitivo e discriminatório como fez a sentença, sem qualquer respeito aos direitos das menores. O tipo do art. 244-B do ECA, por exemplo, sugere que o agente adulto que se aproveita de menor para a prática de delitos sujeita-se também à responsabilidade, mostrando indiretamente que, ao contrário da valorização da conduta do menor, cuida-se de incrementar o desvalor da conduta do adulto. Por essa razão a possibilidade de ser o menor responsabilizado por atos infracionais não traduz por si só fundamento para, no caso de estupro contra menor de 14 anos, sobrevalorizar o comportamento da vítima como fator de exclusão do crime do agente, em especial quando se cuida de adolescente feminina caso em que esse juízo depreciativo ainda reforça manifesto e injusto preconceito contra a mulher. Ademais, o comportamento da vítima, de regra – embora com exceções que a própria lei estipula -- é antes circunstância judicial considerada para a fixação da pena-base do agente (art. 59 CP), não se prestando à exclusão de tipicidade. Por derradeiro, o fato é anterior à nova redação do Código Penal, mas, fosse ele posterior, ainda assim a solução não seria diferente, pois agora a figura do estupro de vulnerável nem mais cogita de violência, presumindo-a pela só ocorrência da conjunção carnal com menor de 14 anos (art. 217-A), pouco importando assim a conduta da vítima. A realização desse delito, outrora como hoje, portanto, sempre prescindiu da prova da força física ou persuasiva do agente assim como sempre considerou irrelevante a conduta da ofendida ou vítima porque é a proteção da dignidade do menor que domina o regime jurídico-penal nesse campo. Em face disso, a exclusão lógica da valorização ou importância de qualquer comportamento da vítima é a resultante natural da dita alínea 'a' do art. 224 que adotou para esses casos a presunção legal e absoluta de violência por parte do agente. Ante o exposto, acolho os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção estabelecida no art. 224, 'a' do CP, na redação anterior, tem caráter absoluto. É o voto.

A alteração da lei ao deixar de tutelar os costumes e passar a ordem dos direitos fundamentais, justamente ocorreu para impedir que a prévia experiência sexual do menor seja usada como excludente de tipicidade, a nova estrutura trazida no artigo 217-A impõe o caráter absoluto da vulnerabilidade para que ocorra a devida tutela penal voltada a dignidade sexual do menor, para que este não seja utilizada como mero meio de saciar a lasciva de outrem, salvaguardando a dignidade da pessoa humana.

Ademais cabe mencionar que muitas vezes a própria experiência sexual prévia do menor também foi fruto de abuso sexual, algumas vezes ocorrido no

próprio âmbito familiar. Considerar isto como excludente de tipicidade acarretaria ao menor o fardo da continua revitimização.

Tratando-se da debilidade mental ou do enfermo, os critérios de constatação de vulnerabilidade são mais pautáveis por dependerem da mera constatação científica.

Concluindo, a Lei 12.015/2009 ao revogar o antigo artigo 224 que aludia:

Presunção de violência

Art.224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) Não é maior e 14 (catorze) anos;
- b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Alterou o foco dos debates acerca da lei insculpir um caráter absoluto ou relativo da presunção de violência. A respeito da discussão, MIRABETE e FABBRINI informam ter duas correntes, a primeira que defende a natureza absoluta (*juris et de jure*) da violência argumentando que:

A favor da primeira opinião há os argumentos de que o consentimento da menor é sempre inválido, embora possa ter desenvolvimento físico e psíquico superior à sua idade, e de que a idade da vítima(menor de 14 anos) faz parte o tipo. Além disso, a lei indica que as outras duas situações mencionadas no dispositivo configuram casos de presunção relativa, o que não ocorre na letra a.¹⁶⁵

Em contrapartida há os defensores da natureza relativa da presunção de violência (*iuris tantum*), com o embasamento no fato de que “ as duas alíneas (b e c) tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea a”.¹⁶⁶Além disso, os defensores dessa corrente defendem que a relativização se adequaria melhor ao caso concreto se aproximando da realidade dos fatos, assim como, permitiria a prova em contrário.

Ademais, a alteração do tipo penal com a introdução do vulnerável afastou as discussões sobre a constitucionalidade da presunção de violência, é que, se alegaria que não é possível a presunção em matéria penal.

¹⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI Renato N . Manual de Direito Penal II, 25 Edição p. 444

¹⁶⁶ Idem

Ao eliminar a “presunção de violência” do tipo penal esses questionamentos se tornaram ultrapassados, restando apenas as discussões acerca do caráter absoluto da vulnerabilidade pelas razões já discorridas.

No entanto, ainda encontramos debates sobre o tema, uma vez que a questão nunca foi pacificada e ainda é possível encontrarmos julgados controversos inerentes à lei antiga, ainda mais ao elencarmos o Superior Tribunal de Justiça onde a quinta e sexta turmas adotam posicionamento antagônico sobre a matéria.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal ainda se depara com julgamentos de crimes ocorridos antes da vigência da Lei. 12.015/2009. Nesses casos, tem se reconhecido o caráter absoluto da presunção de violência, conforme julgado relatado pela Ministra Rosa Weber

HC 105558 / PR - PARANÁ

(...)

Ementa

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO MÁXIMA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM O NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. PRECEDENTES. 1. O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, não sendo viável reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal do paciente por crimes de estupro e atentado violento ao pudor. 2. **O entendimento desta Corte pacificou-se 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.** 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz. 4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima.(grifo nosso)

Mantendo o posicionamento, o IL Ministro Luiz Fux relata no julgamento do Habeas Corpus 109206/RS onde também são citados outros precedentes de igual teor, sendo HC 93.263 de relatoria da Ministra Camen Lúcia, RHC 79.788 de relatoria do Ministro Nelson Jobim e HC 101456 de Relatoria do Ministro Eros Grau:

O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento do caráter absoluto da presunção de violência nos crimes anteriores a Lei nº 12.015/09.

Conforme se apontou, a nova lei ao alterar o tipo penal extinguiu os antigos debates acerca da presunção de violência, uma vez que esta não mais se faz necessária ao compor a vulnerabilidade como elemento do tipo.

No entanto, trouxe o questionamento por alguns doutrinadores acerca do aspecto absoluto da vulnerabilidade. Alegando que este se distância do caso concreto por não permitir que o adolescente em formação goze de sua liberdade sexual na medida de sua compreensão e assim tendo sua liberdade sexual assegurada para que desenvolva experiências sexuais para sua normal formação como indivíduo.

Sob este prisma a decisão proferida pelo Desembargador Relator Figueiredo Gonçalves nos autos da Apelação Criminal nº 0004538-95.2009.26.0024 que enaltece como sendo parte do normal desenvolvimento do adolescente a experiência sexual, independentemente da idade do companheiro.

Não se ignora que a intenção do legislador fosse a de estabelecer presunção absoluta, *iuris et de iure* e não relativa, ou *iuris tantum*. Assim, qualquer ato libidinoso praticado com pessoa menor de 14 anos configuraria, para o sujeito ativo imputável, o delito em questão. Isso implicaria, se um adolescente de 13 anos e 11 meses e 29 dias, beijasse de modo voluptuoso o namorado ou a namorada, qualquer estes últimos com idade igual ou superior a 18 anos, estaria realizado o injusto-típico, sujeitando-se os maiores às severas penas postas para o crime.

Isso, entretanto, contraria normas de convivência socialmente aceitas. Adolescente namoram- e é hipocrisia a alegação de desconhecimento- também *ficam*, com a conotação que o verbo ganhou recentemente: “ *manter relacionamento amoroso durante breve tempo, sem compromisso de estabilidade ou fidelidade*”. Nessas ocasiões, trocam-se beijos e carícias íntimas, contudo, seria desproporcional, se um dos parceiros é maior de 18 anos, que este fosse condenado por estupro de vulnerável.

A lei, ainda de natureza penal, pode muito, contudo, não pode ser contrária à natureza das pessoas ou aos comportamentos

socialmente aceitos. Isso violaria princípios constitucionais, como o da dignidade humana ou o princípio republicano de governo, posto que o Estado não pode intervir na esfera de convivência íntima das pessoas, salvo quando uma delas seja constrangida a realizar o que não queira, ou seja tomada como objeto ou instrumento de crime, por ser incapaz de resistir.

Entretanto, se um adolescente é capaz da percepção e de domínio da própria sexualidade, se no âmbito familiar e social é aceito como natural que namore e tenha contatos, mais ou menos íntimos com parceiros, veda-se ao Estado criminalizar a conduta. Devem ser absolutamente protegidas as crianças. Estas, por desenvolvimento mental ainda incompleto, não atingiram maturidade suficiente para a percepção correta da própria sexualidade, não podendo dela dispor. Por isso, são vulneráveis, estando sujeitas a ataques por atos libidinosos, incapazes de se defender.

Apesar disso, a norma se apresenta irreduzível no combate ao abuso sexual do menor defendendo no texto da lei a vulnerabilidade do menor como sendo absoluta.

Ademais, concluímos que a nova norma aproxima a dignidade sexual da dignidade da pessoa humana, afastando a vítima da posição de bem, o que o fazia ao lhe defender apenas os costumes. Além de guardar relação estreita com o mandado de criminalização trazido na Constituição Federal.

Por tratarmos de uma norma incipiente ainda teremos que aguardar o posicionamento de nossos Tribunais. No entanto, posto que o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido da presunção de violência absoluta, há indicadores de que a tendência jurisprudencial será de acolher a vulnerabilidade de forma absoluta. É este posicionamento que podemos vislumbrar no acórdão já citado do Habeas Corpus nº 105558/PR onde a Ministra Relatora Rosa Weber elucida que:

E a legislação posterior, inaugurada pela Lei 12.015/2009, sepultou a questão jurídica, tipificando, como estupro de vulnerável (art.215-A), a prática, com ou sem violência ou ameaça, de conjunção carnal ou de ato libidinoso com menor de 14 anos.

Com isso, não se questiona a presunção de violência, mas sim a análise da conduta tipificada, referente a vulnerabilidade trazida pela *novatio legis* e sua aplicação na sociedade.

4. AS VÍTIMAS

Compreendemos que a função do direito penal é de coibir e repreender os crimes, para com isso proteger o Estado Democrático de Direito. No entanto, a política criminal brasileira é voltada para a figura do delinquente, deixando muitas vezes a vítima esquecida e atolada numa pilha de burocracia.

A preocupação é maior nos casos de crimes sexuais contra vulneráveis, uma vez que muitas das ofensas ocorrem no seio familiar ou por pessoas próximas. Com isso fica claro que os danos causados são inimagináveis, dado que, aqueles que deveriam proteger e desenvolver a socialização primária dos infanto-juvenis acabam por serem seus algozes.

Furniss delibera sobre a violência na infância “ *como dependência estrutural em relação a algum adulto para cuidados físicos, emocionais, cognitivos e sociais e para proteção, devido à falta de maturação biológica*”¹⁶⁷.

Além disso, já ficou constato que o vitimizado tende a virar o vitimizador.

Conforme análise pericial realizada por psiquiatras e psicólogos na Casa de Detenção de Varces, na França, ficou constatado que a grande maioria dos “pedófilos” detidos sofreram abuso sexual na primeira infância¹⁶⁸.

Não só isso como pessoas que sofreram abuso na infância desenvolvem tendência a serem vitimizadas no decorrer da vida, fruto de problemas psicológicos e psiquiátricos desencadeados a partir das ofensas, ou seja, “ *o que pode nos levar a pensar em um círculo vicioso que integra violência sofrida na infância com violência sofrida na vida adulta*”¹⁶⁹.

Os primeiros passos para a proteção da criança iniciou-se em 1914 com a Save The Children Fund International Union e no ano subsequente com pela Union Internationale de Protection de L’Enfance, tendo como base a criação dos trabalhos permanentes de proteção a criança¹⁷⁰.

Com o reconhecimento os direitos humanos a criança¹⁷¹ passou a ter maior destaque no âmbito internacional. No Brasil o grande marco foram os direitos

¹⁶⁷ FURNISS apud AZAMBUJA Op. Cit. p. 23.

¹⁶⁸ HISGAIL, Fani Pedofilia, Um estudo psicanalítico Ed Iluminuras, 2011P29

¹⁶⁹ STREY apud AZAMBUJA op cit fls 60

¹⁷⁰ Idem p. 25

¹⁷¹ Criança nos parâmetros internacionais são todas as pessoas menores de 18 anos, conforme a convenção de Palermo.

instituídos pela Constituição de 1988 assim como a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, um longo caminho ainda deve ser percorrido até se atingir as metas estipuladas pelas convenções internacionais em que o Brasil é signatário, é que de acordo com o Ministério da Saúde em 2011 a violência sexual era o 2º tipo de abuso praticado contra as crianças.

Cabe ressaltar que uma grande parcela desses crimes ocorrem no ambiente Intrafamiliar, onde o ofensor se esconde por trás das pessoas que seriam justamente responsáveis pela formação social do menor.

O psicanalista Mees cita a conexão entre violência intrafamiliar e a psicanálise, da forma que:

Os conceitos de trauma, incesto e violência são bastante ligados em psicanálise, na medida em que os três se relacionam ao real e tem em comum a referência a uma morte do sujeito desejante, por ficar subsumido ao desejo da mãe. A violência, no sentido psicanalítico, compartilha do mesmo registro porque o ato violento é aquele que gera um rompimento com o que organiza o sujeito, desestabilizando-o. A violência merece esta designação em psicanálise quando é traumática, e o trauma o é quando toca o incesto- sempre materno-motirfero do sujeito simbólico, ariscando-o a perder seu substrato psíquico devido a emergência dessas manifestações do real¹⁷².

Um levantamento trazido pelo Centro de Defesa o Direito da Criança e do Adolescente- CEDECA, demonstra que um mapeamento feito em Interlagos- Capela do Socorro comprova que 66% do abuso sexual de crianças e adolescente ocorrem dentro de casa.¹⁷³

Infelizmente este abuso não se limita ao Brasil, de acordo com a Organização Mundial da Saúde o abuso infanto-juvenil é um dos maiores problemas de saúde pública do mundo¹⁷⁴.

Torna-se um problema transnacional na medida que milhões de crianças foram vítimas do tráfico internacional de pessoas para fins sexuais na década de

¹⁷² Mees apud Azambuja op cit 61

¹⁷³Disponível em <http://cedecainterlagos.org.br.voudeargohost.net/wp-content/uploads/2012/10/CEDECA-Interlagos-Projeto-MAPA-Relat%C3%B3rio-Final.pdf> acessado em 13/06/2013

¹⁷⁴ Azambuja op cit 91

noventa, sendo a maior parte delas pessoas de baixa renda, ignorantes e aquelas expostas ao sexo de forma prematura¹⁷⁵.

Azevedo e Guerra definem como sendo “o processo de vitimização resulta da violência e das desigualdades econômicas e estruturais da sociedade, pelos quais os menores acabam vitimados pela pobreza ou pela ausência de educação e assistência à saúde”¹⁷⁶.

Para tentar desestimular os abusos infantis, o primeiro ministro da Grã Bretanha, Davi Cameron instituiu medidas legais como um filtro de conteúdo online obrigatório barrando o acesso a sites contendo pornografia infantil¹⁷⁷. Há dados de que existam por volta de 50 mil a 100 mil pedófilos¹⁷⁸ envolvidos no esquema de pornografia, submetendo crianças e adolescente a este tipo de ameaça. Ademais, a Internet Watch Foundation estipula que 91% das crianças abusadas e fotografadas têm menos de 12 anos¹⁷⁹.

Além da pornografia infantil ser crime em diversos países, há estudos indicando que seu fácil acesso através da internet estimula a ação de pedófilos, caracterizando crimes contra vulneráveis.

Ademais, os abusos ocorridos no seio familiar são acobertados pela cultura do silêncio, onde todos se calam por medo do ofensor. Não só isso como a relação doentia altera a realidade do menor, como cita Bitencourt¹⁸⁰:

constitui-se na construção de um relacionamento perverso e maquiado, que se mantém através da dominação psicológica de longa duração. Essa construção de dominação começa por um processo de sedução, que consiste na hábil, engenhosa e perspicaz busca da confiança da criança ou do adolescente pois é criada uma interação íntima sexual e de segredos, entre agressor e vítima chegando a ameaças de morte da própria criança/adolescente ou de outro familiar. Essa interação de sedução, ameaças e segredos domina psicologicamente a vítima, viciando sua vontade e consentimento.

Poucas são as famílias que pronunciam-se a respeito na tentativa de cessar os ataques tanto por medo e ignorância quanto por descrença de que o poder

¹⁷⁵ (HISGAIL, Fani Pedofilia- Um estudo psicanalítico Ed Iluminuras, 2011P17)

¹⁷⁶ idem p42

¹⁷⁷ Artigo de Paulo Nogueira publicado no jornal Estadão em 28/07/2013

¹⁷⁸ Idem

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ BITENCOURT, Luciane Potter Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência sexual Intrafamiliar, Lumen Juris, 2009, p. 76

público será capaz de evitar futuras agressões. Por isso que os crimes sexuais, em especial os intrafamiliares, são detentores de enormes cifras negras, não podendo dessa forma, termos um número preciso de crianças e adolescentes vítimas de abuso.

4.1 Vitimização Secundária

A vitimização secundária, também chamada de sobrevivitização, é a gerada por órgãos do governo responsáveis pelo controle social, incluindo todos que fazem parte do sistema legal.

A maneira coletiva com que a vítima é tratada pelos policiais e juízes traz essa forma de vitimização, exercendo de maneira formal o controle penal, A vítima torna-se mero objeto de testemunho do fato, sendo tratada como tal, sem serem levados em consideração seus anseios, necessidades e traumas psíquicos. Dessa forma, a vítima sente-se menosprezada

O ilustre doutrinador Scarance Fernandes qualifica a vitimização secundária como “*resultante do indevido funcionamento do sistema processual e da irregular atuação da máquina policial ou judiciária*”¹⁸¹.

Tal vitimização também ocorre quando o advogado de defesa passa a expor a vítima, muitas vezes denegrindo sua imagem e invadindo a sua intimidade, ou até deslocando-a para o outro pólo, como se fosse culpada de tal agressão. É o que ressalta Rodriguez Manzanera¹⁸² quando afirma que:

Para o Ministério Público, a vítima ideal é um respeitável cidadão, uma vítima moral e inocente é uma testemunha de alta credibilidade, mas para a defesa, é a figura contrária, e procurará apresentar a vítima como imoral, provocadora e culpada.

Infelizmente a vitimização secundária ocorre com certa frequência, pois normalmente a vítima é tratada como menosprezo pelo sistema penal, não por vontade própria, mas por ignorância dos que a atendem sem que haja a devida formação para lidar com um individuo nesta situação delicada.

¹⁸¹ FERNANDES, Antonio Scarance *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores.1995, p. 38

¹⁸² Idem p.224).

Por isso, em países como Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos, já existem programas de assistência e reparação para tratamento de vítimas do delito.

É por isso que a vitimização secundária acaba sendo mais preocupante do que a primária, segundo Molina¹⁸³:

Com razão já se disse que, por desgraça, a vítima do delito costuma ser convertida com demasiada frequência em vítima do sistema legal; e que esta vitimização secundária é mais preocupante ainda que a primária. Diversas investigações, de outro lado – e não é de se estranhar – constataam que são muitos os infratores que contam, em suas biografias, experiências vitimárias prévias. É dizer, antes de se tornarem delinquentes, foram também vítimas de delito.

E completa Sofia Schmidt de Oliveira

Vale analisar alguns possíveis motivos pelos quais a vitimização secundária é mais preocupante que a primária. O primeiro deles diz respeito ao desvio de finalidade: afinal, as instâncias formais de controle social destinam-se a evitar a vitimização. Assim, a vitimização secundária pode trazer uma sensação de desamparo e frustração maior que a vitimização primária (do delinquente, a vítima não esperava ajuda ou empatia)¹⁸⁴.

Com isso, a vítima perde a confiança no sistema legal e, com medo de se sentir agredida novamente, passa a não notificar os crimes, aumentando ainda mais o número de “cifras negras”, o que gera impunidade dos criminosos e incentivo a prática de novos delitos.

Tem-se, então, uma figura controversa, pois não é aceitável que aquele que é titular do poder jurisdicional, em sua atuação, lese direito daquele que já foi prejudicado pelo delito. Isso acarreta num desvio de finalidade do Estado, pois este além de não cumprir sua função de detentor da tutela jurisdicional, ainda desrespeita a vítima e sua dignidade como pessoa humana, que se tornando novamente vitimizada¹⁸⁵.

¹⁸³ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos & GOMES, Luis Flavio. *Criminologia* 5º Ed. São Paulo RT 2006, pp.84-85.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.1999,p. 113.

¹⁸⁵ Idem.

Ressalta Flaviane de Magalhães Barros que a sobrevitimização não deve se conter apenas a definição de sofrimento, porque pode ocorrer a vitimização mesmo que a vítima não tenha conhecimento de sua posição¹⁸⁶.

Concorda Manzanera:

Debemos aclarar primeiro el concepto de “ sufrimiento”, que en principio quiere decir dolo o pena, em este caso la víctima siente um dolor, es decir es consciente de su vitimización.
Pero no podemos aceptar esse darse cuenta de la víctima de su condición como requisito para ser considerada como tal (MANZANERA apud BARROS, 1999: 64)

Dessa forma, tem-se a sobrevitimização não só quando a vítima vem a sofrer algum dano, mas quando o processo pelo qual o sistema legal a submete vem a desrespeitar qualquer de seus direitos ou garantias constitucionais.

Um dos grandes adventos para se tentar combater a vitimização foi a Declaração de Princípios Básicos de Justiça das Vítimas de Delito, que assegura a vítima quatro garantias: acesso à justiça e tratamento justo: ressarcimento; indenização; e assistência social.

Fica demonstrado na declaração que o objetivo é a solução da vitimização secundária.

4.2 Vitimização Terciária

Já vitimização terciária refere-se a vitimização difusa no âmbito dos controles sociais, mediante o contato da vítima com o grupo familiar ou em seu meio ambiente social, como no trabalho, na escola, nas associações comunitárias, na igreja ou no convívio social¹⁸⁷. Trata-se da vitimização causada muitas vezes pela família e pessoas de seus relacionamentos, que passam a olhar para a vítima com desprezo, muitos se afastando do seu convívio, ainda mais quando se trata de crimes contra os costumes.

Nas Palavras de Marwin Wolfgang:

¹⁸⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Lumen Juris. 2008p. 71

¹⁸⁷ Idem p. 72.

(refere-se) a comunidade em geral, atingindo vítimas indeterminadas desconhecidas, anônimas, através do terror e pânico, geralmente, com ações contra algumas vítimas imediatas ou determinadas que sofreram algum tipo de intimidação, coação, anteriormente, até serem executadas exemplarmente, causando nas demais grande comoção social¹⁸⁸.

Sustenta Ana Sofia, que *"a maior parte das disposições constantes da Declaração dos princípios básicos de justiça para as vítimas de delito tem por finalidade combater ou, quando menos, suavizar os efeitos das vitimizações secundárias e terciárias"*¹⁸⁹.

Além dos conceitos vitimizantes, há autores como TRINDADE que acrescentam a autovitimização, pois a vítima se culpa do evento criminoso, passando a *"recriminar-se pelo que aconteceu, procurando encontrar motivos para explicar o fato, supondo-se corresponsável pelo evento"*¹⁹⁰, o que lhe poderá causar sérios problemas de ordem psicológica.

¹⁸⁸ WOLFGANG apud PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: sua evolução no tempo e no espaço*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.1993, p. 122.

¹⁸⁹ (BARROS apud OLIVEIRA, Ana Sofia Schimdt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.1999 p.16

¹⁹⁰ Idem p.18

CONCLUSÃO

A sexualidade humana sempre foi um tema discutido pelos estudiosos, dado sua volatilidade através dos tempos. O precursor de seus debates modernos foi Sigmund Freud, com sua teoria de que o ser humano mesmo na idade mais tenra apresenta-se como um ser sexuado. Dividindo as fases sexuais do ser humano em três, explica que caso ocorra uma intervenção em uma delas corre-se o risco da criança desenvolver distúrbios sexuais. Exemplifica ainda que uma dessas intervenções é a apresentação precoce a vida sexual.

A chegada do movimento universal feminista e a independência sexual, contribuíram para o distanciamento da sexualidade humana do aspecto moral vinculado ao casamento. Com isso, os jovens foram introduzidos a vida sexual muitas vezes precocemente sem a devida maturidade.

Ademais, as organizações internacionais começaram a se conscientizar quanto ao problema da exploração sexual infantil, sendo este o debate principal do Congresso Mundial contra a Exploração Sexual de Crianças e Adolescente e da Convenção da Organização das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional.

Com isso, surgiu uma tendência internacional em criarem normas que se adequassem aos parâmetros dos acordos traçados nas convenções, a fim de impedirem a exploração infantil.

Para tanto, via-se a necessidade do Brasil honrar com os compromissos internacionais. Não só isso como as Comissão Parlamentar de Inquérito e a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, apresentaram seus relatórios sobre a exploração sexual e a pedofilia, e instigaram para que houvesse alteração na lei penal buscando coibir estes problemas.

Dessa forma passamos a debater a tutela penal desempenhada nos crimes sexuais a partir de uma breve retrospectiva histórica até sua evolução atual trazida pela lei 12.015/2009.

Para tanto, fora necessário definir bem jurídico, assim como fazermos um comparativo sobre as alterações do bem jurídico tutelado pela nova norma penal. Devido as alterações sociais, ficou claro que a dignidade da pessoa humana nem sempre fora preconizada pelo Estado, muito pelo contrário, os crimes sexuais muitas

vezes eram ligados a crimes contra o patrimônio ou crimes contra a família, o que resultou nos crimes contra os costumes.

Esta análise deixou clara a evolução legislativa trazida pela nova lei ao afastar-se da moral e salvaguardar a dignidade da pessoa humana nos crimes sexuais.

Com isso, ficou constatado que ao tratarmos dos crimes sexuais como Crimes Contra a Dignidade Sexual o que se busca proteger é o princípio da dignidade da pessoa humana, não só isso, como sua forma mais específica apresentada como a dignidade sexual, sendo esta o direito da pessoa de escolher consciente e voluntariamente, suas condutas sexuais. Desenvolvendo, dessa forma, autodeterminação e liberdade sexual.

A *novatio legis* introduziu no ordenamento penal a figura do vulnerável, algumas vezes até como elemento constitutivo do tipo penal. Esta expressão apresenta diversos significados dependendo do seu tipo penal correspondente, mas de forma geral simboliza a pessoa fragilizada, o hipossuficiente, apresentando-se sempre em desigualdade, não tendo por isso capacidade de autodeterminação.

Trata-se dos menores de 14 anos, *“dos que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa não pode oferecer resistência”* e dos submetidos a qualquer forma de exploração sexual, como o tráfico de pessoas.

Sob este viés Adentramos no mandado de criminalização trazido na Constituição Federal legitimando o combate a exploração sexual de crianças e adolescente.

Ademais, para estudarmos o vulnerável como sendo o menor de catorze anos houve a necessidade de abordarmos as teorias do consentimento.

Com o novo tipo penal esgotou-se os debater acerca da presunção de violência descrita no antigo artigo 224 do Código Penal. Sob este prisma ficou constado que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de ser absoluta a presunção de inocência, independente do consentimento do ofendido ou de sua vida pregressa.

Concordamos com o posicionamento do supremo, uma vez que tanto na antiga lei que tratava da presunção de inocência, quanto na nova que aborda o vulnerável, ambos não teriam capacidade de fornecer consentimento válido. Isto

porque o menor não possui autonomia sexual, não podendo assim dispor sobre o bem jurídico.

No caso dos maiores de catorze anos que mesmo assim pertencem ao grupo dos vulneráveis por serem vítimas da exploração, este possuiriam por sua vez o consentimento viciado por serem vítimas da própria circunstância que se encontram.

Com isso, vislumbra-se a intenção do legislador de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que a inclusão da vulnerabilidade na norma afastou a presunção de violência, expressamente para voltar a atenção dos órgãos judiciais a fragilidade dos menos favorecidos, buscando dessa forma rechaçar os debates sobre a relativização da presunção de violência.

Ademais, compreende-se que o Supremo Tribunal Federal ao considerar absoluta a presunção de violência, provavelmente quando debater este tema irá tender para letra da lei e compreender como absoluta também a vulnerabilidade do ofendido, posicionando-se claramente em pró da dignidade sexual dos marginalizados.

O debate levantado pelos doutrinadores defende que, ao constatar a vulnerabilidade real e impossibilidade de relativização, em alguns casos distancia-se da realidade social em detrimento do livre desenvolvimento sexual do adolescente.

No entanto, a relativização ao caso concreto abriria um precedente para a exclusão da tipicidade, o que na prática afetaria os menos favorecidos sendo um retrocesso a tutela penal, criando maiores dificuldades para proteger o vulnerável.

Concluimos com as formas de vitimização que o ofendido sofre, tanto pelo próprio algoz quanto pelo estado e a sociedade onde vive, por estes últimos não terem preparo para atender a vítima, resultado da nossa política voltada ao criminoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Bruno Rotta, *A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais*, PUC-RS, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, *Inquirição da Criança Vítima de Violência Sexual: Proteção ou Violação de Direitos?*, Livraria do Advogado, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Lumen Juris.2008.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*, Rio de Janeiro, 1979.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. ,Revista Liberdade nº 1 agosto de 2009, Ibccrim.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. vol. 1*. Ed. Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Luciane Potter *Vitimização Secundária Infanto-juvenil e Violência Sexual intrafamiliar*, Lumen Juris, 2009.

BONFIM, Cláudia disponível em:
www.educacaoesexualidadeprofclaudiabonfim.blogspot.com.br acessado em 17 de novembro de 2012

BUSATO, Paulo Cesar HUAPAYA, Sandro Montes *Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSTOS ramirez, Juan. *Manuel a de derecho penal Espanol. Parte general*, Barcelona: Ariel, 1989.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira, *Violência Sexual Presumida*, Juruá Editora, Recife, 2002.

Carvalho, Salo de. *Pena e garantias* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CEDECA- Disponível em <http://cedecainterlagos.org.br.voudeargohost.net/wp-content/uploads/2012/10/CEDECA-Interlagos-Projeto-MAPA-Relat%C3%B3rio-Final.pdf> acessado em 13/06/2013

Convenção Americana de Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica 1969.

D`ELIA,, Fábio Suardi, *Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade*, PUC São Paulo, 2012,

DEMERCIAN, Pedro Henrique, *A presunção de violência e a Lei 12.015/2009*, PUC-SP, 2010 Disponível em:

<http://www.apmp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=410:a-presuncao-de-violencia-e-a-lei-1201509-dr-pedro-henrique-demercian-procurador-de-justica-criminal&catid=45:artigos&Itemid=30> acessado em: 10/09/2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família* São Paulo, RT 2010.

FERNANDES, Antonio Scarenco *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores.1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

PONTE, Antonio Carlos da *Crimes eleitorais*, Ed. Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel *Historia da sexualidade, O Uso Dos Prazeres* Vol.2, Graal, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro Forense, 2004.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, *Novos Crimes Sexuais*, Malheiros Editores, 2009,

Gikovate, Flávio, Disponível em: <http://somostodosum.ig.com.br/conteudo/conteudo.asp?id=05975> acessado em 04/04/2013.

GENTIL, Renato Marcão Plínio *Crimes Contra a Dignidade Sexual*, Ed. Saraiva 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flavio, *Direito Penal, Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito* RT, 2006.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004.

GREGO, Alessandre Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, *Crimes Contra a Dignidade Sexual*, Editora Atlas, 2011.

HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico Y Protección de Bienes Jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER Winfried MUNOZ CONDE, Francisco *Introducción a La Criminología y al Derecho Penal*, Tirant do Blanch, Valencia, 1989.

HISGAIL, Fani *Pedofilia- Um estudo psicanalítico*, Ed Iluminuras, 2011.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas. 1997.

KASSMAYER, Karin, BUSARO, Paulo César A legitimidade da proteção penal do bem jurídico meio-ambiente. <http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20Legitimidade%20da%20Prote%20%E7%E3o%2>

OPenal%20do%20Bem%20Jur%EDdico%20MeioAmbiente%20%20Karin%20Kassm
ayer,%20Paulo%20C%E9sar%20Busato.pdf acessado em 27/03/2013.

Kelly Cristina Canela tese de doutorado *O stuprum per vim no direito romano*, USP
2009

LINZ, Franz Von, *Tratado de Direito penal Alemão, TOMO I*, Rio de Janeiro, 1899.

LINZ, Franz Von, *Tratado de Direito penal Alemão, TOMO II*, Rio de Janeiro, 1899.

MANSOLO, Mary *Comentários sobre a teoria do funcionalismo penal*, 2011,
disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033358.pdf> acessado em
22/08/2012.

MARTINELLI, João Paulo Orsini, *Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual*,
Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo n 68 v. 11, 2011.

Mini Aurélio Editora Nova Fronteira, 2001

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI Renato N . *Manual de Direito Penal II*, 2007.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos & GOMES, Luis Flavio. *Criminologia* 5° Ed. São
Paulo RT 2006.

MOURA, Gustavo Lamartins, CURY, Paula Maria Nasser *Apontamentos Tópicos
sobre o funcionalismo normativo de Gunther Jakobs*, disponível em
<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1111/1093>
acessado em 20/02/2013.

MUNÕZ, Francisco Conde *Derecho Penal, parte especial* Valencia: Tirant lo blanch,
2010.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimdt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.1999.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: sua evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.1993

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido (na teoria do delito)*RT, 1995.

QUALLS-CORBETT, Nancy *A prostituta sagrada: a face eterna do feminino*. São Paulo: Paulus, 1990.

Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito Criada por meio do Requerimento nº 02, de 2003-CN sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil

Relatório Final da Comissão Parlamentar de inquérito criada por meio do Requerimento nº 02, de 2005-CN, para investigar a prática de crimes de “pedofilia”.

ROXIN, Claus *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal* Livraria do Advogado, 2009.

SIGMUND Freud, *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade- as aberrações sexuais, in obras psicológicas completas vol VII*, Imago, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis *Princípios básicos de direito penal* São Paulo, Saraiva, 2002

ANEXO I- Decreto 5.017 de 12 de março de 2004- Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças

DECRETO Nº 5.017, DE 12 DE MARÇO DE 2004.

Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004;

Considerando que o Protocolo entrou em vigor internacional em 29 de setembro de 2003, e entrou em vigor para o Brasil em 28 de fevereiro de 2004;

DECRETA:

Art. 1º O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Protocolo ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de março de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Samuel Pinheiro Guimarães Neto

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 15.3.2004

PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O
CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL RELATIVO À PREVENÇÃO,
REPRESSÃO E PUNIÇÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS, EM ESPECIAL
MULHERES E CRIANÇAS

PREÂMBULO

Os Estados Partes deste Protocolo,

Declarando que uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, exige por parte dos países de origem, de trânsito e de destino uma abordagem global e internacional, que inclua medidas destinadas a prevenir esse tráfico, punir os traficantes e proteger as vítimas desse tráfico, designadamente protegendo os seus direitos fundamentais, internacionalmente reconhecidos,

Tendo em conta que, apesar da existência de uma variedade de instrumentos internacionais que contêm normas e medidas práticas para combater a exploração de pessoas, especialmente mulheres e crianças, não existe nenhum instrumento universal que trate de todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas,

Preocupados com o fato de na ausência desse instrumento, as pessoas vulneráveis ao tráfico não estarem suficientemente protegidas,

Recordando a Resolução 53/111 da Assembléia Geral, de 9 de Dezembro de 1998, na qual a Assembléia decidiu criar um comitê intergovernamental especial, de composição aberta, para elaborar uma convenção internacional global contra o crime organizado transnacional e examinar a possibilidade de elaborar, designadamente, um instrumento internacional de luta contra o tráfico de mulheres e de crianças.

Convencidos de que para prevenir e combater esse tipo de criminalidade será útil completar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional com um instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir e punir o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças,

Acordaram o seguinte:

I. Disposições Gerais

Artigo 1

Relação com a Convenção das Nações Unidas
contra o Crime Organizado Transnacional

1. O presente Protocolo completa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e será interpretado em conjunto com a Convenção.
2. As disposições da Convenção aplicar-se-ão *mutatis mutandis* ao presente Protocolo, salvo se no mesmo se dispuser o contrário.
3. As infrações estabelecidas em conformidade com o Artigo 5 do presente Protocolo serão consideradas como infrações estabelecidas em conformidade com a Convenção.

Artigo 2

Objetivo

Os objetivos do presente Protocolo são os seguintes:

- a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e às crianças;
- b) Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e
- c) Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos.

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Artigo 4

Âmbito de aplicação

O presente Protocolo aplicar-se-á, salvo disposição em contrário, à prevenção, investigação e repressão das infrações estabelecidas em conformidade com o Artigo 5 do presente Protocolo, quando essas infrações forem de natureza transnacional e envolverem grupo criminoso organizado, bem como à proteção das vítimas dessas infrações.

Artigo 5

Criminalização

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente.
2. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infrações penais:
 - a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo;
 - b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; e
 - c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem.

II. Proteção de vítimas de tráfico de pessoas

Artigo 6

Assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas

1. Nos casos em que se considere apropriado e na medida em que seja permitido pelo seu direito interno, cada Estado Parte protegerá a privacidade e a identidade das vítimas de tráfico de pessoas, incluindo, entre outras (ou inter alia), a confidencialidade dos procedimentos judiciais relativos a esse tráfico.
2. Cada Estado Parte assegurará que o seu sistema jurídico ou administrativo contenha medidas que forneçam às vítimas de tráfico de pessoas, quando necessário:
 - a) Informação sobre procedimentos judiciais e administrativos aplicáveis;

b) Assistência para permitir que as suas opiniões e preocupações sejam apresentadas e tomadas em conta em fases adequadas do processo penal instaurado contra os autores das infrações, sem prejuízo dos direitos da defesa.

3. Cada Estado Parte terá em consideração a aplicação de medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas, incluindo, se for caso disso, em cooperação com organizações não-governamentais, outras organizações competentes e outros elementos de sociedade civil e, em especial, o fornecimento de:

a) Alojamento adequado;

b) Aconselhamento e informação, especialmente quanto aos direitos que a lei lhes reconhece, numa língua que compreendam;

c) Assistência médica, psicológica e material; e

d) Oportunidades de emprego, educação e formação.

4. Cada Estado Parte terá em conta, ao aplicar as disposições do presente Artigo, a idade, o sexo e as necessidades específicas das vítimas de tráfico de pessoas, designadamente as necessidades específicas das crianças, incluindo o alojamento, a educação e cuidados adequados.

5. Cada Estado Parte envidará esforços para garantir a segurança física das vítimas de tráfico de pessoas enquanto estas se encontrarem no seu território.

6. Cada Estado Parte assegurará que o seu sistema jurídico contenha medidas que ofereçam às vítimas de tráfico de pessoas a possibilidade de obterem indenização pelos danos sofridos.

Artigo 7

Estatuto das vítimas de tráfico de pessoas nos Estados de acolhimento

1. Além de adotar as medidas em conformidade com o Artigo 6 do presente Protocolo, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas ou outras medidas adequadas que permitam às vítimas de tráfico de pessoas permanecerem no seu território a título temporário ou permanente, se for caso disso.

2. Ao executar o disposto no parágrafo 1 do presente Artigo, cada Estado Parte terá devidamente em conta fatores humanitários e pessoais.

Artigo 8

Repatriamento das vítimas de tráfico de pessoas

1. O Estado Parte do qual a vítima de tráfico de pessoas é nacional ou no qual a pessoa tinha direito de residência permanente, no momento de entrada no território

do Estado Parte de acolhimento, facilitará e aceitará, sem demora indevida ou injustificada, o regresso dessa pessoa, tendo devidamente em conta a segurança da mesma.

2. Quando um Estado Parte retornar uma vítima de tráfico de pessoas a um Estado Parte do qual essa pessoa seja nacional ou no qual tinha direito de residência permanente no momento de entrada no território do Estado Parte de acolhimento, esse regresso levará devidamente em conta a segurança da pessoa bem como a situação de qualquer processo judicial relacionado ao fato de tal pessoa ser uma vítima de tráfico, preferencialmente de forma voluntária.

3. A pedido do Estado Parte de acolhimento, um Estado Parte requerido verificará, sem demora indevida ou injustificada, se uma vítima de tráfico de pessoas é sua nacional ou se tinha direito de residência permanente no seu território no momento de entrada no território do Estado Parte de acolhimento.

4. De forma a facilitar o regresso de uma vítima de tráfico de pessoas que não possua os documentos devidos, o Estado Parte do qual essa pessoa é nacional ou no qual tinha direito de residência permanente no momento de entrada no território do Estado Parte de acolhimento aceitará emitir, a pedido do Estado Parte de acolhimento, os documentos de viagem ou outro tipo de autorização necessária que permita à pessoa viajar e ser readmitida no seu território.

5. O presente Artigo não prejudica os direitos reconhecidos às vítimas de tráfico de pessoas por força de qualquer disposição do direito interno do Estado Parte de acolhimento.

6. O presente Artigo não prejudica qualquer acordo ou compromisso bilateral ou multilateral aplicável que regule, no todo ou em parte, o regresso de vítimas de tráfico de pessoas.

III. Prevenção, cooperação e outras medidas

Artigo 9

Prevenção do tráfico de pessoas

1. Os Estados Partes estabelecerão políticas abrangentes, programas e outras medidas para:

a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas; e

b) Proteger as vítimas de tráfico de pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, de nova vitimação.

2. Os Estados Partes envidarão esforços para tomarem medidas tais como pesquisas, campanhas de informação e de difusão através dos órgãos de comunicação, bem como iniciativas sociais e econômicas de forma a prevenir e combater o tráfico de pessoas.

3. As políticas, programas e outras medidas estabelecidas em conformidade com o presente Artigo incluirão, se necessário, a cooperação com organizações não-governamentais, outras organizações relevantes e outros elementos da sociedade civil.

4. Os Estados Partes tomarão ou reforçarão as medidas, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, para reduzir os fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades que tornam as pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, vulneráveis ao tráfico.

5. Os Estados Partes adotarão ou reforçarão as medidas legislativas ou outras, tais como medidas educacionais, sociais ou culturais, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, a fim de desencorajar a procura que fomenta todo o tipo de exploração de pessoas, especialmente de mulheres e crianças, conducentes ao tráfico.

Artigo 10

Intercâmbio de informações e formação

1. As autoridades competentes para a aplicação da lei, os serviços de imigração ou outros serviços competentes dos Estados Partes, cooperarão entre si, na medida do possível, mediante troca de informações em conformidade com o respectivo direito interno, com vistas a determinar:

a) Se as pessoas que atravessam ou tentam atravessar uma fronteira internacional com documentos de viagem pertencentes a terceiros ou sem documentos de viagem são autores ou vítimas de tráfico de pessoas;

b) Os tipos de documentos de viagem que as pessoas têm utilizado ou tentado utilizar para atravessar uma fronteira internacional com o objetivo de tráfico de pessoas; e

c) Os meios e métodos utilizados por grupos criminosos organizados com o objetivo de tráfico de pessoas, incluindo o recrutamento e o transporte de vítimas, os itinerários e as ligações entre as pessoas e os grupos envolvidos no referido tráfico, bem como as medidas adequadas à sua detecção.

2. Os Estados Partes assegurarão ou reforçarão a formação dos agentes dos serviços competentes para a aplicação da lei, dos serviços de imigração ou de outros serviços competentes na prevenção do tráfico de pessoas. A formação deve incidir sobre os métodos utilizados na prevenção do referido tráfico, na ação penal contra os traficantes e na proteção das vítimas, inclusive protegendo-as dos traficantes. A formação deverá também ter em conta a necessidade de considerar os direitos humanos e os problemas específicos das mulheres e das crianças bem como encorajar a cooperação com organizações não-governamentais, outras organizações relevantes e outros elementos da sociedade civil.

3. Um Estado Parte que receba informações respeitará qualquer pedido do Estado Parte que transmitiu essas informações, no sentido de restringir sua utilização.

Artigo 11

Medidas nas fronteiras

1. Sem prejuízo dos compromissos internacionais relativos à livre circulação de pessoas, os Estados Partes reforçarão, na medida do possível, os controles fronteiriços necessários para prevenir e detectar o tráfico de pessoas.
2. Cada Estado Parte adotará medidas legislativas ou outras medidas apropriadas para prevenir, na medida do possível, a utilização de meios de transporte explorados por transportadores comerciais na prática de infrações estabelecidas em conformidade com o Artigo 5 do presente Protocolo.
3. Quando se considere apropriado, e sem prejuízo das convenções internacionais aplicáveis, tais medidas incluirão o estabelecimento da obrigação para os transportadores comerciais, incluindo qualquer empresa de transporte, proprietário ou operador de qualquer meio de transporte, de certificar-se de que todos os passageiros sejam portadores dos documentos de viagem exigidos para a entrada no Estado de acolhimento.
4. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias, em conformidade com o seu direito interno, para aplicar sanções em caso de descumprimento da obrigação constante do parágrafo 3 do presente Artigo.
5. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de tomar medidas que permitam, em conformidade com o direito interno, recusar a entrada ou anular os vistos de pessoas envolvidas na prática de infrações estabelecidas em conformidade com o presente Protocolo.
6. Sem prejuízo do disposto no Artigo 27 da Convenção, os Estados Partes procurarão intensificar a cooperação entre os serviços de controle de fronteiras, mediante, entre outros, o estabelecimento e a manutenção de canais de comunicação diretos.

Artigo 12

Segurança e controle dos documentos

Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, de acordo com os meios disponíveis para:

- a) Assegurar a qualidade dos documentos de viagem ou de identidade que emitir, para que não sejam indevidamente utilizados nem facilmente falsificados ou modificados, reproduzidos ou emitidos de forma ilícita; e
- b) Assegurar a integridade e a segurança dos documentos de viagem ou de identidade por si ou em seu nome emitidos e impedir a sua criação, emissão e utilização ilícitas.

Artigo 13

Legitimidade e validade dos documentos

A pedido de outro Estado Parte, um Estado Parte verificará, em conformidade com o seu direito interno e dentro de um prazo razoável, a legitimidade e validade dos documentos de viagem ou de identidade emitidos ou supostamente emitidos em seu nome e de que se suspeita terem sido utilizados para o tráfico de pessoas.

IV. Disposições finais

Artigo 14

Cláusula de salvaguarda

1. Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará os direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, especificamente, na medida em que sejam aplicáveis, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados e ao princípio do non-refoulement neles enunciado.

2. As medidas constantes do presente Protocolo serão interpretadas e aplicadas de forma a que as pessoas que foram vítimas de tráfico não sejam discriminadas. A interpretação e aplicação das referidas medidas estarão em conformidade com os princípios de não-discriminação internacionalmente reconhecidos.

Artigo 15

Solução de controvérsias

1. Os Estados Partes envidarão esforços para resolver as controvérsias relativas à interpretação ou aplicação do presente Protocolo por negociação direta.

2. As controvérsias entre dois ou mais Estados Partes com respeito à aplicação ou à interpretação do presente Protocolo que não possam ser resolvidas por negociação, dentro de um prazo razoável, serão submetidas, a pedido de um desses Estados Partes, a arbitragem. Se, no prazo de seis meses após a data do pedido de arbitragem, esses Estados Partes não chegarem a um acordo sobre a organização da arbitragem, qualquer desses Estados Partes poderá submeter o diferendo ao Tribunal Internacional de Justiça mediante requerimento, em conformidade com o Estatuto do Tribunal.

3. Cada Estado Parte pode, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação ou da aprovação do presente Protocolo ou da adesão ao mesmo, declarar que não se considera vinculado ao parágrafo 2 do presente Artigo. Os demais Estados Partes não ficarão vinculados ao parágrafo 2 do presente Artigo em relação a qualquer outro Estado Parte que tenha feito essa reserva.

4. Qualquer Estado Parte que tenha feito uma reserva em conformidade com o parágrafo 3 do presente Artigo pode, a qualquer momento, retirar essa reserva através de notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 16

Assinatura, ratificação, aceitação, aprovação e adesão

1. O presente Protocolo será aberto à assinatura de todos os Estados de 12 a 15 de Dezembro de 2000 em Palermo, Itália, e, em seguida, na sede da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque até 12 de Dezembro de 2002.
2. O presente Protocolo será igualmente aberto à assinatura de organizações regionais de integração econômica na condição de que pelo menos um Estado membro dessa organização tenha assinado o presente Protocolo em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo.
3. O presente Protocolo está sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação. Os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. Uma organização regional de integração econômica pode depositar o seu instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação se pelo menos um dos seus Estados membros o tiver feito. Nesse instrumento de ratificação, de aceitação e de aprovação essa organização declarará o âmbito da sua competência relativamente às matérias reguladas pelo presente Protocolo. Informará igualmente o depositário de qualquer modificação relevante do âmbito da sua competência.
4. O presente Protocolo está aberto à adesão de qualquer Estado ou de qualquer organização regional de integração econômica da qual pelo menos um Estado membro seja Parte do presente Protocolo. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário-Geral das Nações Unidas. No momento da sua adesão, uma organização regional de integração econômica declarará o âmbito da sua competência relativamente às matérias reguladas pelo presente Protocolo. Informará igualmente o depositário de qualquer modificação relevante do âmbito da sua competência.

Artigo 17

Entrada em vigor

1. O presente Protocolo entrará em vigor no nonagésimo dia seguinte à data do depósito do quadragésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão mas não antes da entrada em vigor da Convenção. Para efeitos do presente número, nenhum instrumento depositado por uma organização regional de integração econômica será somado aos instrumentos depositados por Estados membros dessa organização.
2. Para cada Estado ou organização regional de integração econômica que ratifique, aceite, aprove ou adira ao presente Protocolo após o depósito do quadragésimo instrumento pertinente, o presente Protocolo entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data de depósito desse instrumento por parte do Estado ou organização ou na data de entrada em vigor do presente Protocolo, em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo, se esta for posterior.

Artigo 18

Emendas

1. Cinco anos após a entrada em vigor do presente Protocolo, um Estado Parte no Protocolo pode propor emenda e depositar o texto junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que em seguida comunicará a proposta de emenda aos Estados Partes e à Conferência das Partes na Convenção para analisar a proposta e tomar uma decisão. Os Estados Partes no presente Protocolo reunidos na Conferência das Partes farão todos os esforços para chegar a um consenso sobre qualquer emenda. Se todos os esforços para chegar a um consenso forem esgotados e não se chegar a um acordo, será necessário, em último caso, para que a alteração seja aprovada, uma maioria de dois terços dos Estados Partes no presente Protocolo, que estejam presentes e expressem o seu voto na Conferência das Partes.
2. As organizações regionais de integração econômica, em matérias da sua competência, exercerão o seu direito de voto nos termos do presente Artigo com um número de votos igual ao número dos seus Estados membros que sejam Partes no presente Protocolo. Essas organizações não exercerão seu direito de voto se seus Estados membros exercerem o seu e vice-versa.
3. Uma emenda adotada em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo estará sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados Partes.
4. Uma emenda adotada em conformidade com o parágrafo 1 do presente Protocolo entrará em vigor para um Estado Parte noventa dias após a data do depósito do instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação da referida emenda junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.
5. A entrada em vigor de uma emenda vincula as Partes que manifestaram o seu consentimento em obrigar-se por essa alteração. Os outros Estados Partes permanecerão vinculados pelas disposições do presente Protocolo, bem como por qualquer alteração anterior que tenham ratificado, aceito ou aprovado.

Artigo 19

Denúncia

1. Um Estado Parte pode denunciar o presente Protocolo mediante notificação por escrito dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia tornar-se-á efetiva um ano após a data de recepção da notificação pelo Secretário-Geral.
2. Uma organização regional de integração econômica deixará de ser Parte no presente Protocolo quando todos os seus Estados membros o tiverem denunciado.

Artigo 20

Depositário e idiomas

1. O Secretário-Geral das Nações Unidas é o depositário do presente Protocolo.

2. O original do presente Protocolo, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

EM FÉ DO QUE, os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados pelos seus respectivos Governos, assinaram o presente Protocolo.

ANEXO II Convenção Americana de Direitos Humanos 1969- Pacto de San José da Costa Rica

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)*

(PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA)

PREÂMBULO

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;

Convieram no seguinte:

PARTE I - DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

Capítulo I - ENUMERAÇÃO DOS DEVERES

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Capítulo II - DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.
2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.
3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:
 - a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
 - b) serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
 - c) o serviço exigido em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;
 - d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

Artigo 10 - Direito à indenização

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário.

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

- 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
- 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

Artigo 15 - Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Artigo 16 - Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

Artigo 17 - Proteção da família

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes.

4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 18 - Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Artigo 19 - Direitos da criança

Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Artigo 20 - Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.

Artigo 22 - Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Artigo 24 - Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Capítulo III - DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Capítulo IV - SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Artigo 27 - Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à

nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Artigo 28 - Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado-parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados-partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado, assim organizado, as normas da presente Convenção.

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30 - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Artigo 31 - Reconhecimento de outros direitos

Poderão ser incluídos, no regime de proteção desta Convenção, outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 69 e 70.

Capítulo V - DEVERES DAS PESSOAS

Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

PARTE II - MEIOS DE PROTEÇÃO

Capítulo VI - ÓRGÃOS COMPETENTES

Artigo 33 - São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Capítulo VII - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Seção 1 - Organização

Artigo 34 - A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

Artigo 35 - A Comissão representa todos os Membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 36 - 1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados-membros.

2. Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Artigo 37 - 1. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos um vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três membros.

2. Não pode fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo país.

Artigo 38 - As vagas que ocorrerem na Comissão, que não se devam à expiração normal do mandato, serão preenchidas pelo Conselho Permanente da Organização, de acordo com o que dispuser o Estatuto da Comissão.

Artigo 39 - A Comissão elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu próprio Regulamento.

Artigo 40 - Os serviços da Secretaria da Comissão devem ser desempenhados pela unidade funcional especializada que faz parte da Secretaria Geral da Organização e deve dispor dos recursos necessários para cumprir as tarefas que lhe forem confiadas pela Comissão.

Seção 2 - Funções

Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;

f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e

g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 42 - Os Estados-partes devem submeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela zele para que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Artigo 43 - Os Estados-partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Seção 3 - Competência

Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Artigo 45 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-parte que não haja feito tal declaração.

3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.

4. As declarações serão depositadas na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-membros da referida Organização.

Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Artigo 47 - A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

- a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;
- b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
- c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
- d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Seção 4 - Processo

Artigo 48 - 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

- a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;

b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;

c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;

d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias;

e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e

f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.

2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue houver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

Artigo 49 - Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, "f", do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-partes nesta Convenção e posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.

3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Capítulo VIII - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Seção 1 - Organização

Artigo 52 - 1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Artigo 53 - 1. Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, na Assembléia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.

2. Cada um dos Estados-partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser um lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional do Estado diferente do proponente.

Artigo 54 - 1. Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desse três juízes.

2. O juiz eleito para substituir outro, cujo mandato não haja expirado, completará o período deste.

3. Os juízes permanecerão em suas funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

Artigo 55 - 1. O juiz, que for nacional de algum dos Estados-partes em caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo.

2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, outro Estado-parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz *ad hoc*.

3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados-partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*.

4. O juiz *ad hoc* deve reunir os requisitos indicados no artigo 52.

5. Se vários Estados-partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só parte, para os fins das disposições anteriores. Em caso de dúvida, a Corte decidirá.

Artigo 56 - O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes.

Artigo 57 - A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte.

Artigo 58 - 1. A Corte terá sua sede no lugar que for determinado, na Assembléia Geral da Organização, pelos Estados-partes na Convenção, mas poderá realizar reuniões no território de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos em que considerar conveniente, pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo. Os Estados-partes na Convenção podem, na Assembléia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte.

2. A Corte designará seu Secretário.

3. O Secretário residirá na sede da Corte e deverá assistir às reuniões que ela realizar fora da mesma.

Artigo 59 - A Secretaria da Corte será por esta estabelecida e funcionará sob a direção do Secretário Geral da Organização em tudo o que não for incompatível com a independência da Corte. Seus funcionários serão nomeados pelo Secretário Geral da Organização, em consulta com o Secretário da Corte.

Artigo 60 - A Corte elaborará seu Estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu Regimento.

Seção 2 - Competência e funções

Artigo 61 - 1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Artigo 65 - A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Artigo 66 - 1. A sentença da Corte deve ser fundamentada.

2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.

Artigo 67 - A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Artigo 69 - A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados-partes na Convenção.

Capítulo IX - DISPOSIÇÕES COMUNS

Artigo 70 - 1. Os juízes da Corte e os membros da Comissão gozam, desde o momento da eleição e enquanto durar o seu mandato, das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional. Durante o exercício dos seus cargos gozam, além disso, dos privilégios diplomáticos necessários para o desempenho de suas funções.

2. Não se poderá exigir responsabilidade em tempo algum dos juízes da Corte, nem dos membros da Comissão, por votos e opiniões emitidos no exercício de suas funções.

Artigo 71 - Os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade, conforme o que for determinado nos respectivos Estatutos.

Artigo 72 - Os juízes da Corte e os membros da Comissão perceberão honorários e despesas de viagem na forma e nas condições que determinarem os seus Estatutos, levando em conta a importância e independência de suas funções. Tais honorários e despesas de viagem serão fixados no orçamento-programa da Organização dos Estados Americanos, no qual devem ser incluídas, além disso, as despesas da Corte e da sua Secretaria. Para tais efeitos, a Corte elaborará o seu próprio projeto de orçamento e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral, por intermédio da Secretaria Geral. Esta última não poderá nele introduzir modificações.

Artigo 73 - Somente por solicitação da Comissão ou da Corte, conforme o caso, cabe à Assembléia Geral da Organização resolver sobre as sanções aplicáveis aos membros da Comissão ou aos juízes da Corte que incorrerem nos casos previstos nos respectivos Estatutos. Para expedir uma resolução, será necessária maioria de

dois terços dos votos dos Estados-membros da Organização, no caso dos membros da Comissão; e, além disso, de dois terços dos votos dos Estados-partes na Convenção, se se tratar dos juizes da Corte.

PARTE III - DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Capítulo X - ASSINATURA, RATIFICAÇÃO, RESERVA, EMENDA, PROTOCOLO E DENÚNCIA

Artigo 74 - 1. Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos.

2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

3. O Secretário Geral comunicará todos os Estados-membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção.

Artigo 75 - Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

Artigo 76 - 1. Qualquer Estado-parte, diretamente, e a Comissão e a Corte, por intermédio do Secretário Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emendas a esta Convenção.

2. Tais emendas entrarão em vigor para os Estados que as ratificarem, na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação, por dois terços dos Estados-partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados-partes, entrarão em vigor na data em que eles depositarem os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 77 - 1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado-parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados-partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral projetos de Protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente, no regime de proteção da mesma, outros direitos e liberdades.

2. Cada Protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados-partes no mesmo.

Artigo 78 - 1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante

aviso prévio de um ano, notificando o Secretário Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes.

2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Capítulo XI -

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Seção 1 - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 79 - Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário Geral pedirá por escrito a cada Estado-membro da Organização que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados-membros da Organização, pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 80 - A eleição dos membros da Comissão far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 79, por votação secreta da Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-membros. Se, para eleger todos os membros da Comissão, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pela Assembléia Geral, os candidatos que receberem maior número de votos.

Seção 2 - Corte Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 81 - Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário Geral pedirá a cada Estado-parte que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados-partes pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 82 - A eleição dos juízes da Corte far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 81, por votação secreta dos Estados-partes, na Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-partes. Se, para eleger todos os juízes da Corte, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pelos Estados-partes, os candidatos que receberem menor número de votos.

Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992

ANEXO III Acórdão do Habeas Corpus 73.662/M

*Supremo Tribunal Federal*SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 20.09.96
EMENTÁRIO Nº 1 8 4 2 - 2

310

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73662-9 MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO
PACIENTE : MARCIO LUIZ DE CARVALHO
IMPETRANTES: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS0015420200
0348073660
0210000020

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.

ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.

ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento da mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar proposta do Presidente, tendo em conta a importância da matéria, no sentido de afetar ao Plenário o julgamento do habeas-corpus, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Presidente; também por maioria de votos, em conceder o habeas-corpus para absolver o Paciente,

15 - 100-360



Supremo Tribunal Federal

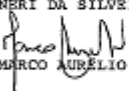
HC 73.662-9 MG

311

vencidos os Ministros Carlos Velloso e Presidente; e em determinar a expedição de alvará de soltura, em favor do Paciente, se por ai não houver de permanecer preso.

Brasília, 21 de maio de 1996.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE


MARCO AURÉLIO - RELATOR

Supremo Tribunal Federal

312

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73662-9 MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO
 PACIENTE : MARCIO LUIZ DE CARVALHO
 IMPETRANTES: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO
 COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Com a inicial de folhas 2 a 13, procuram os Impetrantes demonstrar que, na espécie, não restou configurado o tipo em relação ao qual foi condenado o Paciente, ou seja, aquele consubstanciado no artigo 213, combinado com o artigo 224 do Código Penal. A partir do exame da prova coligida, sustenta-se que não houve o estupro em si, já que a vítima se passara por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, tendo confessado em Juízo que mantivera relação sexual com o Paciente por vontade própria. Por sua vez, este último, após o episódio, ocorrido em 1991 quando contava com vinte e quatro anos, contraiu matrimônio, levando vida regular e sendo pai de filho menor. Ressalta-se que o Paciente pressupôs estar mantendo conjunção carnal com pessoa de idade superior aos dezesseis anos, verificando-se, assim, verdadeiro erro de tipo. É transcrita jurisprudência sobre a matéria.

Aos autos veio a peça de folha 140, notificando o julgamento, pela Primeira Câmara Criminal, de apelação interposta pela defesa, mediante o qual foi expungido o aumento da pena.

0018420200
 0349073660
 0220000040

Supremo Tribunal Federal

313

HC 73.662-9 MG

Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se esta no sentido do indeferimento do pedido, salientando ser o habeas-corpus impróprio ao reexame de provas.

É o relatório.

HC 73.662-9 MG

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

Inicialmente, ressalvo entendimento pessoal sobre a competência para julgar este habeas-corpus, cuja definição, continuo convencido, ocorre consideradas as pessoas envolvidas na hipótese sob exame. O Paciente não goza de prerrogativa de foro. Assim, cabe perquirir a situação daquelas que integram o Órgão apontado como coator - o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Os desembargadores estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Superior Tribunal de Justiça - alínea "a" do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, o que atrai a pertinência do disposto na alínea "c" do referido inciso, segundo a qual compete àquela Corte julgar os habeas-corpus quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Todavia, até aqui este não é o entendimento prevalente. O Plenário, ao concluir o julgamento da reclamação nº 314/DF, em que funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, assentou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus, desde que não seja substitutivo de recurso ordinário, interposto contra ato de tribunal, ainda que não guarde a qualificação de superior. Na oportunidade, fiquei vencido na companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, tendo findado o julgamento em

HC 73.662-9 MG

30 de novembro de 1993. Conheço do pedido ora formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando verificado o debate junto ao Pleno. Confira-se com o que publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 9, páginas 140 a 146.

No mérito, tem-se que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, ouvida em Juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o Paciente, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do Paciente, entre outros rapazes. A seguir, noticiou que o Paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cedera em face às carícias. Retornando à residência, pedira ao Paciente que a deixasse longe de casa, visando a fugir à fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta.

Ao que tudo indica, a ação penal em que condenado o Paciente surgiu única e exclusivamente da reação do pai da vítima. Esta, respondendo a perguntas endereçadas pelo Estado-acusador, foi categórica em afirmar que:

"(...)já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais com o réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com o pai não é muito bom e que o pai a pressionou para comparecer perante a autoridade; que transou com Valdir num sítio abandonado perto da fábrica." (folhas 48 e 49)

A seguir, em face de intervenção feita pela assistência da acusação, respondeu a vítima:

HC 73.662-9 RG

"(...)tinha muito medo do pai saber que ela estivesse se encontrando com o réu sexualmente; que não houve violência em momento algum; que a depoente não tem medo de pagar AIDS, nem de engravidar porque se tiver um filho o criará." (folha 49)

Soma-se ao depoimento da própria vítima a da testemunha Henrique Ambrósio de Souza, consoante o qual:

"(...)tinha conhecimento de que Márcio saía junto à menor Maria Adelaide Noronha; que, igualmente ficou sabendo pelo próprio acusado que ambos mantiveram relações sexuais; que a vítima aparentava ter uns 15 ou 16 anos; é do conhecimento do declarante que ela saía com outros; que chegou a ver a menor sair à noite com outras pessoas de moto; que a menor anda muito pela noite ficando até a madrugada na rua e o depoente a considera uma prostitutazinha." (folha 51)

Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça". A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estorrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de

HC 73.662-9 HQ

acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinquenta anos - e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos - não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a

HC 73.662-9 RG

verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não?

Ora, enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilizar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente.

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público.

Na doutrina encontra-se a corroboração a esta

HC 73.662-9 MG

tese. Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra "a" do artigo 224 do Código Penal é relativa, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos:

"Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé." (Direito Penal, 4ª ed., vol. 3/221)

Também Heleno Cláudio Fragoso, em *"Lições de Direito Penal"*, afirma que a presunção em comento não é absoluta, *"pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção"*.

Por tais razões, concedo a ordem para absolver o Paciente.

É o meu voto.

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73.662-9 MINAS GERAIS

V O T O

ADITAMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

Senhor Presidente, assento que a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal não é absoluta; é legal, sim, mas cede às circunstâncias do caso, e estas revelam que o Paciente teve a falsa vítima como detentora, à época, de idade superior aos catorze anos, quer considerado o aspecto físico, mental ou a desenvoltura que demonstrava nas saídas noturnas.

A condenação do Paciente não interessa, a esta altura, à sociedade.

Por tais razões, tendo em conta até mesmo a passagem do tempo, já que o episódio ocorreu há mais de cinco anos, quando solteiro o Paciente, estando ele hoje casado, com família, tendo vida irrepreensível, concedo a ordem para absolvê-lo, potencializando a proteção à própria família prevista no artigo 226 da Carta de 1988.

É o meu voto.

* * *

0015410205
0349073660
0220115730

Supremo Tribunal Federal

321

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.662-9

ORIGEM : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURELIO

PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO

IMPRES. : PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro que lhe é imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezek. 2a. Turno, 16.04.96.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Narden Costa Pinto.


Wagner Amorim Medeiros
Secretário

Supremo Tribunal Federal

322

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 73.662-2 MINAS GERAIS

V O T O

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK: - Márcio Luiz de Carvalho foi condenado em primeira instância a nove anos — depois, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a seis anos — de reclusão, em regime fechado, por estupro. O relator do habeas corpus, Ministro Marco Aurélio, concede a ordem.

Com vista dos autos, observei que estamos diante de uma situação clara quanto aos fatos. Sobre esses fatos firmou-se uma tese jurídica, e quer-se saber se o Supremo Tribunal a abona ou rejeita. A tese é a de que, ocorrendo crime contra os costumes, contando a vítima idade inferior a 14 anos (e o réu, naturalmente, idade superior a 18 anos), o estupro, que a ordem jurídica brasileira contemporânea denomina crime hediondo, é uma conclusão judiciária inevitável. A questão é saber se a presunção de violência, nesse caso, é inafastável, e se, portanto, os operadores do direito envolvidos num processo dessa índole estão dispensados de refletir: considerada apenas a idade das partes e a ocorrência do relacionamento sexual, proclamaríamos sumariamente a ocorrência de estupro.

Temos aqui uma hipótese de atividade sexual consentida, absolutamente espontânea, e isso é incontroverso. Expressões usadas pela vítima M.A.N., que o voto do relator reproduziu, o deixam claro: cuida-se de exercício

0018420200
03-09-97 1660
0270213900

STF 102.802

Imprensa Nacional

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

323

denasiadamente precoce da liberdade sexual — eu o diria precoce mesmo agora, à aproximação do século XXI, embora reconhecendo que não se cuida mais de um fenômeno raro.

A questão é saber se, numa hipótese de sexo consentido, a idade inferior a 14 anos que a mulher ostenta (sem embargo do seu aspecto físico, que fazia supor algo diferente, e das suas circunstâncias) obriga a entender absoluta a presunção do art. 224 do Código Penal, e leva, inexoravelmente, à condenação por estupro. Penso que isso não é justo.

O art. 213, ao definir o estupro, diz:

"Constranger mulher à conjunção carnal,
mediante violência ou grave ameaça:"

O núcleo verbal do tipo é constranger. Comete estupro aquele que constrange mulher à conjunção carnal. Segue-se o complemento: "mediante violência ou grave ameaça". E o art. 224 estabelece:

"Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância;"

O caso é de sexo precoce, mediante consentimento expresso. A única coisa que dependeria de alguma análise de prova é a questão de saber em que medida a vítima induziu a relação, ou consentiu simplesmente. Isso, no fundo, faz pouca diferença. O que está claro é que se cuidou de

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

324

relacionamento consentido; e depois, à conta não da vontade de M.A.N., mas do desígnio de seu pai, abriu-se o inquérito que resultou no processo penal conducente, enfim, à condenação por estupro.

O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de *habeas corpus*, é a convicção de que não concedê-la significa proferir, no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro. Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, criminoso hediondo o rapaz.

Falta em nossa lei penal uma figura mais flexível e abrangente, que enquadrasse condutas reprováveis como o assédio sexual (sobretudo no ambiente de trabalho), e as várias formas de abuso resultante da falta de escrúpulos, como o envolvimento consentido com menor de 14 anos; condutas que não têm, contudo, a gravidade do estupro, nem se ajustam ao molde legal da sedução e da corrupção de menor.

Penso que a condenação por estupro, à vista dos artigos 213 e 224 do Código Penal, não faz justiça no caso concreto. A questão de saber se podemos ou não partir para a

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

325

presunção de violência depende de uma premissa, que é saber se houve constrangimento, e constrangimento é tudo aquilo que estes autos não retratam. Constrangimento, eu o veria num quadro minimamente próximo daquele da corrupção de menor, ou daquele da sedução. Abro aqui parênteses para dizer que não estou entre os críticos da subsistência desse tipo no Código Penal brasileiro, visto que aquilo que o crime de sedução penaliza não é, na realidade, a atividade sexual, mas a fraude. É o fato de alguém apresentar-se como intencionado a determinada coisa, quando deseja outra. É o fato de alguém simular certos sentimentos e objetivos, quando seu propósito verdadeiro é diverso. É o fato de, num mundo de tantas e tantas pessoas liberadas, aproximar-se alguém de um núcleo familiar conservador, e aí, fraudulentamente, usando do discurso conservador, a promessa de casamento ou algo semelhante, obter intimidades que, afinal, não conduzirão ao prometido. Aquilo que o art. 217 penaliza, insisto, não é a liberdade sexual, e sim a fraude, esta sempre reprovável.

Volto a dizer que poderia, numa situação variante desta dos autos, entender que houve algum constrangimento, e que por isso, em razão da idade da vítima, presumiremos a violência, se qualquer elemento circunstancial contribuísse nesse sentido. Por exemplo, se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a menoridade dela; se houvesse uma relação hierárquica qualquer; se fosse ele o chefe, o tutor, o parente, o empregador, o professor, o filho do patrão, o guru, o astro pop, o líder da banda... Nada disso. O que temos aqui é uma hipótese de sexo entre dois jovens (ela jovem demais) não vinculados por nenhum fator que pudesse, de algum modo,



Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

326

contaminar a vontade de um deles, significando uma forma, ainda que incomum, de constrangimento.

Não creio, portanto, que tenham feito justiça as instâncias penais ao optarem pela condenação, primeiro a nove anos, e afinal a seis anos de reclusão, em regime fechado, por crime hediondo de estupro.

A idade da menor — embora, ao que tudo faz crer, despercebida do réu, que a supunha um pouco menos jovem — justificaria outra forma de condenação, se o permitisse a maior plasticidade, a maior racionalidade do nosso direito penal.

Nas circunstâncias deste caso, que certamente nos dividirá e que é penoso para todos, não me parece apropriado proclamar uma tese de alto risco, porque lança cidadãos comuns, acaso irresponsáveis ou pouco escrupulosos, mas seguramente incapazes de cometer um verdadeiro crime de estupro, na categoria dos criminosos hediondos.

Estou na contingência, assim, de acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de habeas corpus.



14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 73.662-9 MINAS GERAIS

V O T O

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, a primeira dúvida que me havia assaltado diz respeito, exatamente, aos limites do habeas corpus, isto é, se seria possível nesta sede, fazer avaliações que de certo modo estão relacionadas com a prova existente nos autos.

A primeira resposta seria não.

Contudo, ao que respondeu-me o eminente Relator, tais elementos constaram de manifestações por época do julgamento no Tribunal de origem.

0010420200
0149073660
0210315900

Creio que, sobre esses elementos, em confronto com a estrutura teleológica do writ, em determinadas situações especialíssimas, raras, inusitadas, inusuais, sobretudo quando o condenado também é um jovem, patente as circunstâncias em que se viu envolvido, convidado, provocado e incentivado a manter relações sexuais com menor de 14 anos de idade, não podem ser desconsiderados, dada a natureza específica do caso, com as suas características excepcionais, tão-somente em homenagem à construção de certa doutrina de antanho em flagrante desconhecimento com os dias hodiernos, para, et pour cause, ignorar, deixar ao oblívio da apreciação, a grave e exacerbada

condenação a que se viu submetido, para cumprir prisão em regime fechado por tão longo tempo, sem que se lhe ensejasse algum remédio com o qual pudesse se valer para a derradeira postulação de ver examinada a sua pretensão, e portanto, de depositar a sua última esperança nas mãos da Corte Suprema.

Penso que se deve dar ao paciente essa oportunidade.

Não sei se o juiz deveria ficar infenso ao fenômeno social de profundas transformações que tem sofrido a sociedade brasileira, com influência direta sobre a juventude, que não mais pode ser contida em casa, mesmo com a vigilância permanente, e pessoal dos pais, sem se agitar e mesmo se excitar com a profusão de informações que recebe, com a prodigalidade com que os meios de comunicação e a informática transmitem e veiculam as imagens e cenas de toda ordem, provocando e incentivando a que os jovens não se confinem em suas casas - situação hoje impossível de ser controlada pelos pais ou responsáveis, com poucas exceções -, para se liberarem para os bares, "danceterias", "choperias", festivais de toda ordem, "boites", clubes, praias e tantos outros locais que funcionam como verdadeiros chamarizes, onde deságuam e realizam as suas fantasias.

Deveria ou deverá o juiz estar alijadamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das inovações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo

legislativo às vezes age rapidament^e, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?!

Entendo que não.

Prefiro entender, a meu ver, a exata exegese do artigo 213 do CP, quando admite que o estupro se dá quando há violência ou grave ameaça, e não na hipótese desses autos, em que tais circunstâncias inexistem, sobejamente comprovado que a relação foi consentida, que a jovem já não era mais virgem e que já havia mantido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida pregressa, e ademaís que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava.

Ora, é preciso levar em conta também a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a ambiência, enfim, criada no momento exato da relação, para se aferir se naquele instante deveria ou não julgar ou estimar se se tratava de menor de 14 anos ou não - moça já formada e que aparentava ser maior de idade!!

Perdõem-me, mas não posso, pela forma em que ocorreram os fatos afirmados nesta impetração e provados nos autos, que não deva levar em conta a inexistência de qualquer violência, para aplicar friamente o que contém o artigo 224, da Lei Penal, entendendo tratar-se de presunção absoluta, deixando passar despercebido o verdadeiro quadro de como se realizou

essa relação de que teria resultado o estupro.

É bem verdade que se trata de menor, mas seria possível, diante do que aconteceu, também não se anotar a essencialidade do comando do artigo que define o estupro, para só se aplacar o complemento desse comando que fala sobre a menoridade?

Assim, admito que o tipo do crime deve ser considerado e compreendido, tendo-se em vista o seu complemento, que define a presunção de violência (art. 224), mas que a subjetividade dessa presunção não pode ir além da relatividade das circunstâncias em que o estupro se verificou.

Seria insensibilidade, a meu ver, distante dos verdadeiros contornos em que o fato se deu, para não vislumbrar que aqui a presunção é relativa e não absoluta, já que a possibilidade de ser a vítima alienada ou débil mental, restou afastada.

Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente erga omnes, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal questão, ressalva essa que faço questão de anotar.

Deixo de acrescentar quaisquer outros adinículos,

Supremo Tribunal Federal

331

HC 73.662-9 MG

porque me satisfaço com o voto do Relator, a que agora se acrescenta o exato e circunstanciado pronunciamento do Ministro Francisco Rezek.

Meu voto, portanto, acompanho o do e. Relator.



332

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73.662-9 MINAS GERAIS

V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Marco Aurélio, Relator, e aos demais Srs. Ministros que o acompanharam, para divergir.

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as consequências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Cód. Penal, art. 224, a).

0016420200
0349073660
0230415610

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer.

Li, enquanto votava um dos eminentes Colegas, as declarações que foram prestadas pela menor, em Juízo. Vou ler,

monito

STB-002.002

Imprensa Nacional

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

333

Sr. Presidente, para os Srs. Ministros tais declarações (16).

Na verdade, a menor afirmou que "pintou vontade" de realizar o coito. Quando, entretanto, teria "pintado essa vontade"? Montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos, e ora paciente a passar a mão no seu corpo. Ora, menina-moça, de 12 anos, depois disso, teria que ter vontade de realizar o ato sexual. Não "pintaria vontade" se ela não fosse humana, quase mulher.

O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias.

Diz ela, ainda, está nas declarações que li para os eminentes Ministros, que não tem medo de pegar AIDS e que depois veio a se relacionar com outro homem.

Quem presta tais declarações não é capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina-moça se preocupa em parecer mulher de vida livre. Isto decorre, repito, da imaturidade. Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circunspecta. *W. L. S.*

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

334

O Desembargador Alves Braga, do Tribunal de Justiça de São Paulo, eminente magistrado, em voto que proferiu naquela Corte, lecionou:

"Não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança, sem esquecer que a cada etapa do seu desenvolvimento, à medida que se lhe abrem novos horizontes, com inovações e novas descobertas, ela forma a sua unidade que outra coisa não é senão a reunião de fragmentos "feitos de contrastes e conflitos". É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida da perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. Outra, pois, não foi a razão pela qual o legislador amparou o menor, negando validade ao seu consentimento, como ocorre na hipótese do art. 224 do Código Penal." (TJSP, RJTJ/SP 23/466, ap. Alberto Silva Franco e outros, "Cód. Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", 4ª ed., RT, pág. 1337).

O Supremo Tribunal Federal está tomando, neste caso, decisão das mais importantes, dado que, *de lege lata*, e

mutatis

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

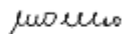
335

menor tem a proteção da lei, proteção, aliás, em casos como este, que decorre da própria Constituição Federal, que estabelece, no § 4º do art. 227, que "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente". Hoje, sabemos todos, a imprensa noticia, organizações não governamentais nacionais e internacionais reclamam do governo brasileiro medidas e providências rigorosas contra a prostituição infantil, contra a exploração sexual de menores.

A norma inscrita no § 4º do art. 227, da Constituição Federal — "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" — determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, §, do Cód. Penal, a maior amplitude.

Sr. Presidente, com estas breves considerações, peço vênias aos eminentes Colegas que concederam a ordem para, divergindo, indeferir o writ.

É como voto.



Supremo Tribunal Federal

336

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

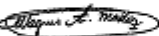
HABEAS CORPUS N. 73.662-9
 ORIGEM : MINAS GERAIS
 RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
 PROC. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO
 IMP. : PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO
 COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro que lhe imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezak. 2a. Turma, 16.04.96.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezak e Maurício Corrêa deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro e do voto do Senhor Ministro Carlos Velloso indeferindo o pedido, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Presidente. 2a. Turma, 14.05.96.

Presidência do Senhor Ministro Nêri da Silveira.
 Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezak e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.


 Wagner Amorim Madoz
 Secretário

Supremo Tribunal Federal

337

21.05.96
HABEAS CORPUSSEGUNDA TURMA
Nº 00736629/130QUESTÃO DE ORDEM
(Proposta de remessa ao Plenário)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): -
Tenho questão preliminar a submeter à Turma. Como já deliberou a Turma, em outras oportunidades, é possível, regimentalmente, no curso do julgamento, afetar ao Plenário a causa. Cuida-se, aqui, efetivamente, de matéria de maior importância. Sobre ela, há decisões do Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes, com julgamentos de ambas as Turmas.

O presente julgamento não está concluído, o que é bastante ao cabimento da proposta ora feita, diante da significação da "quaestio juris". Com isso, dar-se-ia ao Plenário oportunidade de julgar a espécie, daí resultando firmar a Corte sobre a matéria orientação atualizada, o que não se poderia, desde logo, asseverar resulte de decisão meramente majoritária de Turma.

Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir de posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões.

Tenho considerado sempre de meu dever, como Presidente da Turma, zelar para que as questões de real importância, que nela se apreciam, sejam encaminhadas ao Plenário ou, ainda, quando exista divergência efetiva entre as Turmas da Corte. Convém sempre, pelo reflexo do julgamento na sociedade e para esta, que o Plenário julgue a causa e trace a orientação do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é um tribunal que define princípios. Assim, se esta matéria tem o relevo que realmente possui, e que já se depreende do noticiário sobre o início do julgamento pela Turma, importante é que a decisão seja tomada pelo Plenário.

D. Neri

RCA /

0018430200
0140073660
0230515750

Escreva o nome e o local

338

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73.562-9 MINAS GERAIS

V O T O

SOBRE PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, como Relator, poderia ter acionado o Regimento Interno e afetado, de imediato, este processo ao Plenário, como venho procedendo toda vez que discutimos questão a envolver tema de estatura maior, versado em reiterados processos e, preferencialmente, de índole constitucional. Não o fiz, porquanto me vi diante de um caso no qual, considerada a tese que sustentei, encontramos não só corrente doutrinária de peso, Helene Fragoso e Magalhães Noronha, como também provimentos emanados de outros tribunais, revelando que a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal é relativa, quando a vítima tem menos de quatorze anos.

Iniciamos o julgamento; fiz um relatório circunstanciado; e cheguei, porque V. Ex^a. me autorizou a tanto, a proferir voto sobre o pedido formalizado na inicial do habeas-corpus. Creio que o voto também se mostrou circunstanciado, fundamentado. V. Ex^a. apartou-me, inculcando-me, talvez, o reexame da matéria probatória na via estreita do habeas; e surgiu, àquela altura, uma discussão, no âmbito da Turma, um pouco mais acalorada, quando o Ministro

0010420200
0349073690
0230615970

Supremo Tribunal Federal

MC 73.662-2 MG

339

Francisco Rezek antecipou-se e pediu vista dos autos. S. Ex.^a. levou-os para estudo; trouxe-os posteriormente, proferindo voto acompanhando o Relator. Seguiu-se o voto do Ministro Maurício Corrêa, em idêntico sentido, alcançando-se, com isso, por maioria, a concessão do habeas-corpus. V. Ex.^a. tomou o voto do Ministro Carlos Velloso, que foi no sentido de indeferir a ordem pleiteada, e pediu vista do processo, creio, para nos brindar com voto fundamentado sobre o assunto.

Senhor Presidente, cabe, aqui, indagar: é razoável - e este é um princípio constitucional implícito - pensarmos, com três votos concedendo a ordem, no deslocamento deste habeas-corpus para o Pleno? Isso gerará perplexidade, tendo em vista que o Impetrante e, também, o meio acadêmico, em virtude da veiculação do caso pelos jornais, pelos periódicos, vêm acompanhando o julgamento com uma certa expectativa.

Não me sentiria à vontade em acolher a proposta formulada por V. Ex.^a., para deslocar este processo ao Pleno em face ao quadro até aqui patente: a Turma, por três votos a dois, está concedendo a ordem.

Há seis anos neste Tribunal, foi o primeiro processo que me foi distribuído versando sobre essa matéria. Aliás, muitos são os habeas-corpus e perdemos as terças-feiras, praticamente, apenas os julgando, o que, sob a minha óptica, impede a apreciação de processos que deveriam merecer uma atenção maior do Tribunal. Tenho mesmo, na bancada, processos que praticamente há um ano estão aguardando pregão. Isso tudo acontece porque persiste o entendimento de que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, ainda que não possua a qualificação de superior.

Supremo Tribunal Federal

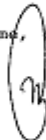
HC 73.662-9 MG

340

Não creio, Senhor Presidente, que haja repercussão maior; não creio que possamos colocar em jogo, suscitar um paradoxo, deslocando, após colhidos quatro votos, este processo ao Pleno.

Peço vênia a V. Ex^{ta}. para pronunciar-me, como Relator, de modo contrário à proposta.

É o meu voto.



341

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 73.662-9 MINAS GERAISV O T O

S/ PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Senhor Presidente, data venia, também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a proposta de remessa ao Pleno, porque a votação já havia iniciado, com 4 votos já preferidos, até mesmo para a segurança das partes que integram este habeas corpus.

0018420200
0345073560
0730715680



STF 162/002

342

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73.662-9 MINAS GERAIS

VOTO 6/PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: Sr. Presidente, peço vênia aos eminentes Colegas que não concordam com a proposta de remessa do feito ao Plenário, para deferi-la e o faço tendo em vista, por primeiro, a importância da questão.

Na verdade, nesses dois últimos dias, efetivei pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal e não encontrei nenhuma decisão, em "habeas corpus", a respeito desse tema. Ressalvo que essa pesquisa não foi profunda, tendo em vista o curto espaço de tempo. Parece-me, que é a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal se manifesta, em "habeas corpus", a respeito da tese de direito inscrita no art. 224, alínea g, do Código Penal.

A questão assume feição constitucional, conforme lembrei no meu voto. A Constituição Federal, no art. 227, § 4º, estabelece como determinação ao legislador e roteiro para o intérprete que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente". De modo que a Corte Constitucional, na sua composição integral, deve conhecer da questão. *Carlos Velloso*

HC 73.662-9 MG

343

Em segundo lugar, peço licença para deferir a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, tendo em vista que a decisão não seria inédita. V. Exa. esclareceu que há precedente no sentido de, não encerrado o julgamento, ser possível a afetação da questão ao Plenário. A decisão não seria, portanto, desarrazoada, dado que o órgão fracionário, a Turma, integra o Colegiado. Então, por que não permitir que toda a Corte se manifeste?

Tendo em vista o precedente e a natureza da questão, peço licença aos Colegas que divergem para acolher a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, e afetar o julgamento do "habeas corpus" ao Plenário. *João*

Supremo Tribunal Federal

344

21.05.96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

VOTO
(VISTA)

O SENHOR MINISTRO NERI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): -
Em 10 de fevereiro de 1992 (fls. 20v.), na comarca de
Carmo de Minas, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Márcio
Luiz de Carvalho, ora paciente, pela prática do seguinte fato
delituoso (fls. 20):

"Em meados do mês de novembro de 1991, a menor M. A. N.
(qualificada nos autos às fls. 6) iniciou um
relacionamento com o denunciado, saindo e
encontrando-se com o mesmo.
Logo no segundo encontro, o denunciado que possui uma
moto, dirigiu-se à cachoeira da barra, neste município
e naquele local praticou relações sexuais com a menor
tendo o ACD de fls. 4 constatado ruptura do hímen.
O último encontro verificou-se em data de 13 de
dezembro de 1991, quando o denunciado insistiu com a
menor para que saísse com ele, quando mantiveram
relações sexuais."

0015420200
0349073662
0230813500

A menor possuía, à época, doze anos de idade. O
paciente foi denunciado pelo crime do art. 213, combinado com o art.
224, letra "a", do Código Penal, ou seja, por estupro, presumida a
violência, porque a vítima não era maior de quatorze anos.

Após processamento regular do feito, o magistrado de
primeiro grau, na sentença, condenou o paciente, havendo o acórdão do
colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmado
(fls. 142/143):

"No mérito, a meu sentir, é de se confirmar a sentença
condenatória, vez que provadas se encontram a autoria e a
materialidade do crime.

Código é que, 'nos delitos de natureza sexual, a

J. M. N.

Supremo Tribunal Federal

2

345

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

palavra da ofendida, apontando seu ofensor, constitui a pedra angular da acusação, quando corroborada por elementos de prova' (RT 526/402).

'In casu', a palavra coerente a firma da vítima (fls. 09/09v. e 50/51) encontra ressonância em elementos circunstanciais de indiscutível relevo, os quais exsurgem, principalmente, do exame de corpo de delito de fls. 07/07v. e dos depoimentos de Maria Madalena de Paula (fls. 16/16v. e 52) e de Henrique Ambrósio de Souza (fls. 64), pelo que, sem se esquecer da confissão do recorrente (fls. 12/12v. e 32/32v.), inadmissível é o acolhimento da pretensão absolutória."

Sustenta-se, entretanto, que, não obstante tivesse a vítima doze anos de idade - e esse é fato documentado nos autos - à época da ocorrência, eis que nascida a 21 de outubro de 1979 (fls. 26), não incide, na espécie, o art. 224, "a", do Código Penal, que preceitua: "Presume-se a violência se a vítima: a) não é maior de quatorze anos". Alega-se que a menor de doze anos aparentaria mais de quatorze anos e teria consentido quanto a manter relações sexuais com o paciente, então, com 24 anos de idade.

A sentença examinou esses dois aspectos de fato da defesa (fls. 92/94), nestes termos:

"Diante das informações coletadas na instrução, optei por uma maior dilação probatória para o fim de se conhecer o estado psíquico da vítima, sendo que os peritos chegaram à conclusão de que ela não é portadora de doença mental, mas tem comportamento instável e 'percebe-se também seu narcisismo e exibicionismo, com fantasias no campo sexual'. 'Encontra-se emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do ego', fls. 110.

Como se pode verificar, a vítima, embora não tenha problemas de ordem mental, o tem de ordem psicológica.

Ora, se a vítima tem problemas de ordem psicológica bem poderia ter mentido a idade ao réu, mas a este, por seu turno, caberia também, já que tinha 24 anos à época dos fatos, avaliar o comportamento da vítima antes de aceitar, - se é que assim realmente aconteceu -, o convite da menor para a relação sexual.

Assim agindo, assumiu o risco supondo e acreditando

J. M. N. i

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

que a menor tivesse 16 anos de idade.

Agiu com dolo eventual.

Vejamos o que diz a jurisprudência:

"Age com dolo eventual quem mantém conjunção carnal com menor de 14 anos, na suposição de ter ela idade superior a essa". RT 522/358;

"Quem age na dúvida, age por sua conta e risco. Somente circunstâncias capazes de gerar fundada e séria convicção por parte do agente podem ser atendidas". RTJESP 38/264;

"A presunção de violência não cede ante o fato da vítima aparentar mais idade. Sobre ser enganoso tal critério, a lei presume que o menor de 14 anos é incapaz de consentir, seja qual for a aparência física, levando em conta o desenvolvimento mental...". RT 499/310;

"O erro do agente, no que se refere à idade da vítima de estupro, é indiferente, valendo notar que a simples dúvida não exclui a presunção de violência, posto que, nessa hipótese subsiste dolo eventual". RT 492/310;

"A incapacidade de consentir é o elemento que identifica a violência ficta no caso de estupro de menor de 14 anos", DJU 23.6.1983, p. 4.429.

Finalmente, "exatamente por serem as jovens menores de 14 anos mais sujeitas, por sua inexperiência, a ceder aos primeiros impactos amorosos, é que dá a lei maior proteção. A sua deficiente resistência é característica normal da insegurança de sua idade, em que o psiquismo se acha alterado ante as razões biológicas que o impulsionam e que lhes abrem um novo campo de visão da vida" RT 407/106.

Mais: é irrelevante o assentimento ou a adesão da vítima ou ainda de eventuais provocações por parte dela. O fundamento da ficção legal da violência, no caso dos

J. Néri

Supremo Tribunal Federal

347

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

adolescentes, é a 'innocentia consilii' do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento.

Por derradeiro, considerando tudo o quanto foi exposto, mais a prova de que a vítima tinha apenas doze anos quando das práticas sexuais, considerando, ainda, que o acusado confessou espontaneamente a prática delitosa, julgo procedente a denúncia e condeno MÁRCIO LUIZ DE CARVALHO como incurso nas penas do artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea "a", do Código Penal."

É de anotar, assim, que, no exame das provas, a sentença não assentou que a menor aparentasse mais de doze anos de idade, como se pretende na inicial do habeas corpus. Ao recusar, por fundamentos jurídicos, a alegação da defesa, afirmou, inclusive, que isso seria, no ponto, irrelevante.

De tal modo, esse fato não há, desde logo, de ser, aqui, em habeas corpus, invocado, para afastar as decisões das instâncias ordinárias. Não caberia, ademais, em habeas corpus, pretender reapreciar as provas do feito criminal, em ordem a poder sustentar a tese de a menor possuir aparência de pessoa com mais de quatorze anos. À evidência, a fotografia de fls. 19, trazida com a inicial, nada prova, desde logo, por absoluta falta de identificação das seis meninas que nela são vistas e da data a que corresponde. Nem seria invocável mera afirmação de uma testemunha da defesa, companheiro do paciente.

Está no parecer da Procuradoria-Geral da República, às fls. 169/170:

"Incontáveis são as decisões desta Corte Suprema no sentido de que o 'habeas corpus' não é meio idôneo para, através do 'exame aprofundado de fatos e provas', se chegar a um entendimento diverso daquele obtido pelas instâncias ordinárias (apenas para citar algumas decisões mais recentes, Habeas Corpus 71.151-6; 72.191-5; 72.260-1; 72.601-1; 72.696-8)."

Nessas circunstâncias, nenhum relevo possui a alegação da inicial, desacolhida na sentença, conforme acima transcrito.

Além disso, decidiu o Tribunal de Justiça de São

J. M. S.

Supremo Tribunal Federal

348

5

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

Paulo: "Ignorância, dúvida ou incerteza do réu quanto à idade da vítima de crime contra os costumes não o favorece, por subsistir o dolo eventual, apto, por si, a testificar a violência ficta" (Rel. Des. Azevedo Francheschini - RT 536/307). Noutro aresto, relator Des. Marinho Falcão, o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: "Ainda que o agente tivesse dúvidas quanto à idade da vítima, isso não o beneficiaria. Consoante o magistério de Hungria: 'Quem age na dúvida, age por sua conta e risco', é como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*" (Comentários ao Código Penal, Forense, 1947, VIII/228) (RTJSP 82/375)".

Ensina, no particular, Nelson Hungria ("op. cit.", págs. 227/228):

"O que decorre é o seguinte: no caso da letra "a", a simples dúvida (dolo eventual) quanto à idade da vítima não exclui a presunção de violência (...). Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela dúvida (que é o princípio da sabedoria). Ora, quem age na dúvida, age por sua conta e risco, e, como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*."

A posição adotada pela sentença e o acórdão guardam conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do Recurso Extraordinário Criminal nº 116.649 - PR, a Primeira Turma, por votação unânime, relator o ilustre Ministro Octávio Gallotti, decidiu em aresto assim ementado (RTJ 127/343):

"Estupro cometido contra vítima que não é maior de catorze anos (artigos 213 e 224, "a", do Código Penal). Presunção legal de violência, que não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida. Recurso provido, para condenar-se o réu."

Guidava-se, então, de hipótese em que as decisões de primeiro e segundo graus, referindo, também, lições de Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso, sustentavam tratar-se de presunção

J. M. M.

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

relativa a da alínea "a" do art. 224, do Código Penal. Na sentença, o magistrado havia afirmado, com a confirmação da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, acerca dos fatos (RTJ 127/347):

"Com efeito, não se faria justiça condenando Ambrósio Dovhl, uma vez que a violência ficta deve ceder diante da análise probatória realizada, em que se verificou, pelo ambiente e circunstâncias em que vive, que Otilia Silveira dos Santos não desconhece os assuntos do sexo, e não sofreu pernicioso influência do acusado para que praticasse com ele o ato sexual. Invoco, uma vez mais, o princípio da imediatidade, complementar da oralidade, que implica no dever de o juiz tomar contato imediato e pessoal com os meios de prova, sobretudo a prova oral (não adotado com rigor formal no Código de Processo Penal). Este magistrado pôde captar, ao ouvir a ofendida, que seu olhar e maneira de falar não são os mesmos de uma menina de 13 ou 14 anos; percebeu-se que a vida já lhe ensinou muito mais."

Pois bem, a Primeira Turma conheceu do recurso extraordinário, por divergência do aresto recorrido com julgados do STF e de outros Tribunais, e lhe deu provimento para condenar o recorrido. Começou por invocar aresto desta Segunda Turma, no Habeas Corpus nº 51.500 (RTJ 68/375), assim amentado:

"1. Estupro cometido mediante violência presumida (Código Penal art. 224, 'a'). O consentimento da ofendida e sua experiência sexual anterior não desconstituem a tipicidade de tal fato criminoso. 2. Dolo intenso, ou brando e qualquer matéria envolvida em prova não podem ser objeto de apreciação em processo de habeas corpus (Rel. Min. Antonio Neder, RTJ 68/375)."

No precedente referido desta Turma, adotara-se este fundamento (RTJ 68/376):

"4. Por outro lado, como também apontado pela veneranda

J. Nêr

Supremo Tribunal Federal

350

HABRAS CORPUS

Nº 00736629/130

decisão condenatória, irrelevante se apresenta, na espécie, o consentimento da menor ou a conclusão dos peritos sobre a atividade sexual anterior da ofendida, pois tanto não ilide a tipicidade do crime em tela, máxime considerando que o apelado por mais de uma vez possuía a menor e o fato de, eventualmente, antes de alcançar a idade de doze anos, ter sido ela vítima de outro ou outros estupros em nada o beneficia."

Em seu voto no RECr nº 116.649 - PR, o ilustre relator Ministro Octávio Gallotti ainda anotou (RTJ 127/353), "verbis":

"A questão foi também situada, com perfeição, no segundo paradigma apontado pelo Recorrente, qual seja aquela do Tribunal de Santa Catarina que incorpora, por sua vez, o magistério da Corte do antigo Estado da Guanabara, este da lavra do saudoso e eminente Desembargador Roberto Medeiros:

"Em razão disso, o Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara, em acórdão da lavra do grande juiz, que é, não há negar, o Des. Roberto Medeiros, assentou: 'O que faz presumir a violência não é nenhuma presunção de inocência. A inocência, assim como a honestidade, não é elemento do crime de estupro. Até a mulher de porta aberta pode ser sujeito passivo dele. A ausência de consentimento é que o caracteriza'.

Na hipótese do art. 224, "a", do Código Penal, o fundamento da presunção de violência é a incapacidade de consentimento. A lei nega validade do consentimento, firmando em relação ao menor um dever absoluto de abstenção (Manzini, vol. 7, pág. 268), sendo irrelevantes até mesmo a iniciativa ou provocação da vítima para o ato sexual (Hungria, vol. III, pág. 222), assim como 'o estado de corrupção ou de virgindade da menor' (Manzini, vol. 7, pág. 263; Manfredini, 'Delitti contro la moralità pubblica e il buono costume', pág. 145; Paul Seger, 'Commentaire du Code Penal Suisse', Partie Speciale, vol. I, pág. 331). (RJ 397, pág. 354)". (fls. 117/8).

J. M. G.

Supremo Tribunal Federal

351

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

A consideração de que a elaboração da lei penal haja tomado "como fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes" a "innocentia consilii", como expresso no item 70 da respectiva exposição de motivos, não autoriza o magistrado a substituir a atividade do legislador, na avaliação desse pressuposto. Assim é, porque o Código fixou, ele próprio, a idade, e, de modo algum, deixou, ao critério aplicador, a aferição, em cada caso, da maturidade da menor.

A lamentável realidade de que novelas e outros espetáculos transmitidos por televisão abordam, com naturalidade, cenas reprováveis - como anotado pela sentença - não pode conduzir à descriminalização desses fatos pelo Juiz, até mesmo porque, a prevalecer essa permissividade, os meios de divulgação já teriam derrubado considerável parte da legislação penal, no capítulo referente aos costumes e em outros domínios. Mas, aos meios de comunicação, ainda não é dada o poder de revogar as Leis do País.

Em relação ao menor de quatorze anos, segundo o Código vigente, não há como cogitar do consentimento válido que - só ele - poderia afastar a tipicidade do estupro, cuja prática ficou, na espécie, nitidamente caracterizada.

Conheço do Recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente a ação penal e condenar o Réu, ora Recorrido, à pena mínima de 3 (três) anos de reclusão, de acordo com o art. 213, combinado com o art. 224, "a", ambos do Código Penal."

Idêntica orientação seguiu a Primeira Turma, no RECr nº 108.267 - PR, relator o Ministro Sydney Sanches (RTJ 130/803-817), a 21.3.1989.

Proclamou, com inteira adequação à teleologia da norma em exame, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator o Des. Thomaz Carvalhal ("in" Revista dos Tribunais, vol. 348, págs. 81 a 83): "A leviandade de uma menor de quatorze anos não autoriza ninguém a aproveitar, satisfazendo seus instintos sexuais. Sua imaturidade para consentir em ato de tal relevo para sua vida, torna crimínosa a ação, pela qual seu autor responde penalmente".

Recolha o acórdão da Primeira Turma, no RECr nº 108.267, na mesma linha, o aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 444, págs. 296 e

J. M. S.

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

297, relator o Des. Carlos Ortiz, entre cujos fundamentos se lê, "verbis" (RTJ 130/813-814):

"De qualquer modo, como bem observa Magalhães Noronha, 'até 14 anos, o menor, via de regra, não tem capacidade para avaliar o ato incriminado. Acha-se em uma fase em que está operando a transição fisiológica da puberdade, em que o organismo passa por uma série de mutações e perturbações, acarretando-lhe não só a instabilidade física, como psíquica. O temperamento é vário e versátil; o caráter ainda não se formou. Nesse estado, de metamorfismo, a personalidade está por se definir, sendo a menor presa fácil, um joquete nas mãos do adulto. Ainda que este seja provocado, embora seja a menor que o incite e o convida ao ato, sobram razões para não se aceitar aquele procedimento como plenamente consciente e válido, traduzindo, destarte, um querer espontâneo, livre e cabal. Seria inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantivesse coito carnal com menor de 14 anos, porque provou ser ela fácil e namoradeira. Não será o bastante. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, essa menor merece toda a proteção legal'. Conclui, mais adiante, o mestre: 'prova o réu que foi seduzido, se a menor não ultrapassou os 14 anos, não fugirá à pena'. (Código Penal Brasileiro Comentado, vol. VII, ed. 1954, nº 137, págs. 375/376). Nem é outro o entendimento jurisprudencial sobre a matéria (RT, vols. 407/102 e 106 e 410/127; 'Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça', vols. 4/303 e 10/308), inclusive no tocante à irrelevância do consentimento da vítima, menor de 14 anos (RT vols. 389/209 e 397/353); Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça, vols. 4/303, 11/498 e 16/441" (RT 444, pág. 297).

Nesse sentido, anotou, no precedente mencionado, o ilustre Ministro Sydney Sanches (RTJ 130/816):

"A teleologia da norma penal é a defesa da menor. E essa tutela não pode ser ignorada mesmo quando alegadas experiências anteriores da menor. O contrário seria incentivar a prostituição infantil, pela impunidade que criaria.

Como diz o recorrente, citando o Professor João

J. M. S.

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

Mestieri, "no estupro ficto tem-se um dever geral de abstenção de relações sexuais imposta aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade."

Nesse sentido, escreveu também Paulo José da Costa Júnior: "Não invalida o crime o fato de a ofendida não ser mais virgem, ser leviana, fôcil e namorada, ou tiver liberdade de costumes", referindo, no particular, numerosas fontes jurisprudenciais (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, 1989, vol 3. pág. 130).

Não logra, desse modo, também, maior relevo, a tão invocada expressão da vítima de que "assim agiu porque 'pintou' vontade" ou estoura "que não tem medo de pegar AIDS e nem de engravidar", reproduzidas na sentença (fls. 91). Não é menos certo que, no primeiro depoimento, informou que por medo, subiu na carona da moto do paciente, quando este determinou.

Está, de outra parte, em uma rápida incursão pelos documentos, no "laudo psicológico", às fls. 83: "Seu comportamento é instável, com falta de perseverança nas atividades, reagindo de forma imatura às estimulações ambientais. Percebe-se também seu narcisismo e exibicionismo, com fantasias no campo sexual. (...). Encontra-se emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do ego."

Na compreensão do art. 224, "a", do Código Penal, cumpre ter, assim, presente que se supõe a violência pela falta de consentimento válido, ou seja, pela incapacidade de consentir do sujeito passivo. Nessa linha, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Irrelevante haja acedido (menor de 13 anos de idade) ao primeiro convite de seu estuprador, se por presunção legal não tinha discernimento e liberdade de volição. O seu querer era viciado pela incapacidade de consentir". Já, por isso, advertia Viveiros de Castro, prove o réu que a ofendida consentiu; prove ainda o réu que a menor tinha uma inteligência perspicaz e viva, sabia perfeitamente o que fazia (...), conhecia teoricamente todos os segredos da voluptuosidade (...). O crime não muda de natureza, é estupro (...)." (RJTSP 28/400 e RT 460/327). O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, no Recurso Especial nº 15414, relator o Ministro Pedro Acíoli, decidiu em acerto assim ementado:

"A falta de consentimento válido é a essencial

J. M. A.

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

circunstância que confere ao artigo 224 a presunção 'juris et de jure', buscada para ter-se como real a violência presumida. Não há conceder que menores de quatorze anos, a quem não se permite validade de atos jurídicos tenha consciência plena para validar com o seu consentimento o ato em comento. É justamente a impossibilidade de o menor compreender em toda sua extensão o ato praticado, que afasta o consentimento válido, para excluir a incidência da norma penal. Falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Não pode falar-se, portanto, em consentimento pleno e livre; a consequência é a violência presumida." (DJU de 31.8.1992, p. 13653)

De todo o exposto, tenho, pois, que a exegese conducente a afastar a incidência do art. 224, letra "a", do Código Penal, quando a menor de quatorze anos manifestar consentimento em ato sexual, levaria a tornar impunes ações socialmente reprováveis, inaceitáveis e mesmo abjetas de elementos inescrupulosos que buscam satisfação sexual com pobres crianças, já desprotegidas, em razão da miséria material e do abandono moral e intelectual, que cercam a prostituição infantil. Bastaria, a seguir, para a impunidade, que a infeliz vítima, em razão de dinheiro ou de favores outros do sujeito ativo, ou mesmo por medo de represália, afirmasse que consentira na prática da conjunção carnal ou que provocara, para isso, o agente do ilícito. Tal interpretação, "data venia", - além de negar o texto da Lei, sua finalidade que é a proteção ao menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas, simultaneamente, exige, dos Poderes Públicos e das instituições privadas, a assistência moral e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana. O Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionalidade, cumprindo-lhe, destarte, não dar às leis interpretação que, aparentemente, atenderia a uma época de liberação sexual, mas que, em verdade, conduziria à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a

J. M. G.

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

crecente dissolução dos costumes. A lei quer dar proteção ao que não é maior de quatorze anos; não é cabível, portanto, conferir-lhe interpretação que terá como destino, evidentemente, favorecer os que buscam dar satisfação a seus instintos sexuais, fora do matrimônio ou de relação familiar estável nos termos da Constituição, procurando menores, quase sempre desamparados, ou fruto da liberação dos costumes, os quais, por sua imaturidade, seriam, ainda uma vez, vítimas da própria sociedade.

Com a devida vênia, mantenho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque é a que melhor atende aos objetivos da lei, à exigida proteção social aos menores de quatorze anos e aos interesses maiores da sociedade. Indefiro o habeas corpus.

af. Min.

BOA/

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.642-9

ORIGEM : MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.: MARCIO LUIZ DE CARVALHO

IMPES.: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

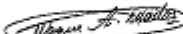
Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro que lhe é imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezek. 2a. Turna, 16.04.96.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek e Maurício Corrêa deferindo o *habeas corpus*, para absolver o paciente do crime de estupro, e do voto do Senhor Ministro Carlos Velloso indeferindo o pedido, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Presidente. 2a. Turna, 14.05.96.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma rejeitou proposta do Presidente, no sentido de afetar ao Plenário o julgamento do *habeas corpus*, tendo em conta a importância da matéria, vencidos os Ministros Carlos Velloso e o Presidente. Por maioria, a Turma concedeu o *habeas corpus* para absolver o paciente, vencidos os Ministros Carlos Velloso e o Presidente. A Turma determinou, ainda, a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente, se por ele não houver de permanecer preso. 2a. Turna, 23.05.96.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.


Wagner Amorim Madoz
Secretário

0018420200
0349071660
0240000010

ANEXO IV Acórdão do Habeas Corpus 93.263/RS

Supremo Tribunal Federal

950

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJE nº 065 Divulgação 10/04/2008 Publicação 11/04/2008
 Ementário nº 2314 - 5

19/02/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 93.263-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
 PACIENTE(S) : CLAUDIOMIRO DO AMARAL RAYMUNDO OU CLAUDIOMIRO
 DO AMARAL RAIMUNDO
 IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 CONTOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA EM RAZÃO DO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA: IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE QUATORZE ANOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro. Precedentes.

2. Habeas Corpus indeferido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de habeas corpus. Vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, Presidente.

Brasília, 19 de fevereiro de 2008.

Relatora
 CÁRMEN LÚCIA = Relatora



19/02/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 93.263-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
 PACIENTE(S) : CLAUDIOMIRO DO AMARAL RAYMUNDO OU CLAUDIOMIRO
 DO AMARAL RAYMUNDO
 IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de CLAUDIOMIRO DO AMARAL RAYMUNDO ou CLAUDIOMIRO DO AMARAL RAYMUNDO, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 27 de setembro de 2007, deu provimento a recurso especial do Ministério Público do Rio Grande do Sul e, em consequência, restabeleceu a condenação imposta ao Paciente em primeiro grau.

2. Tem-se, nos autos, ter sido o Paciente condenado pelo Juízo da 7ª Vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre - RS à pena de sete anos e seis meses de reclusão - a ser cumprida em regime inicial semi-aberto -, por infração do artigo 213 c/c os arts. 224, alínea a, e 226, inc. II, todos do Código Penal.

O Paciente teria mantido relação sexual com uma menor de treze anos de idade, sem emprego de violência ou grave ameaça, sendo que, dessa relação sexual, teria nascido uma criança.

Consta dos autos, ainda, que a vítima seria filha de uma pessoa que teria tido um relacionamento anterior com o Paciente.

Supremo Tribunal Federal

MC 93.263 / RS

3. O Paciente interpôs apelação, à qual deu provimento o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com fundamento no artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal ("não constituir o fato infração penal").

Este o teor do julgado:

"(...) 2. ESTUPRO PRESUMIDO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. 3. INCESTO. ATIPICIDADE.

(...) 2 - Consciente a menor com 13 anos de idade do ato sexual e aceitando suas consequências, derriba a presunção de violência contemplada no art. 224, 'a', CP, que tem natureza relativa. 3 - O incesto não está tipificado como crime no direito penal brasileiro. Recurso provido, por maioria" (fls. 152-159 do apenso).

4. O Ministério Público interpôs recurso especial contra essa decisão (Constituição da República, art. 105, inc. III, alíneas a e c), alegando que o art. 224, alínea a, do Código Penal "impõe um único requisito para a aplicação da violência presumida, qual seja, a vítima não ser maior de 14 anos" e, "em nenhum momento, expõe a possibilidade da relativização de tal regra, ante as condições pessoais da menor" (fls. 163-174).

Sustentou o Ministério Público, ainda, que a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - no sentido de que a presunção de violência seria relativa - divergiu da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça.

5. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial, com esses fundamentos:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 213 C/C ART. 224, ALÍNEA 'A', AMBOS DO CP. ESTUPRO FICTO, PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No estupro ficto, a norma impõe um dever geral de abstenção da prática de conjunção carnal com as jovens que não sejam maiores de 14 anos.

II - O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal (*Precedentes do STF e do STJ*).

Recurso provido* (fl. 202 - grifos no original).

6. É contra esse acórdão que se insurge a presente impetração.

A Impetrante defende, em síntese, que a presunção de violência seria relativa e deveria ser afastada no caso dos autos, pois: a) a vítima estava com treze anos à época dos fatos; b) a relação sexual teria sido consentida; c) não haveria informação alguma no sentido de que, ao tempo dos fatos, a vítima não teria capacidade de se determinar conforme suas ações (fl. 7); d) o Paciente teria tido um relacionamento anterior com a mãe da vítima, mas esta não teria demonstrado "qualquer tenor reverencial" em razão disso; e) que se deve dar "o valor devido ao depoimento" da vítima, que teria afirmado que o seu desejo não seria a punição do Paciente, mas, isto sim, que ele pudesse ajudar na criação do filho que nasceu em razão do ato sexual.

7. Inveca o julgamento do Habeas Corpus n. 73.662, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 20.9.1996, cujo teor é o seguinte:

"ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física ou mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea 'a', do Código Penal. *g*.

8. Requer, inicialmente, a absolvição do Paciente pela atipicidade do fato (Código de Processo Penal, art. 386, inc. III) ou, subsidiariamente, pela falta de prova suficiente para a condenação (Código de Processo Penal, art. 386, inc. VI) (fls. 8-9).

Em seguida, formula os seguintes pedidos:

"(...) requer-se (...) a concessão de medida liminar (...), de imediato, para o fim de obstar o Acórdão" objeto da presente impetração "que reformou o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tinha absolvido" o Paciente e, "ao final, a concessão da ordem de Habeas Corpus, desconstituindo o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, com consequente revigoração do Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (...)" (fls. 2-10 - grifos no original).

9. Em 7 de dezembro de 2007, indeferi a liminar (fls. 14-20) e determinei a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, que, em 20 de dezembro de 2007, opinou pelo indeferimento da ordem, ressaltando que o acórdão questionado está em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e que o "único argumento que poderia ser favorável ao paciente - o desconhecimento da idade da vítima -, não é cabível (tanto que nem trazido aos autos, pela defesa), uma vez que o autor conhecia a idade da enteada, na época em que cometeu o delito" (fls. 22-29).

10. Os autos vieram-me conclusos, com parecer, em 1º de fevereiro de 2008 (fl. 32).

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

EC 93.263 / RS

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. A exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem à denegação da ordem.

Conforme asseverou o Ministério Público Federal em seu parecer, é firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal - da qual não dissente o acórdão ora questionado - no sentido de que o eventual "consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro" (fls. 27-28).

Nesse sentido, entre outros, os Recursos Ordinários em Habeas Corpus ns. 80.613, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.5.2001;¹ e os Habeas Corpus n. 72.286, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJ 4.4.1997;² e 81.268, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 16.11.2001.³

¹ Leio do julgado:

"EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR ATENTADO VIOLENTO AO PUER COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR SER A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE (ART. 214 C/C ART. 224, A, DO CP). (...) PRETENSÃO DE AFASTAR-SE À INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELO COMPORTAMENTO DA MENOR. (...) Hipótese que (...) se harmoniza com a orientação desta Corte no sentido de que o consentimento de menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou de atentado violento ao pudor. Recurso desprovido."

² Tem-se no julgado:

"EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA (ARTIGOS 213 E 224, "A" DO CÓDIGO PENAL). (...) 5. O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, "a", do C. Penal). Precedente. 6. No caso, ademais, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão-somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão (artigo 224, "a", do C. Penal), visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a

2. Ressalte-se que, ao contrário do que sustenta a Impetrante, não aproveita ao Paciente o julgamento do Habeas Corpus n. 73.662, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 20.9.1996.

No julgamento do Habeas Corpus n. 74.983, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 29.8.1997, o eminente Ministro Marco Aurélio enfatizou que, no precedente de sua lavra invocado pela Impetrante - o Habeas Corpus n. 73.662 -, o fundamento que predominou foi a ocorrência de erro de fato quanto à idade da vítima, verbis:

"(...) creio que não se pode fugir ao princípio que direciona no sentido de examinar-se sempre a culpa ou o dolo do agente. O artigo 224 não elija do cenário jurídico essa óptica, ao indicar que se presume ocorrida violência quando a vítima é menor de quatorze anos. Foi com base, justamente, nessa premissa que a Segunda Turma, em acórdão que não se mostrou, no âmbito do Judiciário, pioneiro [Habeas Corpus n. 73.662], afastou, no caso concreto - que apresentava, repito, peculiaridades quanto ao total desconhecimento do agente em relação à idade da vítima -, a configuração do estupro."

incapaz de consentir. (...) 8. "H.C." conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido, cassada a liminar."

3. Esse julgado foi assim sintetizado:

"EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214); presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a); caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual; análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanchez, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98); orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir."

Supremo Tribunal Federal

RC 93.263 / RS

3. Assim, sendo irrelevante para a configuração do delito o consentimento da vítima menor de quatorze anos, somente seria possível falar em erro de tipo se houvesse comprovação de que o Paciente desconhecia a idade da vítima à época dos fatos.⁴

Ocorre que, conforme deixei consignado ao indeferir a liminar (fl. 20), a Impetrante sequer cogita de erro quanto à idade da vítima, nem isso fora firmado pelas instâncias de mérito.

4. Assinale-se, por fim, que a constatação de eventual erro quanto à idade da vítima, assim como a análise do pedido subsidiário, no sentido de que o Paciente seja absolvido por falta de provas suficientes para a condenação (fl. 9), demandariam profundo revolvimento de fatos e provas que perneiam a lide, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*.

5. Pelo exposto, voto no sentido de denegar a ordem.

⁴ Pertinente, nesse particular, outro precedente mencionado no parecer da Procuradoria-Geral da República, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 79.788, Rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 17.8.2001, do qual extrai, verbis:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUSINATO. (...) 2. O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade. 3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em *Habeas*. (...) Negado provimento ao recurso."

19/02/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 93.263-1 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Concedo parcialmente a ordem porque, para concluir no sentido da ocorrência do estupro como crime hediondo, leve em conta a conjugação prevista na Lei nº 8.072/90, a exigir - sob a minha óptica e sustentei isso no Plenário - a violência real, não apenas a violência presumida, muito menos quando a própria vítima revela haver querido o ato sexual.

Fico vencido, no que concedo parcialmente a ordem. O enfoque não altera a pena, mas os requisitos para a obtenção de outros benefícios.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 93.263-1

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S): CLAUDIONIRO DO AMARAL RAYMUNDO OU CLAUDIONIRO DO AMARAL

RAYMUNDO

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, Presidente. 1ª Turma, 19.02.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Ricardo Dias Duarte
p/Coordenador

ANEXO V Acórdão do Habeas Corpus 99.993/SP

Supremo Tribunal Federal
 Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 232 Divulgação 10/12/2009 Publicação 11/12/2009
 Ementário nº 2385 - 3

505

24/11/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 99.993 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
 PACTE.(S) : VALTER CABRAL DOS SANTOS
 IMPTE.(S) : ALEXANDRE KHURI MIGUEL E OUTRO(A/S)
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA.

Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 15.8.2008).

Ordem denegada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do relator.

Brasília, 24 de novembro de 2009.

JOAQUIM BARBOSA

- Relator



24/11/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 99.993 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
 PACTE.(S) : VALTER CABRAL DOS SANTOS
 IMPTE.(S) : ALEXANDRE KHURI NIGUEL E OUTRO(A/S)
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Valter Cabral dos Santos, figurando como coator o Superior Tribunal de Justiça.

Pelo que se extrai da inicial e dos documentos que a acompanham, o paciente foi condenado por atentado violento ao pudor (CP, art. 214, c/c os arts. 224, a, e 226, III) à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, sendo, por outro lado, absolvido da acusação de ter praticado o mesmo crime contra outra vítima.

Acusação e defesa apelaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a absolvição, bem como reconhecer a hediondez dos delitos e a continuidade delitiva entre eles,

507

Supremo Tribunal Federal

HC 99.993 / SP

ficando a pena final em oito anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 34-43).

Desse acórdão, a defesa impetrou o HC 66.846 ao STJ (rel. min. Og Fernandes), que denegou a ordem em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

"CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. ATENTANDO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ELIDE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. EXEGESE DO ART. 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. FALTA DE INTERESSE. BENEFÍCIO CONCEDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de vítima menor de quatorze anos, seu consentimento é irrelevante para a caracterização dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que a presunção de violência prevista no art. 224, 'a', do Código Penal tem caráter absoluto.

2. Com efeito, consoante entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, incluindo a violência presumida, como na forma qualificada pelo resultado lesão corporal grave ou morte, são considerados hediondos.

3. Falta interesse de agir dos impetrante no que diz respeito à progressão de regime, pois o Tribunal de origem deferiu o benefício, determinando que a pena fosse cumprida inicialmente no regime fechado.

4. Habeas corpus denegado" (fls. 16).

Na sequência, sobreveio o presente habeas corpus, por meio do qual se pede, liminarmente, a liberdade do paciente e, no mérito, a declaração de nulidade do acórdão atacado.

Para tanto, alega-se, em síntese, que o fato de uma das ofendidas ser "experiente" e ter consentido com a prática

Supremo Tribunal Federal

508

HC 99.993 / SP

dos atos imputados ao condenado impediria a configuração do crime de atentado violento em relação a tal vítima, uma vez que a presunção de violência prevista na alínea a do art. 224 do Código Penal seria relativa.

Prestaram-se informações (fls. 58 e 75).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 84-87).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Como bem observou o Ministério Público Federal,

"4. (...) a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, com pena de reclusão de 8 a 15 anos, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento ou não pode oferecer resistência. O novel diploma também revogou o art. 224 do Código Penal, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa. Desse modo, abandonou-se o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações.

5. É importante assinalar, contudo, que a situação do paciente não foi alcançada pelas mudanças promovidas pelo novo diploma, já que a conduta passou a ser tratada com mais rigor, sendo incabível a retroatividade da lei penal mais gravosa. Diante disso, in casu, persiste a controvérsia: saber se a presunção de violência, nos crimes de estupro contra menor de 14 anos, é absoluta ou relativa" (fls. 85-86).

Feitas essas considerações iniciais, anoto que o acórdão atacado está em harmonia com recentes precedentes desta Corte, segundo os quais,

"(...) É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior, não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro" (HC 94.818, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 15.8.2008).

510

Supremo Tribunal Federal

HC 99.993 / SP

Dai por que voto pela **denegação** da ordem, ficando prejudicado o pedido de liminar.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 99.993

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

PACTE.(S) : VALTER CABRAL DOS SANTOS

IMPTE.(S) : ALEXANDRE KHURI MIGUEL E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, à unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. 2ª Turma, 24.11.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

ANEXO VI Acórdão do Habeas Corpus 74.286/SC

Supremo Tribunal Federal

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D. J. 04.04.97
EMENTÁRIO Nº 1 6 6 3 - 0 2

390

22/10/96

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74286-6 SANTA CATARINARELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES
PACIENTE: CLAUDINEI HACKER
IMPETRANTE: ELIAS MATTAR ASSAD E OUTRO
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINAEMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.
ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. PRESUNÇÃO
DE VIOLÊNCIA (ARTIGOS 213 E 224, "A" DO CÓDIGO PENAL). CASAMENTO
DA VÍTIMA COM TERCEIRO: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 107, INC.
VIII, DO C.P.). DEFICIÊNCIA DE DEFESA.

"HABEAS CORPUS".

1. O pedido de "Habeas Corpus" não pode ser conhecido,
no ponto em que sustenta a extinção da punibilidade, pelo
casamento da ofendida, ocorrido posteriormente à sentença
condenatória e antes do acórdão que a confirmou.2. É que tal fato não constou dos autos em que proferida
a condenação e só foi ventilado com a presente impetração, como
expressamente admitido na inicial.3. Sendo assim, quanto a esse ponto, não pode, o
Tribunal prolator do acórdão impugnado, ser apontado como
autoridade coatora, pois nada constava dos autos a respeito do
casamento da ofendida com terceiro. Não se tratava, assim, de
questão que estivesse devolvida à sua consideração, mesmo de
ofício.4. Essa questão, portanto, pode ser suscitada, pela via
própria, perante o Tribunal competente.5. O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a
conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a
presunção de violência, para a caracterização do estupro
(artigos 213 e 224, "a", do C. Penal). Precedente.6. No caso, ademais, não se alega experiência anterior
da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas,
apenas e tão-somente, que consentiu na prática das relações
sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência,
pois a norma em questão (artigo 224, "a", do C. Penal), visa,
exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a
incapaz de consentir.7. Havendo o Defensor dativo praticado todos os atos que
se lhe poderiam exigir e tendo, inclusive, alcançado êxito
parcial com sua apelação, de que resultou considerável redução
da pena, e não se evidenciando, nos presentes autos, a alegada
deficiência de defesa, é de se repelir tal alegação.8. "H.C." conhecido em parte, e, nessa parte,
indeferido, cassada a liminar.01863020
03480740
02261000
00000100

371 102 002



Imprensa Nacional

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-6 SC

391

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, em parte, do pedido de "habeas corpus" mas, nessa parte, o indeferir, cassando a liminar concedida.

Brasília, 22 de outubro de 1996.

MOREIRA ALVES PRESIDENTE



SYDNEY SANCHES - RELATOR

Supremo Tribunal Federal

392

22/10/96

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74.286-6 SANTA CATARINA

RELATOR: MINISTRO SYDNEY SANCHES
 PACIENTE: CLAUDINEI HACKER
 IMPETRANTE: ELIAS MATTAR ASSAD E OUTRO
 COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):

O ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. WAGNER NATAL BATISTA, no parecer de fls. 241/250, resumiu a hipótese e, em seguida, opinou, nos termos seguintes:

*HABEAS CORPUS.
 ESTUPRO DE MENOR DE 13 ANOS DE IDADE.
 ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE FACE A
 ANUÊNCIA DA MENOR ÀS RELAÇÕES SEXUAIS.
 CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO, APÓS A SENTENÇA
 CONDENATÓRIA.
 CITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE
 PROCURA DO RÉU EM CURITIBA.

Trata-se de Habeas Corpus impetrado por advogados, em favor do paciente CLAUDINEI HACKER, pretendendo a anulação do processo penal no qual foi ele condenado à pena de 9 anos e 4 meses e 15 dias de reclusão pela prática de crime previsto no art. 213, c/c o art. 224, "a" do Código Penal, pelo Juiz de Direito da Comarca de Porto União, SC, condenação esta reduzida pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para 6 anos e 3 meses de reclusão.

Foi alegado:

- a. inexistência da tipicidade do crime de estupro, eis que teria havido, no máximo sedução da pretensa vítima, que teria aceito manter relações sexuais sob promessa de futuro casamento, não caracterizada a violência;
- b. ocorrência da extinção de punibilidade por posterior casamento da pretensa vítima com terceiro, sem sua manifestação acerca da continuidade do processo;

01863020
 03490740
 02862000
 00000240

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-E SC

393

e, nulidade do processo por ausência de citação válida do acusado, que apesar de constar como residente em Curitiba, lá não foi procurado.

Com a inicial foram apresentadas cópias do processo original.

Prestou a autoridade apontada como coatora suas informações (págs. 237/239).

Foi concedida pelo Presidente do STF medida liminar, face a alegação de extinção de punibilidade alegada.

É o breve relatório.

PRELIMINARMENTE

Foi objeto de exame, quer na primeira como na segunda instâncias, das matérias ora trazidas a consideração do STF, a primeira e a terceira alegação. Não se suscitou no impetrado a ocorrência da extinção de punibilidade decorrente do casamento da ofendida com terceiro. Entretanto, como dispõe o art. 61 do CPP que em qualquer fase do processo, o juiz, ao reconhecer extinta a punibilidade deverá decretá-la de ofício, poderia o impetrado tê-lo feito e por não fazê-lo, passou a ser o coator, no caso. Este é o entendimento desta Turma, como se pode ver da seguinte ementa:

"EMENTA: HABEAS CORPUS - MENORIDADE DE UM DOS PACIENTES - FATO COMPROVADO - CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL PELA METADE (CP, ART. 115) - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CARACTERIZADO - RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA.

- Se o Tribunal estadual, quando do julgamento do recurso interposto pelo paciente, deixa de reconhecer e de proclamar, para efeito de extinção da punibilidade, a existência de prescrição penal já consumada, torna-se, ele próprio, órgão coator, justificando, assim, o conhecimento do habeas corpus pelo Supremo Tribunal Federal.

- Desde que demonstrada a menoridade do paciente, mediante prova documental idônea (certidão de nascimento), e ficando assim comprovado que tinha ele, a data do crime, idade inferior a vinte e um

HC 74.286-6 SC

anos, impõe-se reconhecer, em seu favor, para efeito de declaração da extinção de sua punibilidade, o benefício legal da contagem, pela metade, do lapso prescricional (CP, art. 115).
(HC n° 68256-DF, RELATOR MINISTRO CELSO DE MELLO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 17.05.91, pág. 06343).

A circunstância de já ter a Segunda Turma apreciado matéria semelhante, distanciando do anterior entendimento da Corte, até então unânime, como se vê do douto voto do Ministro Néri da Silveira, em anexo, sugere a conveniência de se afetar o julgamento do presente pedido ao Plêndrio da Corte.

NO MÉRITO

DA TIPICIDADE DO CRIME DE ESTUPRO

Respalçando-se em acórdão da Egrégia Segunda Turma deste Tribunal, de lavra do Ministro MARCO AURÉLIO, repelem os impetrantes a presunção de violência nos crimes contra os costumes, quando a vítima for menor de 14 anos, prevista no art. 224, "a", do Código Penal. Citam o recente aresto prolatado no HC n° 73.662-9, que teve a seguinte ementa:

COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.
ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerando o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.
ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance do artigo 213 e 224, alínea

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-6 SC

395

"a", do Código Penal." (DJU de 20-09-96, págs. 34.535).

Dos precisos termos da norma legal infere-se ser a presunção de violência "jure et de jure", ou seja: absoluta. O dispositivo não permite interpretação outra.

Além da hipótese de erro, somente poderia ser afastada a aplicação da regra se fosse a mesma inconstitucional. O ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, do Colendo Superior Tribunal de Justiça em voto condutor do REsp n° 46.424-2-RO, entendeu que:

A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não transige com a responsabilidade objetiva e, muito menos, a responsabilidade por fato de terceiro. Além do mais, consequência lógica, impõe-se a culpabilidade (no sentido moderno do termo), ou seja, reprovabilidade ao agente da conduta delituosa.

Em consequência, não há, pois, como sustentar-se, em Direito Penal, presunção de fato. Este é o fenômeno que ocorre no âmbito da experiência. Existe, ou não existe. Em consequência, não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato) o crime existe, ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224, do Código Penal. Que se ausente a pena, ocorrendo as hipóteses ali inseridas, tudo bem. Presumir violência é punir por crime não cometido!

Em "Direito Penal na Constituição", São Paulo, RT 1990, pág. 77, escrevi:

"Se a infração penal é indissolúvel da conduta, se a conduta reflete a vontade, não há como pensar no crime sem o elemento subjetivo.

O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa.

Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material.

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-6 SC

396

Consequência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.

O Código penal, com a redação vigente da Parte Especial, adotou a linha moderna. Depois de reeditar que o crime é doloso ou culposo (art. 18), registra no art. 19: pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que houver causado ao menos culposamente.

Cremos que se dá a norma questionada conteúdo inexistente. Ela simplesmente afasta a possibilidade de se atribuir à menor de 14 anos a possibilidade de consentimento válido, determinando em consequência que igualaria à violência real tal "consentimento".

Sendo o direito sistema, as normas legais devem ser examinadas em conjunto. Sendo absolutamente incapaz a menor de 14 anos não se pode dar relevância jurídica a sua vontade. Inexistindo ato de vontade haveria constrangimento que recebe a denominação de violência ficta.

A falta de consentimento válido é a essencial circunstância que confere ao artigo 224, a presunção "jura et jure", buscada para ter-se como real, a violência presumida. Não há conceber que menores de 14 anos, a quem não se permite validade de atos jurídicos tenha consciência plena para validar com seu consentimento o ato em comento. É justamente a impossibilidade do menor compreender em toda sua extensão o ato praticado, que afasta o consentimento válido. Falta ao menor a maturidade, quer mental, que física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Não pode fala-se, portanto, em consentimento pleno e livre, a consequência é a violência presumida.

Como já entendeu o STF:

*EMENTA: - ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, POR SER A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE (ARTIGOS 213 E 224, 'A' DO C. PENAL).

O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA, MENOR DE 14 ANOS, PARA A CONJUNÇÃO CARNAL, E SUA EXPERIÊNCIA ANTERIOR NÃO ELIDEM A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ESTUPRO (ARTIGOS 213 E 224, 'A', DO C. PENAL).

R.E. CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE, PARA QUE, APASTADA A TESE EM CONTRÁRIO DO ACÓRDÃO

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-6 SC

397

RECORRIDO, PROSSIGA O TRIBUNAL NA APECIAÇÃO DAS
DEMAIS QUESTÕES DA APELAÇÃO, INCLUÍDA AQUELA
RELATIVA AO ERRO QUANTO A IDADE DA VÍTIMA".
(RECR n° 108267-PR, RELATOR MINISTRO SYDNEY
SANCHES, PRIMEIRA TURMA, DJU de 05.05.89, pág.
7162).

Como já foi dito, anteriormente, somente o erro é
que poderia afastar, na forma do arts. 20 e 21 do
Código Penal, a aplicação da regra. Aqui não se alega
erro acerca da idade da vítima e nem se indica
relação concubinária que afastaria o entendimento
da proibição.

DA CITAÇÃO

Alegam os impetrantes que o oficial de justiça ao
tentar citar o paciente, para a ação penal foi
informado de seus novos endereços em outra cidade,
sem que tal fosse observado para a sua citação
pessoal, sendo que foi citado por edital.

A citação por edital se impõe-se ao oficial de
justiça, comparecer ao local indicado pelo próprio
réu. No caso, tal se deu, sendo, entretanto,
informado que o mesmo teria se mudado para outra
cidade, ignorando-se o endereço preciso. Os
familiares do réu indicaram apenas que o mesmo havia
se mudado para Curitiba, onde trabalhava como
soldador na Petrobrás, sem dar o seu novo endereço
(fls. 97, verso). Não encontrado o réu no endereço
constante do autos, e assim certificado pelo Oficial
de Justiça, justifica-se o decreto de sua revelia.
Válida, sem sombra de dúvidas, a citação por edital,
se o réu não é encontrado no local por ele mesmo
indicado como seu endereço e assim certificado pelo
Oficial de Justiça. No caso houve a tentativa de
citação em outra cidade, onde também não foi o réu
encontrado. Não há prova pré-constituída, como
contrato de trabalho, contrato de aluguel, contas
telefônicas, de água, ou luz que evidenciem ter o
paciente residido na época, na cidade de Curitiba,
que por ser uma metrópole com mais de um milhão de
habitantes impossibilitou a procura, sem endereço, do
paradeiro de qualquer pessoa.

DA EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO CASAMENTO DA
OFENDIDA COM TERCEIRO

Informa o impetrante que a ação penal foi julgada
por sentença publicada em 18 de janeiro de 1993 (fls.

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-6 SC

398

127) e que tomou ciência que em 23 de abril de 1993 a ofendida teria se casado com terceiro (fla. 52).

Tendo em vista que não teria a vítima se manifestado acerca da continuidade da ação penal, no prazo de lei, teria ocorrido a extinção de punibilidade, da forma prevista no art. 107, VIII, do Código Penal.

Lembre-se que aqui a ação penal foi pública condicionada, ou seja: seu titular é o Ministério Público e como tal a disponibilidade da ofendida cessou quando do oferecimento da denúncia (art. 25, do CPP).

Emprega a lei penal a expressão ação penal para indicar o processo até a sentença definitiva, passando a falar em recurso ou execução penal para as demais fases. Tal levou os deuses a entenderem:

"A extinção de punibilidade pelo casamento com terceiro só extingue a punibilidade se ocorrer durante a ação penal, pois é preciso que a ofendida requeira o seu prosseguimento. Nenhum efeito produzirá o casamento com terceiro depois da sentença definitiva."

(Heleno Cláudio Fragoso, "in" LIÇÕES DE DIREITO PENAL - A NOVA PARTE GERAL, 10ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, pág. 436).

"A extinção ora em foco deverá ocorrer durante a tramitação do processo criminal, pois é necessário que a ofendida abstenha-se de requerer o seu prosseguimento. O subsequente matrimônio, da ofendida com terceiro, após a prolação da sentença definitiva, não gera nenhum efeito."

(Paulo José da Costa Jr. "in" COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, VOL. 1, 1986, Editora Saraiva, págs. 501).

Como o casamento somente ocorreu após a prolação da sentença definitiva, não gerou nenhum direito ao acusado.

CONCLUSÃO

Não teria ocorrido, desta forma as alegadas nulidade, sendo o caso de denegar-se a ordem."

É o Relatório.



Supremo Tribunal Federal

MC 74.286-6 RC

399

VOTO



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):

1. O pedido de "Habeas Corpus" não pode ser conhecido, no ponto em que sustenta a extinção da punibilidade, pelo casamento da ofendida, ocorrido posteriormente à sentença condenatória e antes do acórdão que a confirmou, exceto quanto ao montante da pena.

É que tal fato não constou dos autos em que proferida a condenação e só foi suscitado com a presente impetração, como expressamente admitido na inicial (fls. 22, item 49).

Sendo assim, quanto a esse ponto, não pode, o Tribunal prolator do acórdão impugnado, ser apontado como autoridade coatora, pois nada constava dos autos a respeito do casamento da ofendida com terceiro. Não se tratava, pois, de questão que estivesse devolvida à sua consideração, mesmo de ofício.

2. Essa questão, portanto, pode ser suscitada, pela via própria, perante o Tribunal competente.

3. Quanto, ao mais, porém, acolho o parecer do Ministério Público federal.

4. Com efeito, como lembrado nessa manifestação, esta Turma, em acórdão unânime, de que fui Relator, no RECR nº 108.627-PR, DJU 05.05.89, pág. 7162, decidiu (R.T.J. 130/802):

01863020
03490740
02863000
01400330

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-6 SC

400

*EMENTA: - ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, POR SER A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE (ARTIGOS 213 E 224, "A" DO C. PENAL).

O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, "a", do C. Penal).

R.S. conhecido e provido, em parte, para que, afastada a tese em contrário do acórdão recorrido, prossiga o Tribunal na apreciação das demais questões da apelação, incluída aquela relativa "ao erro quanto a idade da vítima".

5. Lembro que, no caso, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão-somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir.

6. No que concerne à alegação de vício no procedimento de citação-edital, a questão foi bem enfrentada no parecer do Ministério Público.

A esse propósito, ponderou, ainda, o ilustre Desembargador NAPOLEÃO AMARANTE, Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao prestar as informações de fls. 238:

"Conforme consta do acórdão exarado na apelação criminal transitada em julgado, Claudinei Hacker foi procurado no endereço que ele mesmo declinou no caderno indiciário (fls. 14). Não tendo sido encontrado (certidões de fls. 36v.), o Oficial de Justiça, na sua diligência, recebeu informações de seus familiares acerca do endereço profissional, incompleto, em Curitiba/PR, junto à Petrobrás. Com expedição de carta-citação via correio (fls. 40/44) e, apesar de dirigida ao Departamento Pessoal daquela empresa, não foi possível implementá-la. Em

Supremo Tribunal Federal

HC 74.286-6 SC

401

decorrência desse inêxito, adveio a citação editalícia (art. 361, do CPP).

Somente quando do cumprimento do mandato de intimação para que o apenado ficasse ciente da sentença proferida, o Oficial de Justiça certificou que o Sr. Roberto, padrao do intimando, lhe informou que o mesmo poderia ser encontrado à Rua José A. Cordeiro, n.º 74, Bairro Pinheirinho, Curitiba/PR, fone 346-1326 (docto. de fis. 95v.). Antes, como se pode verificar nos autos, cuja cópia de todo o processo seguiu junto ao habeas corpus impetrado nesse Egrégio Pretório, foram tomadas todas as providências para a citação pessoal, o que não foi possível. Ademais, em nenhum momento ficou o paciente desamparado de qualquer defesa, pois foi lhe nomeado defensor dativo."

7. Aliás, silenciou o parecer do Ministério Público federal, quanto à alegação de que insatisfatória a defesa apresentada pelo Defensor dativo.

Mas esta igualmente improcede.

Com efeito, o Defensor dativo praticou todos os atos que se lhe poderiam exigir. E ainda teve êxito parcial na apelação, cujo provimento, em parte, ensejou a redução da pena, de nove anos, quatro meses e quinze dias de reclusão, para seis anos e três meses (fls. 237).

De qualquer maneira, os autos não evidenciam a ocorrência de prejuízo para o paciente.

8. Por todas essas razões, conhecendo em parte do pedido, nessa parte o indefiro, ~~carregado~~ a liminar.

Supremo Tribunal Federal

402

1ª TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 74286-6

ORIGEM : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES

PACTE. : CLAUDINEI HACKER

IMPTE. : ELIAS MATTAR ASSAD E OUTRO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Decisão: A Turma conheceu, em parte, do pedido de **habeas corpus** mas, nessa parte, o indeferiu, cassando a liminar concedida. Unânime. 1ª. Turma, 22.10.96.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves.
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Ricardo Dias Duarte.
Secretário

01863020
03490740
02864000
00000410

ANEXO VII Acórdão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.788/MG

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA 142
D.J. 17.08.2001
EMENTÁRIO Nº 2 0 3 9 - 1

02/05/2000 SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM
RECORRENTE: ANDRÉ LUIZ DE ABREU
ADVOGADO : ANILDO FABIO DE ARAÚJO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO.

1. Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo.

Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria.

2. O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo.

A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes.

No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade.

3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida.

Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes.

Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em Habeas.

4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII).

Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro.

Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

O recorrente só fez após o trânsito em julgado.

Negado provimento ao recurso.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na



*Supremo Tribunal Federal***143**

conformidade da ata de Julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em conhecer do recurso ordinário em Habeas Corpus, mas a ele negar provimento.

Brasília, 02 de maio de 2000.

NÉRI DA SILVEIRA - Presidente



NELSON JOBIM - Relator

Suprema - Tribunal - Federal

144

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM
 RECORRENTE: ANDRÉ LUIZ DE ABREU
 ADVOGADO : ANILDO FABIO DE ARAÚJO
 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Relator):**

O recorrente foi condenado por crime de estupro com presunção de violência (CP, art. 213, parágrafo único¹ c/c art. 224, alínea a², fls. 93, 95/96).

A pena foi de 09 (nove) anos de reclusão (fls. 95).

O Tribunal de Justiça reduziu para 06 (seis) anos de reclusão (fls. 134).

A revisão criminal foi indeferida (fls. 160).

O recorrente opôs recurso especial (fls. 161/162).

O Primeiro Vice-Presidente do TJ/MG negou seguimento (fls. 162).

¹ CP:
 Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
 Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
 Parágrafo único. Se a ofendida é menor de 14 (catorze) anos:
 Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

² CP:
 Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:
 a) não é maior de 14 (catorze) anos;

Suprema Tribunal Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

Essa decisão transitou em julgado (fls. 163).

O recorrente impetrou **habeas** neste Tribunal (fls. 02/24).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 174).

Em face da Emenda Constitucional 22/99, o processo foi remetido ao STJ (fls. 239).

O STJ indeferiu o **habeas** (fls. 262).

Leio na ementa:

"....."

I. Consoante entendimento pretoriano, na hipótese de crime de estupro cometido contra menor de 14 anos, nem mesmo o consentimento da vítima ou a sua anterior experiência elidem a presunção de violência.
 ...* (fls. 262).

Contra essa decisão, interpôs o presente recurso ordinário (fls. 264/269).

Alega:

(a) a atipicidade da conduta, por inexistência de qualquer delito sexual (fls. 267);

(b) erro quanto à idade da ofendida (fls. 269).

146

Suprema Tribunal Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

Finalmente, reitera os termos do **habeas** (fls. 267).

O Ministério Público Federal, em contra-razões, manifesta-se pelo provimento do recurso (fls. 271/277).

A PGR é de parecer contrário, ou seja pelo improvimento do recurso (fls. 287/288).

É o Relatório.

Suprema Tribunal Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Relator):

1. Negativa de autoria.

O recorrente alega que não cometeu o crime.

Declarou em juízo:

"... na verdade, em dia, hora e local narrados na denúncia o interrogado foi convidado por Cesar ..., para ir até o motel em companhia de duas outras moças; que assim que o interrogado identificou a vítima Ronilda, não mais teve interesse na empreitada ... chegando no local, quando dirigiam-se ao quarto, o interrogado abandonou as demais pessoas e retornou para esta cidade; que não manteve nenhuma relação sexual com a vítima; ..." (fls. 58).

O fato é de 09 de agosto de 1992 (denúncia, fls. 31).

Em 10 de agosto de 1992, a mãe da ofendida providenciou, junto à autoridade policial, a realização de exame de corpo de delito (fls. 33 e 04 do Apenso 1).

Nele constatou-se:

(a) a paciente não era virgem (fls. 37/38 v. e 307);

(b) não havia vestígio de conjunção carnal recente (fls. 37/38 v. e 307);

Supremo Tribunal Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HANEA CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

(c) não havia vestígio de violência (fls. 37/38 v. e 307).

Em 09 de setembro de 1992, o delegado de polícia solicitou nova perícia médico-legal (fls. 36 e 07 do Apenso 1).

Em 10 de setembro de 1992, a mãe da ofendida ofereceu representação (fls. 34 e 05 do Apenso 1).

Em 11 de setembro de 1992, foi realizado o novo exame de corpo de delito (fls. 39/40).

Nele constatou-se:

(a) houve conjunção carnal recente (fls. 39/40);

(b) houve ruptura de hímen (fls. 39/40);

(c) essa ruptura ocorreu há mais de 10 (dez) dias (fls. 39/40);

(d) não houve violência (fls. 39/40).

O inquérito foi instaurado em 21 de setembro de 1992 (Portaria, fls. 33).

Em 14 de dezembro de 1992, o Ministério Público denunciou (fls. 31).

Observe que foram realizados exames periciais em duas oportunidades distintas.

Supremo - Tribunal - Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

Em ambas, verificou-se que a ofendida não era virgem (fls. 37/38 v. e 39/40).

O auto de exame de corpo de delito, realizado em 10 de agosto de 1992 - dia imediatamente posterior ao fato -, evidenciou a ausência de conjunção carnal recente.

Leio:

"A menor apresenta sinais de satura bimaxilar tardia à nível de 3,7 e 10 h., sem presença de hematomas ou violência ou qualquer outra alteração que justifique agressão ou violência sexual. Não se nota sinais e/ou vestígios de conjunção carnal recente." (fls. 37 v. e 307).

Isso não significa que ela não tenha existido.

A ofendida em juízo afirma que mantinha relação sexual com o acusado desde agosto de 1991 (fls. 66 e 37 do Apenso 1).

Leio, em parte:

"... que a declarante mantinha um romance com o acusado desde ... agosto de 1991, mais ou menos, ... André forçou-a a manter relação sexual com ele, agarrando a declarante e tirando a sua roupa. A declarante não gritou porque o acusado disse que a esmurraria se acaso ela gritasse. A declarante era virgem até então. ... Quinze dias depois do primeiro encontro, o casal teve outra relação sexual, seguindo-se os demais, até a data do fato delituoso." (fls. 66 e 37 dos Apenso 1).

Suprema - Tribunal - Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

O que importa afirmar que o recorrente desvirginou a ofendida quando ela tinha apenas 12 (doze) anos de idade.

Cumpra, ainda, lembrar que em se tratando de delito contra os costumes a palavra da ofendida ganha especial relevo.

Precedentes: HC 68.704 e 73.662, MARCO AURÉLIO

No segundo laudo, a resposta ao quesito nº 03 (três) confirma a existência de conjunção carnal há mais de 10 (dez) dias da sua efetivação (fls. 39/40).

2. Erro quanto a idade da ofendida.

É o que a doutrina chama de erro de tipo.

Ou seja, erro quanto a um dos elementos integrantes do tipo.

A jurisprudência do Tribunal reconhece a atipicidade do fato quando a prova demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos.

Precedentes: HC 73.662, MARCO AURÉLIO e RECR 106.075, NERI DA SILVEIRA.

Não é o caso.

Em 20 de maio de 1993, cerca de 01 (um) ano após o fato, a testemunha, Jackeline Aparecida dos Santos, prestou depoimento (fls. 65 e 35/36 do Apenso 1).

Supremo Tribunal Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

Na ocasião, esclareceu que "... Ronilda deve ter aparência de quinze anos, mas André sabia a sua idade. ..." (fls. 65v. e 36 v. do Apenso 1).

A revisão criminal acolheu essa declaração (fls. 159 e 133 do Apenso 1).

Leio no voto do Relator:

".....
 Relativamente à alegação de que desconhecia a idade da vítima não procede, já que contrariada pelo depoimento de Jacqueline, que afirmou exatamente o contrário, ou seja, que o réu tinha pleno conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos (fls. 36 v. dos autos em apenso).
". (fls. 159 e 133 do Apenso 1).

O erro de tipo não se caracterizou.

3. Outras alegações deduzidas do habeas.

(a) vida desregrada.

A afirmação de que a ofendida possuía vida desregrada não impressiona.

Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos a violência, como elemento do tipo, é presumida.

Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal.

*Supremo Tribunal Federal***RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS**

Precedentes: HC 51.500, ANTÔNIO NEDER; HC 74.580, ILMAR GALVÃO e RECR 108.267, SYDNEY SANCHES.

Além disso, para demonstrar o comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos de idade, é necessário revolver o contexto probatório.

Inviável em **habeas**:

(b) concubinato com outro.

O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, inciso VIII¹).

Por analogia, poder-se-ia admitir também o concubinato.

Entretanto, o recorrente só fez essa alegação após o trânsito em julgado da decisão condenatória (fls. 146/163 do Apenso 1).

Ela foi indeferida (fls. 172/173).

Leio:

"....."

¹ CP:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

.....

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometido sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requiera o prosseguimento da inquirição policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

153

Supremo Tribunal Federal
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

Tendo em vista que o v. acórdão ... passou em julgado aos 22.12.1994, prejudicado fica o pleito de aplicação da regra encartada no art. 107, VIII, do Código Penal." (fls. 173).

Na apelação, na revisão criminal e no recurso especial a matéria não foi suscitada.

Não pode agora ser conhecida.

Precedente: HC 74.206, SYDNEY SANCHES.

Ademais, a certidão de nascimento de Caroline Pereira da Silva, filha da ofendida com **Júnior Francisco Pereira**, evidencia que a mesma nasceu em 18 de abril de 1997 (fls. 181).

Os fatos em exame, datam de 1991/1992.

Seria preciso demonstrar que o relacionamento da ofendida com Júnior Francisco Pereira já existia na época do curso da ação penal.

Essa prova não existe nos autos.

Nem é possível produzi-la nos limites do **habeas corpus**.

Conheço do recurso.

Nego provimento.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM

RECTE. : ANDRÉ LUIZ DE ABREU

ADV. : ANILDO FABIO DE ARAÚJO

RECDO. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Relator e Maurício Corrêa negando provimento ao recurso ordinário, o julgamento foi adiado, em virtude de pedido de vista do Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou, pelo paciente, o Dr. Anildo Fabio de Araújo. 2ª. Turma, 28.03.2008.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Supremo Tribunal Federal

155

28/03/2000

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.788-1 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM
 RECORRENTE: ANDRÉ LUIZ DE ABREU
 ADVOGADO: ANILDO FABIO DE ARAÚJO
 RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Na assentada em que teve início o julgamento, pronunciou-se o Relator no sentido do desprovemento do recurso. Procedeu à análise das alegações de negativa de autoria, de erro quanto à idade da vítima, de esta levar uma vida desregrada e de viver em concubinato com outrem.

Solicitei vista para exame da matéria, considerado precedente da Turma sobre a impossibilidade de ter-se crime por presunção.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator do Habeas, manifestou-se pela concessão da ordem e salientou o fato de a Constituição Federal, seguindo o Direito Penal moderno, repudiar, em si, a presunção de violência. Discorreu sobre a passagem do tempo, tendo em conta o fato de o Código Penal em vigor haver, há cinquenta anos, reduzido a

Supremo Tribunal Federal

RHC 79.700-1 MG

156

idade necessária a presumir-se a violência, no caso de crime contra os costumes, de dezesseis para catorze anos. Sua Excelência adotou a mesma óptica que externara o Procurador de Justiça ao opinar pelo provimento da apelação. Fez ver o Fiscal da Lei:

Não há dúvida de que André Luiz de Abreu, nos idos de 1992, manteve namoro com a vítima Ronilda, à época com treze anos de idade. Também não há dúvida de que o casal mantinha relações sexuais com frequência até o dia em que o casal foi a um motel, em companhia de Jaqueline e César. Cada casal ocupou um quarto do motel e naquele dia o apelante André Luiz resolveu fazer ciúmes na vítima Ronilda e comunicou a ela que ia casar-se com outra mulher, o que provocou a ira da mesma, fazendo com que Ronilda saísse do seu quarto em choro compulsivo e fosse procurar amparo na amiga Jaqueline que se encontrava em outro quarto do motel, em companhia do namorado César. Tais fatos aconteceram em agosto de 1992, o que motivou a atitude de Ronilda em levar ao conhecimento de sua mãe a vida amorosa íntima que levava com o namorado a algum tempo (vê-se depoimento de folhas 13 TJ e 36-Jaqueline). Chamado pela mãe de Ronilda para explicações, André a desacatou, daí a origem do processo.

Concluiu, então, o Procurador de Justiça:

Sinceramente não me sinto convencido da existência do tipo penal previsto no artigo 213 na forma do artigo 224, letra a, ou seja, presunção de violência em virtude de idade menor de 14 anos. O nosso CP é de 1940 e o mundo hoje é inteiramente outro. Trago à baila lições citadas por Silva Franco, no seu Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, que me deixam mais tranquilo para opinar no que diz respeito ao futuro de um jovem de

dezenove anos que tem contra ele uma sanção penal tão elevada.

"Num mundo de contínuas, profundas e radicais transformações, não se poderia, realmente, esperar que o Direito Penal, em matéria sexual, permanecesse numa postura de total indiferença e que continuasse a adotar conceitos (ou preconceitos) já esgotados de significado. Teve, como é óbvio, de anotar novas posições, de passar por um processo de recomposição e de reavaliação. Antes de tudo, renunciou à tendência de ditar normas em nome da moralidade e declarou sua neutralidade em face das diversas modalidades de orientação ou opção sexual. Como afirmam Morris Hawkins do ponto de vista do Direito Penal, cada pessoa tem o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lese diretamente a pessoa ou propriedade alheias. O Direito Penal não é o instrumento indicado para impor aos outros a retidão de vida. Em sentido convergente, observa Figueiredo Dias: porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundivivência - só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista, ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coativamente quaisquer concepções morais para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual" (Manoel Costa Andrade, Consentimento e Acordo em Direito Penal, páginas 387, 391). Sem por isso, o campo da tutela penal deve, em matéria sexual, restringir-se, só merecendo proteção a liberdade sexual e por tal liberdade pode ser definida como a faculdade de toda pessoa de autodeterminar-se no terreno da sexualidade, sem mais limitações que as derivadas da liberdade alheia e que se concretiza na indisponibilidade do próprio corpo (dimensão dinâmica) e na possibilidade de rechaçar as propostas e agressões que nessa esfera possam produzir (dimensão passiva).

RHC 79.788-1 MG

Supremo Tribunal Federal

158

Preconizou, então, o Procurador de Justiça lição mais atualizada do Código Penal, propugnando, como já ressaltado, pela absolvição do Paciente. Eis como concluiu, à folha 127 o parecer:

Em sã consciência, não estou de acordo que se puna com nove anos de reclusão um jovem de dezenove anos, por prática de uma conduta absolutamente usual e costumeira nos dias de hoje em qualquer canto da terra, simplesmente porque o CP de 1940, lá do início do mundo, está a determinar.

Essa óptica coincide com o que vim a sustentar quando do julgamento do Habeas Corpus n° 73.662-9/MG:

A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas desselelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embargo quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

4

STF 10280

Ora, passados mais de cinquenta anos - e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos - não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não?

Ora, enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente.

De qualquer forma, o núcleo do tipo  o constrangimento é a medida em que a vítima deixou

patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso com são as já apontadas (...).

Na doutrina encontra-se a corroboração a esta tese. Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra "a" do artigo 234 do Código Penal é relativa, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos:

"Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé." (Direito Penal, 4ª ed., vol. 3/221)

Também Heleno Cláudio Fragoso, em "Lições de Direito Penal", afirma que a presunção em comento não é absoluta, "pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção".

Por tais razões, concedo a ordem para absolver o Paciente.

É o meu voto.

E assim, realmente, o é. Há de ter-se presente que o tipo penal é de estupro, sendo o núcleo o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Este elemento, conforme consta do acórdão proferido por força da apelação criminal (folha 101 à 106 dos autos em apenso), e, também, do decorrente da revisão criminal (folha 128 à 134 dos autos anexados), não se verificou. É certo que o Juízo fez referência a fato ocorrido por volta do mês de agosto de 1991.

RHC 79.788-1 MG

Supremo Tribunal Federal

161

Noticiou, à folha 64 dos autos apensados, que o acusado teria convidado a vítima a ir à casa de uma irmã e, lá chegando, a dominara, obrigando-a a manter relação sexual. Todavia, desse fato não se defendeu o Paciente. Na denúncia, relatou-se algo diverso, ou seja, tão-somente o episódio do motel, havido dois anos após.

Diante desse quadro, conclui que o ora Paciente acabou por ser condenado por estupro quando já mantinha, com o consentimento da vítima, relações sexuais há mais de dois anos, e tudo decorreu em virtude de desentendimento, de fuga à promessa de casamento. Impossível é agasalhar o crime por presunção que resultaria, conforme proclamado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e, também, pelo Superior Tribunal de Justiça, da circunstância de a vítima contar com menos de catorze anos, pouco importando a manifestação de vontade, ou seja, a concordância em manter a relação sexual.

Provejo o recurso para declarar a atipicidade da conduta do Paciente, tal como retratada nos autos.



Supremo Tribunal Federal

162

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 79.783-1

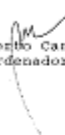
PROCD. : MINAS GERAIS
RELATOR : MIN. NELSON JOBIM
RECTE. : ANDRÉ LUIZ DE ABREU
ADV. : ANILDO FARIAS DE ARAÚJO
RECD. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Relator e Maurício Corrêa negando provimento ao recurso ordinário, o julgamento foi adiado, em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou, pelo paciente, o Dr. Anildo Fábio de Araújo. 2ª. Turma, 28.03.2000.

Decisão: Por maioria, a Turma negou provimento ao recurso ordinário, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 02.05.2000.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Marden Costa Pinto.


Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

ANEXO VIII Acórdão do Habeas Corpus 101.456/MG

Supremo Tribunal Federal
 Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 76 Divulgação 29/04/2010 Publicação 30/04/2010
 Ementário nº 2399 - 6

1183

09/03/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 101.456 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 PACTE. (S) : JOSE GALDINO PEREIRA
 IMPTE. (S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO
 COATOR (A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO.

1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea "a" do Código Penal é absoluta.

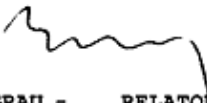
2. A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ordem indeferida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem.

Brasília, 9 de março de 2010.


 EROS GRAU - RELATOR



*Supremo Tribunal Federal***1184**

09/03/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 101.456 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 PACTE. (S) : JOSE GALDINO PEREIRA
 IMPTE. (S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO
 COATOR (A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão assim ementado (fl. 86):

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 12.015/09. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE.

1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal.

2. Embora a Lei nº 12.015/09 tenha retirado do texto penal incriminador a figura da violência presumida, não se verifica, na espécie, hipótese de *abolitio criminis*, já que o novo texto legal, que substituiu o art. 224, alínea a, do Código Penal, impõe uma obrigação geral de abstenção de conjunção carnal e de ato libidinoso com menores de 14 anos - art. 217-A, do mesmo Diploma Repressivo.

3. Ordem denegada."

2. A impetrante sustenta que a presunção de violência anteriormente prevista no art. 224, alínea a do Código Penal não é absoluta. Afirma que tendo a vítima, menor de quatorze anos,

Y

*Supremo Tribunal Federal***1185****HC 101.456 / MG**

discernimento e experiência para consentir na prática da relação sexual, não há crime de estupro.

3. Requer a concessão de liminar a fim de suspender os efeitos da condenação; no mérito, a concessão da ordem para declarar a atipicidade da conduta.

4. A liminar foi indeferida.

É o relatório.



*Supremo Tribunal Federal***1186**

HC 101.456 / MG

V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224, "a" do Código Penal é absoluta (HC 94.818, Segunda Turma, Ellen Gracie, DJE 15/8/08 e HC 93263, Primeira Turma, Cármen Lúcia, DJE 11/4/08).

2. A figura da violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. Assim, a simples conjunção carnal com menor de quatorze anos é suficiente à configuração do crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência desta Corte.

Denego a ordem.



*Supremo Tribunal Federal***1187****SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 101.456****PROCED. : MINAS GERAIS****RELATOR : MIN. EROS GRAU****PACTE.(S) : JOSE GALDINO PEREIRA****IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO****PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO****COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Decisão: Denegada a ordem por votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 09.03.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

ANEXO IX Acórdão do Habeas Corpus 105.558/ PR

Supremo Tribunal Federal
 DJe 12/06/2012
 Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 13

22/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 105.558 PARANÁ

RELATORA	: MIN. ROSA WEBER
PACTE(S)	: CLAUDEMÍ OLIVEIRA DOS SANTOS
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO MÁXIMA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM O NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. PRECEDENTES.

1. O *habeas corpus* não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, não sendo viável reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal do paciente por crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

2. O entendimento desta Corte pacificou-se 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.

3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz.

4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima.

Supremo Tribunal Federal

Ínteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 13

HC 105.558 / PR

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 22 de maio de 2012.

Ministra Rosa Weber
Relatora

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 13

22/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 105.558 PARANÁ

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
 PACTE(S) : CLAUDEMI OLIVEIRA DOS SANTOS
 IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
 COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Claudemi Oliveira dos Santos, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que se deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público para aumentar a pena do acusado em dois terços em razão do reconhecimento da continuidade delitiva no crime de atentado violento ao pudor.

O paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição a oito anos e nove meses de reclusão no regime fechado por infringir os artigos 213 combinado com o 224, alínea “a” e 226, inciso I, na forma do 71 do Código Penal, e absolvido da imputação pelos artigos 214, *caput*, combinado com o 224, alínea “a”, e 226, inciso II, na também na forma do 71 do Código Penal.

Em síntese, o paciente teria abusado sexualmente de sua enteada, J.J.S., quando esta tinha de dez a doze anos de idade, com ela praticando, reiteradamente, conjunção carnal e atos libidinosos. Apesar da prática dos atos libidinosos, esses foram reputados absorvidos pelo crime de estupro.

A condenação teve presente a redação dos mencionados dispositivos legais antes das alterações determinadas pela Lei nº 12.015/2009.

Interpostas apelações pela defesa e pelo *parquet*, o Tribunal de Justiça do Paraná manteve a sentença, *verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME - ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - ABSOLUÇÃO -

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 13

HC 105.558 / PR

IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - CONJUNTO EFICAZ - PALAVRA DA VÍTIMA - RELEVÂNCIA - CONTINUIDADE DELITIVA - QUANTIDADE DOS CRIMES - INCERTEZA - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - ABSORÇÃO - DÚVIDA QUANTO À UNIDADE DE DESÍGNIOS - IN DUBIO PRO REO - RECURSOS NÃO PROVIDOS. Nos crimes contra os costumes, porque invariavelmente cometidos às ocultas, a palavra da vítima possui inequívoca preponderância probatória, mormente quando relata fidedignamente toda a cadeia seqüencial dos fatos, e reconhece seu algoz, de forma categórica e incontestável. O conjunto probatório é sólido e eficaz quando esclarece a autoria e a materialidade dos delitos de atentado violento ao pudor e estupro, imputados ao agente, notadamente com base na prova testemunhal. O delito de atentado violento ao pudor, em regra, constitui crime autônomo, devendo, contudo, ser absorvido pelo delito de estupro, se para a dúvida sobre a existência de unidade de desígnios do agente, em praticar o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, na mesma circunstância fática. Para a aplicação da continuidade delitiva, também deve prevalecer o princípio do in dubio pro reo, quando se instaura a dúvida acerca da efetiva quantidade de delitos praticados em continuidade, pelo agente." (Doc.3, fls. 48/49).

Foram opostos embargos declaratórios pelo Ministério Público por duas vezes, os quais foram rejeitados sob o fundamento de inexistir obscuridade ou omissão no julgado.

Contra essa decisão, o Ministério Público interpôs recurso especial, ao qual foi dado provimento nos termos da ementa:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ABSORVIDO PELO CRIME DE ESTUPRO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO MÁXIMO. REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITUOSA, DIARIAMENTE, DURANTE DOIS ANOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 13

HC 105.558 / PR

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida, o que não ocorre quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. (REsp 737.997/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 26/9/05).

2. A não-absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo estupro configura reexame do conjunto fático-probatório, vedado pela Súmula 7/STJ.

3. O aumento relativo à continuidade delitiva deve guardar compatibilidade com o número de infrações cometidas. Para crimes praticados diariamente, durante aproximadamente dois anos, necessário o aumento da pena na fração de 2/3.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar o aumento da pena imposta na fração de 2/3, em virtude da continuidade delitiva."

No presente writ (doc. 1), a Impetrante alega que a prova indica não ser a hipótese "um caso clássico de estupro, seja praticado com violência real ou presumida. A suposta vítima já havia mantido relações sexuais com outras pessoas" (fl. 5). Afirma que a vítima estaria mentindo para afastar o padrasto de sua mãe, o que estaria corroborado por depoimentos de testemunhas, pedindo a absolvição e a relativização da presunção de violência no caso concreto (fls. 9/11). Destaca a impossibilidade de aumento da pena em dois terços pela continuidade delitiva, sob o argumento de que "há um único bem jurídico protegido, independentemente da forma da agressão sexual" (fl. 14). Liminarmente, pede a suspensão dos efeitos da decisão da Corte Superior, sob a alegação de "poderá causar enormes prejuízos ao paciente" (fl. 15). No mérito, requer "a absolvição do paciente, por falta de provas suficientes à sua condenação" ou a exclusão do aumento da pena pela continuidade delitiva (fls. 15/16).

O pedido liminar foi indeferido pela eminente Ministra Ellen Gracie *verbis*:

"(...)

3

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 13

HC 105.558 / PR

Com efeito, da leitura do acórdão impugnado na inicial, verifico que o ato se encontra devidamente motivado, apontando as razões de convencimento da Corte.

5. Ressalto que, para fins de apreciação do pedido de medida liminar, é necessário avaliar se o acórdão atacado teve o condão de caracterizar patente constrangimento ilegal. Na hipótese dos autos, as razões do aresto hostilizado mostram-se relevantes e, num primeiro exame, sobrepõem-se aos argumentos lançados no writ. Desse modo, não vislumbro a presença do requisito do fumus boni iuris para a concessão da tutela pleiteada.

6. Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar." (doc. 9, fl. 3).

O Ministério Público Federal exarou parecer pela denegação da ordem (doc. 11).

Autos redistribuídos.

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 13

22/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 105.558 PARANÁ

VOTO

A Sra. Ministra Rosa Weber (Relatora): Em síntese, no presente *habeas* requer a impetrante a absolvição do paciente, argumentando não restar provado o crime contra a liberdade sexual ou insubsistente a presunção de violência, e, em caráter subsidiário, o afastamento do aumento em dois terços da pena devido à continuidade delitiva.

O paciente foi denunciado e condenado por ter abusado sexualmente de sua enteada, quando esta tinha de dez a doze anos idade, com ela praticando, reiteradamente, conjunção carnal e atos libidinosos.

Consta da denúncia que “em datas e horário não especificados nos autos, sendo que entre os anos de 2003 a dezembro do ano de 2004, na residência localizada na Rua Arapongas, 694, centro, e em outros locais diversos, nesta cidade e Comarca de Centenário do Sul, o denunciado Claudemir Oliveira dos Santos, consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, por reiteradas vezes, vale dizer, em continuidade delitiva, constrangeu a vítima, sua enteada J.J.S., desde os dez anos de idade e mediante violência presumida e grave ameaça de matar a genitora e a irmã da mesma caso esta não atendessem aos seus instintos sexuais, à conjunção carnal” e “atos libidinosos diversos da conjunção carnal” (doc. 5, fl. 3).

A denúncia foi julgada procedente, com a condenação do paciente por crime de estupro, sendo neste reputado absorvido o crime de atentado violento ao pudor.

No que tange à suposta falta de prova, transcrevo trecho do acórdão do Tribunal de Justiça Estadual:

“A materialidade do crime se comprovou através do inquérito policial, às fls. 06 e seguintes, boletim de ocorrência, às fls. 24, e laudo de exame de conjunção carnal, às fls. 25.

A autoria, por sua vez, é certa e recai sobre a pessoa do apelante, notadamente no confronto entre sua solitária versão, e a robusta prova

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 13

HC 105.558 / PR

testemunhal.

A vítima J. J. S., ouvida em juízo declarou:

'(...) então, ela passou a ter relações sexuais com o acusado; as relações sexuais começaram quando contava com dez anos de idade; saiu com doze anos da casa em que morava, razão pela qual deve ter durado dois anos as relações sexuais; o acusado colocava o pênis em sua vagina; (...) então, o acusado logo a chamava para ir para a cama dele...' fls. 94/96.

Neste aspecto, convém reforçar a importância de seu depoimento que, mormente pela tenra idade, narra os fatos fidedignamente, sem ilações ou invenções, revelando o dolo do agente em realizar as condutas descritas na norma.

Ademais, em se tratando de crimes contra os costumes, cometidos, no mais das vezes, às escondidas, a palavra da vítima ganha proeminência, na busca pelo esclarecimento dos fatos." (doc. 3, fl. 51)

Deste entendimento, não discrepou o Superior Tribunal de Justiça, ao registro de que "o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão".

Não cuidou a Impetrante de juntar cópia da sentença, na qual presume-se existir avaliação circunstanciada das provas.

De todo modo, não é viável em *habeas corpus* proceder a exame e a valoração aprofundada das provas, o que seria necessário para apreciar a alegação da Impetrante de que o paciente seria inocente.

Nesse sentido os precedentes desta Corte: HC 105.798/GO, Min. Celso de Mello, DJe 23.05.2011; HC 98.681/SP, Min. Joaquim Barbosa, DJe 18.04.2011; HC 98.949/MS, Min. Joaquim Barbosa, 01.02.2011 e HC 96.784/BA, Min. Ellen Gracie, DJe 05.02.2010.

No que se refere à alegação de que a violência não poderia ser presumida, pois a vítima supostamente já teria experiência sexual, destaco ter sido o paciente condenado nas penas dos artigos 214 combinado com o 224, alínea "a", do Código Penal, com redação anterior à vigência da Lei 12.015/09, que alterou o capítulo referente aos crimes contra a liberdade sexual.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 13

HC 105.558 / PR

Quanto ao tema, o entendimento desta Corte pacificou-se no sentido de ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos, ainda que tenha havido o consentimento da vítima, conforme os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto." (HC 97052/PR, Min. Dias Toffoli, Dje 14.9.2011).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ART. 9º DA LEI 8.072/90. BIS IN IDEM: INOCORRÊNCIA. LEI Nº 12.015/09: REPERCUSSÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA: MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À INSTÂNCIA ANTECEDENTE. QUESTÃO, ADEMAIS, DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. SÚMULA Nº 611 DO STF. 1 - Não constitui bis in idem o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei 8.072/90, por ser a vítima do atentado violento ao pudor menor de 14 (quatorze) anos. Precedentes do STF. 2. - No estupro e no atentado violento ao pudor não é a idade da vítima que compõe o tipo, mas o emprego, para lograr a prática sexual incriminada, de grave ameaça ou de violência, o qual, na verdade, a regra de extensão do art. 224 - antes de presumi-lo existente -, equipara à incapacidade de consentir da vítima, entre outras razões, pela presunção legal extraída de não ser ela maior de quatorze anos." (HC 14.12.2010, Min. Dias Toffoli, Dje 7.4.2011).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 13

HC 105.558 / PR

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO.

1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea "a" do Código Penal é absoluta" (HC 101456/MG, Min. Eros Grau, DJe 9.3.2010).

Assim, a pretensão do Impetrante encontra óbice na jurisprudência consolidada desta Corte sobre as normas vigentes ao tempo dos fatos.

E a legislação posterior, inaugurada pela Lei 12.015/2009, sepultou a questão jurídica, tipificando, como estupro de vulnerável (art. 215-A), a prática, com ou sem violência ou ameaça, de conjunção carnal ou de ato libidinoso com menor de 14 anos.

Ademais, de todo inapropriada a defesa apresentada considerando que a vítima teria tentos dez anos de idade quando iniciaram os abusos sexuais.

Não creio que se possa qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz.

Portanto, impossível acolher o pleito para relativizar a presunção de violência contra vítima com dez anos de idade à época dos fatos.

Acerca do aumento da pena devido à continuidade delitiva, o Tribunal de Justiça consignou que "o aumento aplicado em virtude da continuidade delitiva me parece correto, em face da incerteza quanto à quantidade de vezes que o delito tenha sido perpetrado pelo agente. Com base no depoimento da vítima, não ocorreu de forma isolada, mas faltam elementos para o preciso balisamento" (doc. 3, fl. 59).

A Corte Superior, noutro turno, deu provimento ao recurso especial interposto pelo *Parquet* para aumentar de um terço – fração cominada na sentença e mantida pelo Tribunal de Apelação - para dois terços a pena aos seguintes fundamentos:

Extrai-se da sentença condenatória que o recorrido, constantemente, durante dois anos, abusou sexualmente das menores. Confira-se (fls. 190/191):

Do bojo processual, infere-se que foram reiteradas as condutas

Supremo Tribunal Federal

Ínteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 13

HC 105.558 / PR

praticadas pelo agente, em desfavor da vítima. Ou seja, diversos foram os estupros perpetrados pelo acusado, sendo que os posteriores, em virtude das condições de tempo, lugar, modo de execução, etc., são tidos como continuação do inaugural.

Forçoso salientar que os pressupostos para a configuração do instituto se configuraram, eis que houve pluralidade de crimes do mesmo tipo penal, as condições objetivas se mostraram similares e se notabilizou a unidade de desígnios do agente.

Corroborando, no que cá é de maior relevo, leia-se a palavra da vítima J. S., em seu depoimento judicial (fls. 94/96):

" (...) as relações sexuais começaram quando contava com dez anos de idade; saiu com doze anos da casa em que morava, razão pela qual deve ter durado cerca de dois anos as relações sexuais; (...) as relações sexuais eram diárias;" (grifamos)

Como desfecho, JOÃO BATISTA ROCHA (fls. 106):

" (...) J. disse que Claudinei colocou o pênis na vagina, tentou colocar atrás e também colocou na boca; J. não falou quantas vezes isso ocorreu, mas disse que foram várias vezes;" (grifamos)

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o aumento relativo à continuidade delitiva deve guardar compatibilidade com o número de infrações cometidas.

Precedente: HC 28.940/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 22/9/08.

Assim, no caso, para crimes praticados diariamente, durante aproximadamente dois anos, necessário o aumento da pena na fração de 2/3.

Nesse aspecto, verifico que o acórdão ora atacado fundamentou o aumento da pena na fração máxima em face da prova oral na qual arrimada a sentença, em que reconhecida a prática das conjunções carnavais pelo réu contra a vítima diariamente e pelo período aproximado de dois anos, sendo portanto, arrazoada e proporcional a elevação no patamar máximo.

Embora não consignada a quantia exata de delitos, evidente que foram numericamente suficientes a justificar a majoração máxima, em

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 13

HC 105.558 / PR

razão do longo lapso temporal em que perpetrados. Assim já decidiu esta Corte:

"CONTINUIDADE DELITIVA - MAJORAÇÃO DA PENA - PERCENTAGEM. A eleição do percentual de acréscimo - de um sexto a dois terços - há de fazer-se considerado o número de delitos. Exsurge inidônea a modificação do percentual máximo de dois terços o fato de, em relação a sete dos quarenta e cinco perpetrados, haver sido reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Razabilidade da manutenção dos dois terços." (HC 73446/SP, Min. Marco Aurélio, DJ 19.3.1996).

No mesmo sentido: HC 332597/SC, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11.2.2004, HC 69.033, Min. Marco Aurélio, DJ 13.3.92.

Considerando ainda a longa duração dos abusos sexuais perpetrados contra a vítima, enquanto esta tinha a idade de dez a doze anos, o aumento da pena em dois terços não pode ser, nem de longe, qualificado como arbitrário, observando que seria até possível não se reconhecer qualquer continuidade delitiva, de duvidosa pertinência diante de reiterados abusos sexuais, sempre produto de desígnios autônomos, ainda que contra a mesma vítima.

Pelo exposto, descabe igualmente a redução pretendida da pena.

Ante o exposto, voto pela denegação da ordem.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 13

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA**HABEAS CORPUS 105.558**

PROCED. : PARANÁ

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

PACTE.(S) : CLAUDEMI OLIVEIRA DOS SANTOS

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 22.5.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

ANEXO X Acórdão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1021634/SP

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : I A F
ADVOGADO : VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A", DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça: Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Gilson Dipp, acolhendo os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência, e o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, declarando-se apto a votar, acompanhando a Relatora, e os votos dos Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) no mesmo sentido, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência para considerar relativa a presunção de violência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Og Fernandes. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília, 23 de novembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2) (f)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
 EMBARGANTE : I A F
 ADVOGADO : VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
 EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de embargos de divergência interpostos por I A F, contra acórdão proferido pela Colenda Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 10.215/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, *in* fine, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime. 3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa. 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal a quo prossiga no julgamento da apelação". (R.Esp. 1021634/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 04/10/2010).

Foi interposto, ainda, agravo regimental, o qual não foi conhecido, e foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados. Confirmam-se as ementas:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO COLEGIADA. DESCABIMENTO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Segundo o art. 258, do RISTJ, somente é cabível o agravo regimental contra decisão monocrítica. 2. A jurisprudência desta Corte Superior tem considerado erro grosseiro e inescusável a interposição de agravo regimental contra decisão colegiada, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 3. Agravo regimental não conhecido".

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

Superior Tribunal de Justiça

1. Nos limites estabelecidos pelo art. 619, do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado. 2. *In casu*, não existe vício a ser sanado, eis que da simples leitura do acórdão embargado depreende-se que a matéria posta nos autos restou clara e explicitamente apreciada. 3. A pretensão de reexame da causa, na via estreita dos declaratórios, mostra-se inadequada. 4. Descabe examinar, na via especial, suposta violação a princípios da Constituição Federal, haja vista que o exame de matéria constitucional, por este Tribunal, importaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Embargos de declaração rejeitados".

Em suas razões, às fls. 748/790, aponta o embargante a existência de dissídio jurisprudencial com os seguintes julgados da egrégia Sexta Turma: HC 88664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p. Acórdão Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), julgado em 23/06/2009, DJe 08/09/2009; REsp 637361/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010; REsp 804999/SC, de minha relatoria, julgado em 10/11/2009, DJe 01/02/2010; REsp 494792/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010; REsp 1189374/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

Afirma que está evidenciada a existência de entendimentos divergentes entre as Turmas da Terceira Seção desta Corte, pois a Sexta Turma tem entendido que a presunção de violência contida no revogado artigo 224, alínea "a", do Código Penal é relativa, e a Quinta Turma tem defendido ser dita presunção absoluta. Alega, ainda, ter havido *abolitio criminis* e ter sido violado o princípio da isonomia, haja vista o Ministério Público não ter interposto recurso contra a absolvição de corréu. Requer, assim, sejam os presentes embargos admitidos e providos, para que prevaleça o entendimento da 6ª Turma desta Corte.

Os embargos de divergência foram admitidos às fls. 890/896, com as seguintes ressalvas:

"De saída, importante esclarecer que não é possível conhecer dos embargos quanto ao acórdão de *habeas corpus* citado como paradigma, porquanto o artigo 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça reza que os embargos de divergência objetivam uniformizar os julgados, em recurso especial, entre os órgãos fracionários deste Tribunal. Com efeito, de acordo com o posicionamento pacificado nesta Corte, não se admite o manejo de embargos de divergência para comprovar eventual dissídio entre decisões tomadas quer em sede de *habeas corpus* como em recurso ordinário em *habeas corpus*. Ao ensejo: (...). Também não é possível se conhecer das alegações acerca da ocorrência de *abolitio criminis* ou de violação ao princípio da isonomia, pois o embargante não realizou o

Superior Tribunal de Justiça

1. Nos limites estabelecidos pelo art. 619, do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado. 2. *In casu*, não existe vício a ser sanado, eis que da simples leitura do acórdão embargado depreende-se que a matéria posta nos autos restou clara e explicitamente apreciada. 3. A pretensão de reexame da causa, na via estreita dos declaratórios, mostra-se inadequada. 4. Descabe examinar, na via especial, suposta violação a princípios da Constituição Federal, haja vista que o exame de matéria constitucional, por este Tribunal, importaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Embargos de declaração rejeitados".

Em suas razões, às fls. 748/790, aponta o embargante a existência de dissídio jurisprudencial com os seguintes julgados da egrégia Sexta Turma: HC 88664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), julgado em 23/06/2009, DJe 08/09/2009; REsp 637361/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010; REsp 804999/SC, de minha relatoria, julgado em 10/11/2009, DJe 01/02/2010; REsp 494792/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010; REsp 1189374/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

Afirma que está evidenciada a existência de entendimentos divergentes entre as Turmas da Terceira Seção desta Corte, pois a Sexta Turma tem entendido que a presunção de violência contida no revogado artigo 224, alínea "a", do Código Penal é relativa, e a Quinta Turma tem defendido ser dita presunção absoluta. Alega, ainda, ter havido *abolitio criminis* e ter sido violado o princípio da isonomia, haja vista o Ministério Público não ter interposto recurso contra a absolvição de corréu. Requer, assim, sejam os presentes embargos admitidos e providos, para que prevaleça o entendimento da 6ª Turma desta Corte.

Os embargos de divergência foram admitidos às fls. 890/896, com as seguintes ressalvas:

"De saída, importante esclarecer que não é possível conhecer dos embargos quanto ao acórdão de *habeas corpus* citado como paradigma, porquanto o artigo 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça reza que os embargos de divergência objetivam uniformizar os julgados, em recurso especial, entre os órgãos fracionários deste Tribunal. Com efeito, de acordo com o posicionamento pacificado nesta Corte, não se admite o manejo de embargos de divergência para comprovar eventual dissídio entre decisões tomadas quer em sede de *habeas corpus* como em recurso ordinário em *habeas corpus*. Ao ensejo: (...). Também não é possível se conhecer das alegações acerca da ocorrência de *abolitio criminis* ou de violação ao princípio da isonomia, pois o embargante não realizou o

Superior Tribunal de Justiça

devido cotejo analítico, nem ao menos colacionou acórdãos paradigmáticos, deixando de demonstrar, assim, eventual divergência entre as Turmas da 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça quanto aos temas mencionados. Contudo, no que concerne à natureza jurídica da presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea 'a', do Código Penal, verifica-se que, em princípio, está caracterizada a divergência jurisprudencial inventada. Com efeito, enquanto o acórdão embargado entendeu que se fêzda presunção é absoluta, os acórdãos paradigmáticos assestaram se tratar de presunção relativa".

O Ministério Público Federal apresentou impugnação às fls. 899/913.
É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2) (f)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A", DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. 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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Compulsando os autos, verifica-se que o embargante foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 213 combinado com os artigos 224, alínea "a", 225, parágrafo 1º, inciso I, e parágrafo 2º, e 226, III, por seis vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, combinado com o artigo 9º da Lei 8.072/90, em razão de ter mantido conjunção carnal com três menores, que à época tinham 12 anos de idade.

Em primeiro grau, o juiz o absolheu por atipicidade, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, concluindo que os crimes não se aperfeiçoaram porque as jovens tinham vida desregulada e consentiram no ato sexual. Em sede de apelação, o *parquet* alegou que a presunção de violência é absoluta, não se podendo levar em consideração a condição pessoal das ofendidas, contudo, negou-se provimento ao recurso. Confirmam-se trechos do acórdão:

"O Magistrado *a quo* tanto durante a instrução processual quanto no desfecho da lide demonstrou singular sensibilidade no exame do acervo probatório, em especial os depoimentos prestados por todos os envolvidos, réus, vítimas, pais e conselheiros tutelares da comarca, em contato pessoal e direto com o material coligido, e a conclusão abraçada, o afastamento da presunção de violência em relação às vítimas, menores de 14 anos, visto que 'nenhum pouco inscientes das coisas relativas ao sexo', é a solução que melhor se amolda ao caso vertente. A denúncia imputou ao ora apelante a prática reiterada de estupro (por seis vezes) e atentado violento ao pudor, em razão da violência presumida, visto que 'Patrícia', 'Amanda' e 'Silvana' eram menores de 14 anos de idade à data dos fatos. (...) Incontestes a ocorrência dos atos sexuais praticados, mas o mesmo não se pode dizer

Superior Tribunal de Justiça

quanto à existência de constrangimento (em qualquer de suas modalidades), visto que em momento algum houve o emprego de violência real ou grave ameaça para a consecução dos atos. **Para a configuração dos delitos sexuais em apreço, por presunção de violência em razão da idade da vítima, menor de 14 anos, faz-se necessário que o agente aproveite-se de sua inocência, ingenuidade nas coisas afetas ao sexo, e usando desse ardil consiga a satisfação de sua lascívia. Tal não aconteceu no caso em apreço. Toda a prova coligida indica que as menores já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data, basta atentar-se para seus depoimentos em juízo (...). A própria genitora de Aline, Marinalda Rodrigues, confirmou em juízo que sua filha lhe confidenciou que: 'quando enforcava malas, ficava na praia com Amanda, Patrícia e Silvana', a fim de fazerem programas com homens em troca de dinheiro (...). Ora, sendo assim, não foram, pois, iludidas em sua ingenuidade, subjugadas em sua liberdade sexual. Ao contrário, como bem destacou a r. sentença, 'no presente caso, a prova trazida aos autos demonstra, firmemente que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo'. **Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais restou denunciado**'. (fls. 461/469).**

Entretanto, nesta Corte Superior, a Colenda Quinta Turma deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, em acórdão de relatoria do Ministro Jorge Mussi, no qual, com ressalva do entendimento do relator, se reconheceu a natureza absoluta da presunção de violência prevista na alínea "a" do revogado artigo 224 do Código Penal. Dessarte, ingressou-se com os presentes embargos de divergência.

De saída, verifico que constam diversos julgados nesta Corte sobre o tema, constatando-se que há sim divergência de entendimento entre as Turmas da Terceira Seção. De fato, a Quinta Turma entende que a presunção de violência é absoluta e a Sexta Turma entende ser relativa. Dessa forma, mostra-se patente o dissídio, sendo importante sua solução, com a finalidade de se pacificar a jurisprudência pátria.

Inicialmente, importante destacar que a discussão acerca da natureza da presunção de violência, se absoluta ou relativa, já foi levada à Terceira Seção desta Corte algumas vezes, sendo vejamos:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO DE CARÁTER ABSOLUTA. EMBARGOS PROVIDOS. 1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida a menor de 14 anos, em que ainda não haja efetiva violência física ou real, esta será presumida, diante de uma certa restrição na capacidade da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. 2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas consequências,

Superior Tribunal de Justiça

eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF. 3. O MPF manifesta-se pelo provimento dos embargos. 4. Embargos de Divergência providos". (EREsp 666.474/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 03/04/2009).

No julgamento acima citado, presidido pelo Ministro Paulo Gallotti, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência, nos termos do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (relator), que foi acompanhado pelos Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Fiquei vencida juntamente com os Ministros Jorge Mussi e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Ministro Felix Fischer. O Ministro Og Fernandes não compunha a Seção à época da leitura do relatório.

Num segundo momento, a Seção deliberou nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, CRIME DE ESTUPRO CONTRA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. CONSENTIMENTO DO MENOR. IRRILEVÂNCIA. 1. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 (catorze) anos, em razão de sua incapacidade volitiva. 2. O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária. 3. Uma vez que o crime foi praticado com violência presumida, descabe aplicar a agravante do art. 61, inciso II, alínea II, do Código Penal, sob pena de indevido bis in idem, porque a menoridade da vítima é circunstância elementar do crime. Precedentes. 4. Embargos de Divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, bem como o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, mas com a concessão de *habeas corpus*, de ofício, para excluir da pena imposta ao réu o aumento decorrente da agravante genérica, tornando-a definitiva em 06 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto". (EREsp 688.211/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 17/11/2008).

Neste outro julgamento, presidido também pelo Ministro Paulo Gallotti, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência e concedeu *habeas corpus* de ofício, para excluir da pena imposta ao réu o aumento decorrente da agravante genérica, nos termos do voto da Ministra Laurita Vaz (Relatora), que foi acompanhada pelos Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), tendo ficado vencidos os Ministros Jorge Mussi e Nilson Naves. Ausentes, justificadamente, o Ministro Felix Fischer e eu.

Por fim, em julgamento realizado em abril de 2010, a Seção mais uma vez

Superior Tribunal de Justiça

deliberação sobre o tema em apreço, mantendo o entendimento dos acórdãos acima citados. Veja-se a ementa:

"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". (EREsp 762.044/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2009, DJe 14/04/2010).

Neste último julgamento, presidido pela Ministra Lauria Vaz, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos de divergência, nos termos do voto do Ministro Felix Fischer (Relator para acórdão), que foi acompanhado pelos Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE). Fiquei vencida juntamente com os Ministros Nilson Naves (Relator) e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP). Ausente, justificadamente, o Ministro Jorge Mussi.

Assim, verifico que, ante a substancial modificação da composição desta Terceira Seção, mister trazer novamente o tema à tábua, razão pela qual passo a tecer minhas considerações acerca da matéria.

Conforme já externei no julgamento do Recurso Especial nº 430.615/MG, o tema relativo à natureza da presunção de violência nos crimes sexuais, por certo, é de grande valor, como codiço, porque envolve a liberdade sexual de pessoas cuja capacidade a lei considera incompleta. Aliás, abordar os transtornos da violência sexual já traz em si a reflexão de princípios básicos das sociedades humanas, imagine-se quando uma das partes envolvidas é menor de 14 anos.

Conquanto todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, dificultam o enquadramento típico no caso concreto. Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.

Vale ressaltar, neste ponto, que, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 88.664/GO, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), a Sexta Turma analisou a matéria sob diversos enfoques. Com efeito, refletia-se

Superior Tribunal de Justiça

acerca da relação amorosa vivida pela vítima e pelo réu, sobre a necessidade de não se tornar o Direito estático, mormente se levado em consideração que a parte especial do Código Penal data de 1940. Na oportunidade, lembrou, ainda, o Ilustre magistrado que as sociedades mudam e os conceitos e preconceitos de igual modo.

Destacou-se, ainda, a imprescindibilidade de se ter em mente todo o arcabouço normativo, compatibilizando-se o Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que define como criança pessoa até 12 anos, e como adolescente aquela entre 12 e 18 anos, que, inclusive, pode ser responsabilizada por ato infracional com aplicação de medida socioeducativa. A propósito, cabe destacar do seu belo voto:

"Adianto que vou aceitar os fatos exatamente como o fizeram o nobre Juiz de primeiro grau e o E. Tribunal goiano: o paciente, homem de mais de trinta anos de idade e casado, manteve relações sexuais com uma adolescente de menos de 14 anos de idade. Não discuto se tais relações sexuais ocorreram em 23 de novembro ou 23 de dezembro. Se elas ocorreram em 23 de dezembro, a adolescente contaria já com 14 anos de idade e o fato não seria típico. Mas, seja, consideramos que o contato sexual ocorreu em 23 de novembro e a menor contava 13 anos e onze meses de idade. Não discuto, igualmente, se era virgem ou se já haveria mantido relações sexuais com seu primeiro namorado, negado, obviamente, por este. Nem igualmente está em discussão se a menor procurou beneficiar o namorado, trazendo falsos dados para arredar a tipicidade da conduta do paciente. O que me parece importante é que o paciente, mesmo casado, insistiu em entreter namoro com a menor, a ponto de pedir ao pai desta autorização para namorá-la. E, negada a autorização, não resistiu em levá-la a um motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais. A conduta do paciente se subsumiu ao tipo descrito no artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea "r", ambos do Código Penal? Por esse fato, merece o paciente a pena que lhe foi imposta, 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado? É essa pena objetivamente justa? O comportamento do paciente merece, sem dúvida, críticas. Com 32 anos de idade e chefe de família, não deveria assediá-la a menor. Há referências a ter sido preso anteriormente e não dedicar-se ao trabalho. São apenas referências. De qualquer modo, não estamos nem podemos examinar sua conduta do ponto de vista social, mas do direito penal. E, em seu favor, vimos que nutria afeto à vítima, tanto que buscou autorização dos pais desta para namorá-la. Não se pode deixar de consignar também que a própria menor aceitou o convite para ir ao Motel e manter relações sexuais. 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 lembrar 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. O chileno Eduardo Novoa Monteal

Superior Tribunal de Justiça

escreveu monografia a propósito desse tema e já no preâmbulo anotou: "...a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo, gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele" (cf. *O Direito como obstáculo à transformação social*, Sérgio Antonio Fabris Editor, pág. 9, Porto Alegre, 1988). E, nesse aspecto, é inegável o valor da jurisprudência, pois esta comumente vem à frente do legislador e é para ele fonte de 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. 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 2º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. E, como lembra Carlos Afonso 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 sendo 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. Aliás, Manoel Gonçalves

Superior Tribunal de Justiça

Ferreira Filho deixou assentado: Contudo, a Carta lIIe (ao Judiciário) deu, mesmo nessa função típica, em certo distanciamento em relação a lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), além o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV da Constituição. Assim pode hoje o magistado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, pág. 67). 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...".

Mostra-se relevante consignar, ademais, trecho da exposição de motivos do Código Penal de 1940, que fixou em 14 anos a idade para fins de se considerar a presunção de violência, a qual era de 16 anos no Diploma Repressivo de 1890, ao argumento de que:

"[...] com a redução do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso de adolescentes, é a *inocentia civilis* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inocência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria desair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do modo que corre se se prestar à lascívia de outrem".

Conforme salientou Renato de Mello Jorge Silveira, "difícilmente nega-se o conhecimento das coisas do sexo aos jovens, ao menos em noções perfunctórias. Verdades absolutas não são passíveis de admissão". Ademais, registra que "a escolha aleatória de uma idade como marco fronteiro entre a possibilidade de consento e a presunção de violência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta". (*Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 219).

Destaque-se que o Direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais.

Com efeito, sobram críticas a respeito da fixação da idade de 14 anos, por tratar-se de critério subjetivo, "baseado no que se presume ser o desenvolvimento mental das pessoas nessa faixa etária. Como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma

Superior Tribunal de Justiça

muneira e como os fatores pessoais e culturais, dos costumes e do tempo, étnicos e mesológicos, determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal está adequado". (Prudente, Neemias Moretti. *Considerações críticas acerca das disposições gerais relativas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor*. In Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, 2000, p. 79).

Elucidativa, ainda, a lição do saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que se manifestou sobre o tema nos seguintes termos:

"O Direito pune conforme o comportamento. Impossível, por isso, sancionar ação não praticada. Uma coisa é estuprar, ou atentar contra o pudor; outra, e no âmbito penal, absolutamente distinta, punir por presunção, ainda que definida em lei. A história rompe as inocências. A vida prática ~~fornece situações para os tribunais~~ ~~fornece situações que, amoldadas ao texto legislativo, conduziriam à injustiça~~ revolvente. É sabido, empurradas por condições sociais e econômicas adversas, muitas jovens convivem em ambientes de prostituição. (...) Antes da idade mencionada no CP, entregam-se à vida sexual, mediante retribuição. Pois bem, alguém que houvesse mantido relação, de uma hora para outra, era surpreendido com denúncias e, tantas vezes, condenado nas sanções dos arts. 213 ou 214. O argumento central era a idade da jovem. Ela, contudo, consentira, colocara-se no ambiente de oferecimento, tinha ciência do significado de sua conduta. Todavia, e aqui o absurdo, paulatinamente impugnado, de atribuir violência ao agente, ou seja, em punido como que houvesse constrangido a moça, mediante violência ou grave ameaça. Absoluto desconhecimento entre a vida e o Direito". (*Estupro: violência presumida*, in Revista Jurídica/ órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLIV, nº 228, outubro de 1996, p. 44/45).

Dessarte, entendo que a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* deve ser mantida, haja vista ter levado em consideração as peculiaridades do caso concreto, às quais os julgados desta Corte têm dado relevante atenção para fins de se configurar a presunção de violência. Com efeito, não se pode considerar crime feto que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo.

Dessa forma, considero que a presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea "a", do Código Penal, deve ser considerada de natureza relativa, conforme assentado nos julgados proferidos pela Sexta Turma desta Egrégia Corte. Ao ensejo, confirmam-se os seguintes precedentes:

"Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos (presunção de violência relativa). Consentimento válido da menor (relevância). 1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente. 2. Reputa-se relativa a violência

Superior Tribunal de Justiça

presumida disposta no inciso a do art. 224 do Cód. Penal. 3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente. 4. No caso, o consentimento não-viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro. 5. Recurso do qual se conheceu pelo dissídio, mas ao qual se negou provimento". (REsp 542.324/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2005, DJe 14/04/2008).

"ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA 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 desconstruir sentença condenatória. 3. Ordem concedida". (HC 88664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 08/09/2009).

"RECURSO ESPECIAL PENAL. ESTUPRO. ABSOLUÇÃO. PRETENDIDA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUITA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "c", do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o *decisum* absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu. 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea 'c' do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consento da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento". (REsp 637361/SC,

Superior Tribunal de Justiça

Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010.

"RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO. É de rigor, conforme previsto do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e REsp 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, IV, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual. No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fizesse questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivavam de violência por parte do réu, mas se desenvolveram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores". (REsp 804999/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/02/2010).

"RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO ENTRE JOVENS IMPÚBERES. Atingimento da maioridade. MANUTENÇÃO DO RELACIONAMENTO AMOROSO. Em recente decisão da Sexta Turma (HC 88.664/GO), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, IV, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual. No caso dos autos, não se em de esperar que, iniciado o relacionamento entre jovens impúberes, e adquirida a maioridade por um deles, as relações sexuais, a partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque prevista a conduta na norma incriminadora. Recurso especial do Ministério Público desprovido para manter a absolvição do Recorrido". (REsp 430615/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 01/02/2010).

"RECURSO ESPECIAL COM PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INCIDENTE NÃO PROCESSADO. INICIATIVA EXCLUSIVA DOS ÓRGÃOS DOS TRIBUNAIS. PRECEDENTES. ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA

Superior Tribunal de Justiça

ADOLESCENTE. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. ACÓRDÃO HOSTILIZADO QUE CONSIDERA RELATIVA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM *A QUO*. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCANO JURÍDICO. A POSSIBILIDADE DE A MENOR, A PARTIR DOS 12 ANOS, SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS É INCOMPATÍVEL COM A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO. PRECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS PROVAS ACERCA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. SÚMULA 07 DO STJ. 1. O incidente de uniformização de jurisprudência não constitui um direito subjetivo da parte, por ser de iniciativa exclusiva dos órgãos dos Tribunais, sendo facultado ao julgador avaliar a conveniência e oportunidade de seu processamento, atizadas no caso concreto. Precedentes. 2. O delito imputado ao recorrido teria sido em tese praticado anteriormente ao advento da Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que implementou recentíssimas alterações no crime de estupro. O acórdão absolutório, objeto do presente recurso especial, entendeu ser insustentável que uma adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja absolutamente incapaz de consentir relações sexuais, o que, no entender do Tribunal *a quo*, implicaria responsabilização objetiva ao réu, vedada no nosso ordenamento jurídico. 3. É inadmissível a manifestação contrária 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 pratica ato libidinoso ou conjunção carnal. Precedente: HC/88.664/GQ, julgado em 21/06/2009 pela 6ª Turma desta Corte e divulgado no Informativo Jurídico nº 400 deste Superior Tribunal de Justiça. 4. No que diz respeito à conclusão do acórdão hostilizado, no sentido de estar bem caracterizada a prova acerca do consentimento da ofendida, é defeso a esta Corte o revolvimento fático probatório, conforme Súmula 07 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso ao qual se nega provimento. (REsp 494792/SP, Rel. Ministro CELSO DE MENEZES, DISSEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010).

"RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSENTIMENTO DAS OFENDIDAS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "II", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade. 2. No caso vertente, as provas constantes dos autos não deixam dúvidas de que as relações sexuais ocorreram com o consentimento das vítimas. Sendo assim, não é possível reconhecer a presunção do art. 224 do Código Penal em relação àqueles que, na época dos fatos, contavam com 13 (treze) e 12 (doze) anos de idade. 3. Pela simples leitura das peças constantes nos autos, depreende-se que essas duas adolescentes possuíam maturidade e entendimento sobre a sua sexualidade e o ato que estavam praticando, não sendo corrompidas ou ludibriadas pelo acusado. 4. Entretanto, não há como atribuir capacidade de discernimento à vítima que, na época, possuía apenas 10 (dez) anos de idade, a ponto de considerá-la apta a consentir,

Superior Tribunal de Justiça

validamente, com a prática sexual, por se tratar de menor de tão tenra idade. 5. Não obstante isso, não vejo como acolher a pretensão do Ministério Público, visto que o Juiz de primeiro grau, ao absolver o recorrido, baseou-se em dois fundamentos autônomos e independentes entre si, quais sejam: a) o caráter relativo da presunção de violência; b) a existência de contradições em aspectos relevantes das declarações das vítimas, suscitando dúvidas e incertezas quanto à autoria do crime. 6. Conado, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao último fundamento. Dessa forma, atrela a incidência, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, verbis: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 7. Ademais, a inversão do decidido, nesse ponto, demandaria, necessariamente, o reexame do conteúdo fático-probatório constante dos autos, providência esta incompatível com a estreita via do apelo excepcional, por força do enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 8. Recurso especial a que se nega provimento". (REsp 1189374/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

Por fim, deixo de tecer comentários à *no into legis*, Lei 12.015/09, a qual revogou a norma do artigo 224 e criou o artigo 217-A do Código Penal, que disciplina o estupro de vulnerável, a fim de permitir que tão elevado tema tenha sua própria e peculiar apreciação em momento adequado.

Ante o exposto, **acolho os embargos de divergência**, para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado artigo 224, alínea a, do Código Penal tem caráter relativo. Dessarte, estabeleço o acórdão do Tribunal de origem.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0099313-2

EREsp 1.021.634/

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10185963

18703

200800032011 2360120030090653

PAUTA: 10/08/2011

JULGADO: 10/08/2011

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dna. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : 1 A F

ADVOGADO : VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Vitor Eduardo Tavares de Oliveira sustentou oralmente pelo embargante.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora), acolhendo os embargos de divergência, pediu vista o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Aguardam a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2) (f)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP:

O ora embargante foi denunciado e processado perante a 1ª Vara da Comarca de Ibitinga/SP pela prática de estupro continuado (cerca de 6 vezes) com Patrícia de 12 anos, Amanda de 12 anos e Silvana de 13 anos, em várias ocasiões no primeiro semestre de 2002 e nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, presumida a violência (arts. 213, caput, c/c arts. 71; 224, 'd'; 225, §1º, I e § 2º, e 226, III do Código Penal, c/c art. 9º da Lei nº 98.072/90).

A sentença de primeiro grau absolveu o embargante com base no art. 386, III do CPP ao entendimento de que a presunção de violência cede ante o comportamento das vítimas que no caso foi publicamente reconhecido como consentido.

A apelação do Ministério Público foi improvida pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça com fundamento no fato de que as menores "*há muito se dedicavam à prostituição fazendo ponto em praça da cidade*"... "*com vida desregrada comprovada pelos pais das menores e conselheiros tutelares*", extraído daí o acerto a convicção da inexistência de violência real ou grave ameaça o que indicava a natureza relativa da presunção de violência.

Outra vez recorreu o Ministério Público do Estado de São Paulo afirmando negativa de vigência do art. 224, 'a', do CP com esteio no art. 105, III, 'a' e 'c' CF.

A 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça conheceu e deu provimento ao Recurso Especial ("*para que prossiga no julgamento da apelação*") reconhecendo a presunção absoluta de violência e assim a irrelevância do consentimento da vítima.

O Agravo Regimental oferecido pelo ora embargante não foi conhecido por manifestamente incabível, e os Embargos Declaratórios apresentados para fazê-lo (o agravo) conhecer foram rejeitados.

Dai os embargos apontando a divergência com acórdãos da 6ª Turma e *abollito criminis* diante do advento da lei nova.

Os embargos foram admitidos pela decisão de fls. 890/896 apenas com relação à afirmada divergência acerca da natureza da presunção de violência prevista no art. 224, 'a' do Código Penal (redação anterior).

O parecer do Ministério Público Federal arguiu a intempestividade dos embargos por força do não conhecimento do agravo manifestamente incabível que por sua vez provocava a intempestividade dos embargos declaratórios (conclusão, aliás,

Superior Tribunal de Justiça

implicitamente admitida na 5ª Turma).

No mérito, opina pelo acolhimento dos embargos para fazer prevalecer a orientação da 5ª Turma dado que a presunção, neste caso, tem caráter absoluto, que foi inclusive reprimada no art. 217-A da nova redação do CP (Lei nº 12.015, de 2009).

E, para tanto, invoca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e precedentes da própria 3ª Seção deste Tribunal no mesmo sentido.

A Ministra Relatora, no seu voto, embora reconheça a existência de pelo menos três precedentes da Seção no sentido do acórdão embargado (EREsp 666.474-MG, j. 10.09.2008, EREsp 688.211-SC, j. 08.10.2008 e EREsp 762.044-SP, j. 14.12.2009), sustenta que em face da alteração da composição do órgão julgador cabe reiterar a abordagem do tema.

Nessa linha, invoca vários julgados da 6ª Turma que demonstrariam a divergência e, então, afirmando o caráter dinâmico não estático do Direito, do mesmo modo que o regime do estatuto da Criança e Adolescente que admite a responsabilização desses menores por ato infracional, propõe o acolhimento dos embargos para “*fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado artigo 224, alínea 'a' do Código Penal tem cunho relativo*”, dessa maneira restabelecendo o acórdão do Tribunal de origem.

Pedi vista diante da proposta de alteração da jurisprudência consolidada.

Passo ao exame.

Os embargos estão limitados à suposta divergência entre a 5ª e 6ª Turmas com respeito à natureza da presunção de violência então estabelecida na redação original do art. 224, II do CP.

Registro, antes do mais, que, desde os precedentes citados, a 3ª Seção já havia pacificado a inteligência jurisprudencial sobre o tema, e tanto isso é verdade que os casos julgados pela 6ª Turma e invocados como demonstrativos da divergência ou são *posteriores* a eles, revelando desapareço pela orientação justamente vocacionada à harmonização da jurisprudência, ou são *anteriores* e nessa condição sem valor porque já superados pela a Seção. Por uma ou outra razão, os embargos não poderiam ser admitidos.

Nada obstante tais ponderações, também conheço dos embargos pois a Seção está diante da oportunidade de encerrar de vez a pretensa divergência garantindo às partes segurança jurídica suficiente, ao menos por parte deste Tribunal.

Dois argumentos, penso eu, bastam para esse efeito.

O primeiro, de natureza jurisprudencial mostra com riqueza a manifesta prevalência da orientação adotada pelo acórdão embargado, não só neste, mas nomeadamente no Supremo Tribunal Federal.

Sem embargo de variadas considerações de ordem doutrinária ou acadêmica, também em boa parte convergente com a tese impugnada nos embargos, são nesse sentido todos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que trataram do tema, *exceto um*, relatado

Superior Tribunal de Justiça

pelo Ministro Marco Aurélio (HC 73.662-MG, j. 21.05.1996) em que, com a adesão dos Ministros Francisco Rezek e Mauricio Correa mas os votos contrários dos Ministros José Néri e Carlos Velloso, entendeu-se que a presunção de violência era relativa.

Nos demais casos, independente da *composição* do Tribunal -- que também a experimentou muitas alterações ao longo dos anos -- e da *época*, mais ou menos recente dos julgados, e sempre tendo presente a dinâmica das relações sociais, a solução da Suprema Corte, nas duas Turmas, foi *sempre* a de reconhecer a presunção estabelecida no art. 224, 'a' do CP como de caráter absoluto.

Veja-se:

HC 31.500-GB, Neder, v.u. j. 08.10.1973 -- "*o consentimento da ofendida e sua experiência sexual anterior não desconstituem a tipicidade*" do estupro.

RE 116.649-PR, Perence, v.u. j. 09.09.1988 -- "*presunção legal de violência que não cede em face da consideração de experiência sexual da ofendida*".

HC 72.575-PE, Neri, v.u. j. 04.08.1995 -- "*3. Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual*".

HC 74.286-SC, Sydnei Sanches, v.u. j. 22.10.1996 -- "*O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do estupro*".

HC 74.580-SP, Ilmar, v.u. j. 17.12.1996 -- "*O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro*".

HC 75.414-MG, Mauricio Correa, v.u. j. 24.06.1997 (nesse caso teria faltado prova do consentimento, porisso, caso contrário, Mauricio e Marco Aurélio teriam ficado vencidos contra Néri, Jobim e Velloso) "*Presume-se a violência no crime de estupro quando a vítima é menor de quatorze anos. Não há nos autos qualquer prova de que o consentimento da vítima foi relevante para atenuar o rigor da norma*".

HC 76.246-MG, Velloso, v.maioria (vencido Marco Aurélio; aqui Mauricio expressamente reconsiderou entendimento) j. 13. 02.1998 -- "*Estupro. Vítima menor de quatorze anos. Violência presumida. Consentimento da vítima e experiência sexual desta. Irrelevância*".

RHC 79.788-MG, Jobim, v.maioria (vencido Marco Aurélio) j. 02.05.2000 -- "*3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal*".

HC 81.268-DF, Perence, v.u. j. 16.10.2001 -- "*...presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos...caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de 14 anos para consentir na prática sexual...*".

Superior Tribunal de Justiça

HC 93.263-RS, Cármen Lúcia, v.maioria (vencido Marco Aurélio) j. 19.02.2008 – “*É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do estupro.*”.

HC 94.818-MG, Ellen, v.u. j. 24.06.2008 – “*É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do estupro.*”.

HC 99.897-PR, Eros Grau, v.u. j. 17.11.2009 – “*Estupro. Violência presumida. Caráter absoluto. Consentimento da vítima. Irrelevância.*”.

HC 99.993-SP, Joaquim Barbosa, v.u. j. 24.11.2009 – “*... é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior do art. 224, 'a' do Código Penal é de caráter absoluto.*”.

Por fim, recentemente, no HC 97.52-PR, Toffoli, v. maioria (vencido Marco Aurélio) j. 16.08.2011, ficou reafirmada em toda a linha a orientação já de décadas.

Essa longa relação de precedentes, todos no mesmo sentido sem discrepância alguma exceto a divergência isolada e obstinada do Ministro Marco Aurélio, revelam assim que a Corte Suprema ao longo de mais de 30 anos persevera no emendimento de que a interpretação do art. 224, alínea 'a', do CP (com a redação anterior), privilegiava uma presunção absoluta de violência.

Aliás, no julgamento isolado mas muito comentado à época em que prevaleceu o voto do Ministro Marco Aurélio (HC 73.662-MG), o minucioso e extenso voto divergente do Ministro Néri e, especialmente, o voto do Ministro Velloso deixaram patente que a questão aí abordada é de natureza constitucional.

Com efeito, disse o Ministro Velloso:

“A norma inscrita no § 4º do art. 227, da Constituição Federal – ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’ –, determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, do Cod. Penal, a maior amplitude.”

Com isso, assentou o Supremo Tribunal Federal, em matéria (constitucional) de sua estrita competência a orientação que por isso mesmo deve ser adotada pelos demais

Superior Tribunal de Justiça

Tribunais, inclusive este Superior Tribunal de Justiça, que, de resto, já a vem seguindo rigorosamente nos precedentes mencionados.

O segundo argumento, mas não menos importante, está em que, a prevalecer o entendimento exposto no voto da Ministra Relatora – *segundo o qual o comportamento da vítima ofendida bem assim sua experiência sexual anterior, consentimento ou malícia constituem fator capaz de afastar a tipicidade da conduta do réu* – o Tribunal termina por converter injustamente a vítima do estupro em verdadeira ré, julgando-lhe a conduta e reprovando-a, consumadamente e sem qualquer defesa e com enormes efeitos jurídicos negativos, as atitudes, vícios, mazelas ou defeitos, como se fosse ela, a vítima, sujeita ao juízo de condenação em lugar do réu.

Até porque, por justiça, quando os votos que reconhecem o desvalor do comportamento da vítima invariavelmente ressalvam e lamentam o consentimento e a experiência precoce das vítimas, antes da pecha de corrompidas ou de “*fazerem programas em troca de dinheiro*..” como referiu o acórdão de segundo grau para justificar a atipicidade, deveriam garantir-lhes a dignidade e a oportunidade de manifestação, por si e defensor qualificado tanto como a avaliação médica de seu desenvolvimento psicoemocional, em respeito mínimo ao devido processo legal a que tem direito constitucional. Do contrário, saem do processo, como no caso, com a reputação definitivamente destruída.

Não é por outra razão que a regra do art. 224, 'a' do CP era vista como uma norma cujo conteúdo estabelece antes de tudo um *dever geral de abstenção* (HC 73.662 voto vencido Néri) a dizer que não devem e não podem os adultos aproveitarem-se da menoridade das vítimas para exercício de seus propósitos sexuais.

Nesse sentido, a lei penal, seguindo o *mandado expreso de criminalização* prescrito pela Constituição no art. 227 § 4º, deve ser interpretada com *absoluto rigor* de modo a lograr a mais completa efetividade desse valor constitucional.

Ainda quando se alega a desenvoltura dos costumes e a “*dinâmica do Direito*”, razões de variada natureza justificam esse cuidado da lei penal, pois é razoável ter presente que a Constituição e a própria lei, há mais ou menos tempo, asseveraram a necessidade de preservação e proteção do menor criança ou adolescente.

De resto, sustentar o contrário, com a devida vênia, é comportar-se o Judiciário como legislador positivo o que de longa data se tem recusado.

E nem mesmo a “*criminalização*” de condutas de crianças ou adolescentes como ato infracional previsto no seu Estatuto pode constituir argumento transversal para deduzir a exclusão de tipicidade do réu pelo suposto comportamento degradado das vítimas, sobretudo as menores de 14 anos.

Superior Tribunal de Justiça

Ao contrário, o regime do ECA, embora penalize certas condutas de crianças e adolescentes, longe está de estigmatizá-las com caráter definitivo e discriminatório como fez a sentença, sem qualquer respeito aos direitos das menores. O tipo do art. 244-B do ECA, por exemplo, sugere que o agente adulto que se aproveita de menor para a prática de delitos sujeita-se também à responsabilidade, mostrando indiretamente que, ao contrário da valorização da conduta do menor, cuida-se de incrementar o desvalor da conduta do adulto.

Por essa razão a possibilidade de ser o menor responsabilizado por atos infracionais não traduz por si só fundamento para, no caso de estupro contra menor de 14 anos, sobrevalorizar o comportamento da vítima como fator de exclusão do crime do agente, em especial quando se cuida de adolescente feminina caso em que esse juízo depreciativo ainda reforça manifesto e injusto preconceito contra a mulher.

Ademais, o comportamento da vítima, de regra — embora com exceções que a própria lei estipula — é antes circunstância judicial considerada para a fixação da pena-base do agente (art. 59 CP), não se prestando à exclusão de tipicidade.

Por derradeiro, o fato é anterior à nova redação do Código Penal, mas, fosse ele posterior, ainda assim a solução não seria diferente pois agora a figura do *estupro de vulnerável* nem mais cogita de violência, presumindo-a pela só ocorrência da conjunção carnal com menor de 14 anos (art. 217-A), pouco importando assim a conduta da vítima.

A realização desse delito, outora como hoje, portanto, sempre prescindia da prova da força física ou persuasiva do agente assim como sempre considerou irrelevante a conduta da ofendida ou vítima porque é a proteção da dignidade do menor que domina o regime jurídico-penal nesse campo.

Em face disso, a exclusão lógica da valorização ou importância de qualquer comportamento da vítima é a resultante natural da dita alínea 'a' do art. 224 que adotou para esses casos a presunção legal e absoluta de violência por parte do agente.

Ante o exposto, *acolho* os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção estabelecida no art. 224, 'a' do CP, na redação anterior, tem caráter absoluto.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2) (f)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Sr. Presidente, sem embargo do brilhantismo do voto da eminente Ministra Relatora, ouse dele divergir, comungando, em todos os sentidos, com o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp.

Creio que, mesmo no contexto da dita vida moderna, não se mostra razoável atribuir capacidade de discernimento a menor de tão tenra idade, como no caso: duas menores de 12 (doze) anos e uma de 13 (treze), a ponto de considerá-las aptas a consentirem, validamente, com a prática sexual.

Nessa esteira, diante da literalidade da Lei Penal em vigor, parece-me iniludível que quis o Legislador proteger a liberdade sexual da menor de catorze anos, infringindo a 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, sendo com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517).

Há de se ressaltar que pouco importa a vida pregressa da vítima. O simples fato de ela já ter mantido relações sexuais outras vezes não significa que, por isso, o crime está desconfigurado. Ao meu sentir, essa circunstância só denota a fragilidade da proteção que se pretendeu dar ao jovem.

Reitero, portanto, os fundamentos declinados nos acórdãos paradigmáticos da Eg. Quinta Turma, prolatados nos autos do REsp 905.877/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 14/05/2007; e do REsp 762.044/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 02/05/2006. Valho-me, ainda, dos peregrinos argumentos lançados pelo eminente Relator deste segundo no voto condutor do julgado, *in verbis*:

*"Com efeito, uma jovem que não tenha mais de 14 anos de idade, ainda que já corrompida ou afeita aos prazeres carnavais, pode, de fato, ser vítima do denominado estupro ficto. E isto porque: **Primeiro**, como é sabido, existem incriminações nas quais a norma **proíbe** certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, **determina** - com pressupostos - a realização de*

Superior Tribunal de Justiça

determinada ação (tipos omissivos), tudo isto, sob ameaça de sanção penal. No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação, afastando despiendas incertezas denotativas, impõe, conforme J. Mestieri (in "O Estupro", p. 116), "um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade."

Segundo, não é de se confundir *innocentia consilii* com mero conhecimento, objetivo, do que é em ato sexual. Aquela diz com a maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto, **venia concessa**, dificilmente existe numa pessoa de 13 anos.

Terceiro, o denominado estupro ficto, com a sua estrutura legal, não guarda relação com a sedução e nem com a corrupção de menores. A honestidade da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas "a" e "b" do art. 224 do CP.¹⁰ Além do mais, a afirmação de que, no art. 224 do CP, estaria uma situação de responsabilidade objetiva, **data venia**, não procede. A equiparação legal não implica necessariamente na ausência do requisito de responsabilidade subjetiva. É ingênuo que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção. Se isto inoportunamente teremos o erro de tipo (art. 20, do CP), v.g., o *error actus*. Pode, eventualmente, dependendo dos envolvidos e das circunstâncias, até existir a possibilidade de erro de proibição (art. 21, caput e, 2ª parte do CP). É difícil a configuração mas, de antemão, não se pode descartar a hipótese. Enfim, ninguém deve, ou pode, sustentar a responsabilidade objetiva. A simples exigência do dolo acerca dos componentes da violência ficta, afasta aquela linha de argumentação.

Portanto, a questão de ser absoluta ou relativa a denominada presunção diz, em verdade, com o dolo. Qualquer outra consideração, como, v.g., a demonstração de consentimento "válido", escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. E não é só. Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso de expressão "de menor". Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como incoerente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. Por outra, a nossa legislação - repetindo - protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de exposto texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente

Superior Tribunal de Justiça

as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, **objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos**. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada **prostituição infantil**. **Data venia**, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. **Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular com respaldo na lei, repugna.**

Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. **Joho Mestieri**) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram **14 anos**), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na **innocentia consilii**, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de **madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais**. Não se confunde, pois, a falta de **innocentia consilii** com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual. Caso contrário, **ad argumentandum**, toda e qualquer prostituta infantil, v.g., de 9 ou 10 anos de idade teria que se considerada como madura e o seu consentimento válido. O que, **data venia**, é algo lógico axiologicamente ininteligível. E, como ficaria a **questão**, em relação às denominadas presunções estabelecidas nas alíneas **b** e **c**? Todas seriam legais-condicionais, segundo terminologia antiga afirmando-se que tanto no caso da letra **b** como no da **c**, a presunção é **relativa** sob enfoque, tão somente, **da consciência do autor acerca da condição da vítima**. Portanto, nada mais do que aplicação do **princípio da culpabilidade** ou da **responsabilidade subjetiva**. **Verbi gratia**, ninguém chega a ponto de relativizar a presunção da letra **b** na hipótese em que o sujeito ativo tem plena **consciência** da debilidade mental da vítima. No entanto, na alínea **a**, mesmo que o autor tenha ciência acerca da idade da ofendida busca-se, equivocadamente, ainda assim, um outro dado, vago e impreciso, como fator de impunidade. A presunção, por assim dizer, da alínea **a**, é, na verdade, nestes limites, e sob este enfoque, legal-condicional, **iuris tantum** (tal como nas alíneas **b** e **c**), admitindo, em regra, apenas, o **error aetatis**, ex vi art. 20, caput, do CP. Entretanto, não se pode esquecer que, ao contrário, por exemplo, da alínea **b**, o **dolo eventual** aqui é suficiente. E mais ainda, tudo isto, sem considerar a extensão decorrente da polémica acerca do **grau de atualização do dolo** ou, como é dito por alguns, a **co-consciência** (**Winfried Platzenheimer** in "Die Bewußtseinsform des Vorsatzes", ps. 26 e seguintes, Viena, 1964 e, comparativamente, **E.R. Zaffaroni** in "Tratado de Derecho Penal", vol. III, ps. 301/305, Ediar, 1981 e in "Manual de Derecho Penal", p. 406, n° 247/248, 6ª ed., 1996, Ediar, **Teresa Pizarro Bolea** in "Direito Penal", 2ª vol., ps. 183/184, AAFDL, 1985, **G. Stratenwerth** in "Derecho Penal", Pg I, Edersa, p. 97, n° 262, Madrid, 1982, **G. Jakobs** in "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación", 2ª ed., 1997, ps. 3 17/318, Marcial Pons // Com posição diferenciada: **Michael Köhler** in "Vorsatzbegriff und bewußtseinsform des Vorsatzes", G.A., 1981, págs. 285 e 290, e **G. Schewe** in "Bewußtsein und Vorsatz", Berlin, 1972).

De qualquer forma, por que considerar nas alíneas **b** e **c**, como fator de caracterização da presunção, na modalidade de legal-condicional o **elemento cognitivo** do dolo **e**, na alínea **a**, além deste fator, um outro,

Superior Tribunal de Justiça

totalmente flexível e de difícilíssima verificação concreta (a validade do consentimento de uma menor)? Seria a insensibilidade assumida para com as menores abandonadas ou desamparadas e expostas aos desejos um tanto estranhos de alguns insaciáveis? Ou, será que, **em extremo aposto**, estar-se-ia confundindo **innocentia consilii** com castidade, etc., e com isto mesclando, sem o menor sentido, as alíneas **a** e **b**? Na realidade, a questão da natureza da chamada **presunção de violência** tem merecido um tratamento heterogêneo, sendo que a exceção adicional, no caso da letra **a**, é carecedora de suporte jurídico. Tem sido, não poucas vezes, tratada como uma forma de banalização dos pretensos modernos costumes sexuais, olvidando-se, no entanto, aí, a **tenra idade das vítimas e a ausência de aceitação, na mente popular, de atos sexuais realizados nas circunstâncias previstas na alínea a**. E, por fim, a norma por detrás da tipificação legal (cfr. esquema de E.R.Zaffaroni) não diz que é proibido, **salvo se a ofendida é de vida desgrada ou prostituída**, praticar conjunção carnal com menina não maior de 14 anos. Esta ressalva, própria de determinada fase do Direito Romano, não existe e sistemicamente se apresenta destituída de coerência.

Dai se vê que meros exercícios de **semântica** em torno do legislativamente inadequado uso da expressão **"presunção"** levam a uma conclusão que não pode ser considerada produto de interpretação teleológica.

Apenas, a título de comparação, a prática de atos sexuais com menores continua sendo **conduta reprovável** em outras legislações penais (o grau de censurabilidade, é claro, guarda a proporção estabelecida em cada país), v.g.: **arts. 182 e seguintes do C. Penal espanhol de 1995; art. 172, n° 1 e n° 2 do C.P. português com a revisão do Decreto-lei n° 48/95, art. 119, § 1° do C.P. argentino; art. 609, n° 1 do C.P. italiano.**

Ante o exposto, reafirmo, com a devida vênia, o meu entendimento, para acompanhar o voto divergente do Sr. Ministro Gilson Dipp.

É como voto.

*Superior Tribunal de Justiça***EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2)****(f)****VOTO**

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sr. Presidente, há alguns fatos que precisam ser aqui descritos.

Veja-se, por exemplo, que, no **Habeas Corpus** nº 99.993/SP, mencionado pelo Sr. Ministro Gilson Dipp, julgado em 24 de novembro de 2009, no STF, Relator o Sr. Ministro Joaquim Barbosa, diz que "(...) é irrelevante o consentimento da ofendida menor de 14 (quatorze) anos, ou mesmo sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência, a que se refere a redação anterior do art. 224, 'a', do Código Penal, é de caráter absoluto."

Claro que o Sr. Ministro foi preciso, mas estamos aqui a tratar de um artigo que foi revogado, já naquele momento. S. Exa. fez essa ressalva.

Com a reforma que tivemos em 2009, a exemplo de legislações de Direito Penal estrangeiras, temos agora a figura do estupro também em relação à figura masculina.

Esse é um cenário novo.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma jovem de 18 (dezoito) anos que venha a ter relações sexuais com um jovem, um rapaz de 13 (treze) anos e meio, e teremos que considerar, nessas hipóteses, em face da nova lei, que teríamos aqui uma mulher a praticar violência de ordem sexual com uma presunção absoluta contra um garoto em torno de 14 (catorze) anos.

Como preleciona Nucci, "o delito admite o cometimento do homem contra a mulher; do homem contra o homem; da mulher contra o homem; da mulher contra mulher" (c.f. *in* "Crimes Contra Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009", 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 53).

Acho que o cenário, repito, que estamos a viver agora é parecido com o da letra da música de Raul Seixas, "Metamorfose Ambulante".

Superior Tribunal de Justiça

Às vezes, é melhor não ter uma opinião formada sobre tudo e poder, em certas circunstâncias, relativizar ou interpretar os fatos de acordo com o tempo, a sociedade, os costumes de um determinado momento que não se ajustam a uma legislação que, nesse tema – veja-se, estamos a tratar aqui de crime de violência sexual, de costumes, de cultura, de um código que foi feito na década de 1940, baseado no Código Rocco Italiano, com feição fascista, obviamente, no que tinha de bom e de ruim.

Não teríamos que repensar os valores, os costumes e o próprio rejuvenescimento do tipo penal – que se tornou mais grave, seja pela hipótese agora abrangente? Seria uma heresia falar em estupro de homem no Brasil, no Código Penal, dos anos 1940. Agora não é mais, o tipo é mais grave, mas ele se adequou a um novo perfil.

Se, no caso citado, estivessemos diante de uma jovem de 18 (dezoito) anos, mulher, a ter relações sexuais com um garoto de um pouco menos, ou em torno de 14 (catorze) anos, nós teríamos que considerar essa hipótese sem nenhuma relativização? É um tema a se pensar.

Penso que a relativização da presunção não implica, nesse novo cenário, desconsiderar-se a regra geral. Significa dizer que a exceção confirma a regra geral.

Creio que isso foi dito pela Sra. Ministra Maria Thereza, na elaboração do seu voto.

Seria justo – e essa foi a expressão que S. Exa. usou – considerarmos, nesse exemplo, a imposição de uma sanção a partir de um conceito estabelecido pela legislação há muito tempo, naquela seara cultural, que, talvez, mais tenha sofrido modificações no desdobrar do tempo no Brasil?

Penso que é o momento de se debruçar sobre essa nova realidade, sem, absolutamente, desprezar a proteção, que tem sede constitucional, da família, do adolescente, da criança. Mas ponderando esse valor com a construção que se faz do que seja o justo. E nós somos, aqui, integrantes do Superior Tribunal de Justiça.

Superior Tribunal de Justiça

Permito-me, nesse caso, extraindo dos versos da canção de 1970, "ser essa metamorfose ambulante" na análise do tema, na tentativa e no respeito a qualquer posicionamento diverso.

Prefiro ser, repito, essa metamorfose ambulante para tentar ser justo com os tempos em que vivemos – "ó tempos, ó costumes", diziam os romanos – e perceber que já há um espaço na interpretação da norma penal para não entender essa presunção como **juris et de jure**.

Nesse caso, pedindo vênia a quem pensa de forma diversa, acompanho o entendimento da relativização do conceito de presunção sem, pela última vez dizer, desprezar a regra geral.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0099313-2

**EREsp 1.021.634 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 10185963

18703

200800032011 2360120030090653

PAUTA: 10/08/2011

JULGADO: 28/09/2011
SEGREGADO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dna. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : 1 A F

ADVOGADO : VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Gilson Dipp acolhendo os embargos para considerar absoluta a presunção de violência, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz, e voto do Sr. Ministro Og Fernandes, acompanhando a Relatora, acolhendo os embargos para considerar relativa a presunção de violência, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Aguardam os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Art. 162, § 2º, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília, 28 de setembro de 2011

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP
(2011/0099313-2) (f)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhor Presidente, vou procurar ser breve.

A questão em apreço é por demais conhecida: discute-se, como bem definiu a eminente Relatora, se a violência presumida referida no art. 224 do Código Penal deve ou não ser relativizada quando a vítima for menor de 14 anos. A Ministra Maria Thereza concluiu que a violência presumida deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto. Pediu vista o Ministro Gilson Dipp, que, após cuidadoso levantamento da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, concluiu que a presunção de violência é absoluta.

Não tem dúvidas em aderir aos votos da eminente Relatora e do Ministro Og Fernandes no sentido de que a violência presumida deve ser relativizada de acordo com a situação concreta dos autos. Porém preocupou-me e muito, sendo o motivo pelo qual pedi vista, a falta, reiterada e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em tela relacionada pelo Ministro Gilson Dipp.

E preocupou-me porque não acho razoável que uma jurisprudência consolidada e contemporânea da Suprema Corte venha a ser desrespeitada por Tribunal, seja ele federal, estadual ou nacional. Não tem sentido o Superior Tribunal de Justiça mostrar ressalvas, em diversas oportunidades, ao descumprimento pelos tribunais inferiores da interpretação por ele fixada dentro de sua competência constitucional e desrespeitar entendimento uniforme e reiterado daquele que tem o poder, inclusive, de reformar nossas decisões.

Superior Tribunal de Justiça

Entendo que, no momento por que passamos, é essencial que o Judiciário transmita ao jurisdicionado confiança e é indiscutível que, como já disse Marcelo Alves Dias de Souza (*Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*, Ed. Juruá, 2006, pág. 299), "a obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade de nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um sentido de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas".

Ao analisar a questão da segurança jurídica quanto à necessidade de o Judiciário transmitir para o jurisdicionado um pensamento coerente, estável, uniforme, o Prof. Marcelo Alves Dias de Souza nos apresenta lição altamente esclarecedora de Ehrlich (grifo nosso):

A norma de decisão contém a proposição geral em que se baseia a decisão e, desse modo, estabelece a pretensão de que é uma verdade válida, não apenas para o caso específico, mas também para todo caso igual ou parecido [...]

Essa é a lei da estabilidade das normas legais, que é de tão imensa importância para a criação do direito. Ela baseia-se, em primeiro lugar, na psicologia social. **Dar decisões contrárias em casos iguais ou parecidos não seria direito, mas sim arbitrariedade e capricho.** Também se baseia numa certa saudável qualidade econômica de pensamento. **O gasto de trabalho intelectual que, sem dúvida, está sempre envolvido na procura de normas de decisões, muitas vezes pode ser evitado dando-se uma decisão segundo uma norma que já foi encontrada.** Além disso, há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e prever as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de tomar as providências necessárias de acordo com isso.

A lei da estabilidade das normas jurídicas de decisão funciona, sobretudo, no tempo. O Tribunal não irá, sem uma boa causa, afastar-se de uma norma que aplicou na decisão de um caso enquanto a norma for lembrada, e, com frequência são tomadas medidas especiais para impedir que sejam esquecidas. Mas também funciona no espaço: pois as normas para decisão que foram encontradas por um tribunal serão prontamente aplicadas por outros tribunais que existem na mesma esfera de influência, se não por outra razão, a fim de evitar o provável trabalho de encontrar normas [...]

Superior Tribunal de Justiça

Na verdade, tal preocupação não é isolada. A necessidade dos tribunais e dos juízes de respeitarem os precedentes jurisprudenciais fixados pelas Cortes Superiores vem sendo externada também por outros doutrinadores:

Uma das funções primordiais do Direito, na dinâmica judiciária, é a de fornecer a 'certeza do Direito', entendida como aquela consistente na possibilidade, proporcionada aos jurisdicionados de que, através de um instrumental, haja o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível. A atividade jurisdicional, no seu conjunto, deve proporcionar e traduzir esta certeza, havendo de resultar da tarefa de dizer o Direito, no seu todo, um panorama de decisões apreciavelmente coincidentes sobre os mesmos temas.

(Arruda Alvim. *Tratado de Direito Processual Civil*, 2ª ed., pág. 13 – grifo nosso)

Um dos maiores temores quanto ao poder acentuado das decisões e precedentes judiciais repousa na idéia de que eles não seriam aptos a conferir estabilidade e a previsibilidade necessária à pacificação judicial.

Pacificar a sociedade demanda, como sempre demandou, um sistema jurídico estável, em que as regras e soluções aplicadas aos fatos da vida não variam e sejam, tanto quanto possível, previsíveis. Estabilidade e previsibilidade são dois dos pilares de qualquer ordenamento jurídico que se quer pretender respeitado, e ninguém elabora um intrincado modelo normativo, com uma série de regras que determinam tantas situações quantas passíveis de serem verificadas na sociedade, consolidado ao longo de séculos, para que ele não seja obedecido. Um direito instável e imprevisível não gera a segurança jurídica que razoavelmente dele se pode esperar. Instabilidade e previsibilidade resultam em nervosismo, ao revés de pacificação social. É correto afirmar-se, então, que é melhor não haver direito a possuir um direito sujeito a toda e qualquer ingerência externa e parcela de interesses pessoais, celeiro de desigualdade, insegurança e controvérsias.

(Marco Antonio de Costa Sabino. *O precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil*, in *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 85, pág. 59 – grifo nosso)

Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente se coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os

Superior Tribunal de Justiça

justifica. Pouco importa o nome de que elas se revistam - súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for -, obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa propiciar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

[...]

Talvez só porque, infelizmente no Brasil pós-1988 se adquiriu a utílica do 'autonomismo', e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tomado, tema passionai o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juizes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? respondi-lhe na oportunidade, o que aqui consigno. Essa mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juizes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?

(Calmon de Passos, *Súmula Vinculante*, in Revista do TRF da 1ª Região, vol. 9, n. 1, págs. 163/176 – grifo nosso)

Pode-se imaginar o mal-estar que criam, na sociedade brasileira, tanto as divergências concomitantes que há entre Tribunais quanto as alterações bruscas de seus próprios entendimentos.

Essa é mais uma razão que nos faz ver com bons olhos a inclusão da súmula vinculante no nosso sistema jurídico, já que, como veremos mais adiante, a existência de uniformidade na jurisprudência é pressuposto para que se realize, no plano dos fatos, o princípio da isonomia.

[...]

A doutrina comenta que mesmo nos países da Europa Continental a transcendência dos precedentes vem sendo observada. Diz-se que a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade; garante a igualdade dos jurisdicionados; evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência; e constrói uma presunção em prol do acerto do precedente.

[...]

A força persuasiva que deve ter a jurisprudência não vinculante se confunde saudavelmente com a consciência da inexorabilidade de que a questão seja, afinal, decidida em conformidade com o entendimento dos tribunais superiores. E deve ter, como de fato tem, em alguns casos, o

Superior Tribunal de Justiça

condão de gerar condutas e decisões judiciais (de 1o. e 2o. graus de jurisdição), já de acordo com o que se espera venha a ser a decisão do STJ ou STF.

Assim, se de um lado não existe, no sistema brasileiro, a obrigatoriedade de respeito a jurisprudência pacificada dos tribunais superiores, pode-se dizer que é insita à própria estrutura do Judiciário e à função de cada Tribunal, principalmente a dos tribunais superiores, a necessidade de que essas decisões orientem os demais órgãos do Poder Judiciário. Com isso, pretendemos dizer que o nosso sistema não seria o que é, nem seria como é a estrutura do Judiciário, se não houvesse, subjacente à criação desse modelo, a **idéia de que as decisões dos tribunais superiores devem ser respeitadas pelos demais, principalmente quando se forma jurisprudência reiterada em determinado sentido.**

É claro que, se os próprios tribunais superiores alteram com frequência indesejável suas próprias posições, a respeito de temas jurídicos importantes, fica quase impossível eleger-se a sua jurisprudência 'pacificada' como um norte.

Por outro lado, não se pode, rigorosamente, dizer que os precedentes dos Tribunais Superiores realmente vinculam, pois o nosso sistema não admite que o juiz decida senão com base, pelo menos, fundamentalmente, na lei. Orienta a atividade decisória do juiz o princípio do livre convencimento motivado: há liberdade para analisar as provas, formar a convicção e decidir, com base na interpretação da lei que se entenda correta. O juiz tem, portanto, no sistema brasileiro, segundo a opinião que predomina, a possibilidade de optar pela interpretação da lei que lhe pareça a mais acertada.

Então como sustentar dever a jurisprudência dominante, principalmente a dos tribunais superiores, ser respeitada?

É que essa liberdade não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de gerar o comprometimento da forma sistemática do direito e o afastamento integral da possibilidade de se tratarem isonomicamente os jurisdicionados.

(Teresa Arruda Alvim Wambier. *Súmula vinculante*: figura do *common law*?, in Revista do TRF da 4ª Região, vol. 44 – grifo nosso)

E também esta Corte tem, em momentos vários, demonstrado igual preocupação:

PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente.

Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. **Em verdade, o Poder Judiciário**

Superior Tribunal de Justiça

mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciais façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

(AgRg nos EREsp n. 228.432, DJ 18/3/2002, Ministro Humberto Gomes de Barros – grifo nosso)

[...]

6. A doutrina do tema assenta que: Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judiciais que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de anunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécie semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: Arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 4 e 5).

(REsp n. 1.111.743, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 21/6/2010 – grifo nosso)

[...]

3. Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações

Superior Tribunal de Justiça

diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade.

4. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores.

(REsp n. 1.063.310, DJe 20/8/2008, Ministro Teori Albino Zavascki – grifo nosso)

Vale chamar a atenção aqui para recente decisão proferida nos autos do HC n. 188.959, quando o Ministro Jorge Mussi, em matéria consolidada no âmbito deste Tribunal em determinado sentido, reconheceu a necessidade de seguir orientação firmada de forma reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em sentido oposto (grifo nosso):

[...]

A Turma denegou a ordem para adibir o entendimento segundo o qual o descumprimento das condições impostas em transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995) acarreta o oferecimento da denúncia e seguimento da ação penal. Segundo destacou o Min. Relator, recentemente, reconhecida a repercussão geral, a matéria foi objeto de análise pelo STF. Na oportunidade, firmou-se o posicionamento de que o prosseguimento da persecução penal na hipótese de descumprimento das condições impostas na transação penal não ofende os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, uma vez que a decisão homologatória do acordo, submetida à condição resolutiva – descumprimento do pactuado – não faz coisa julgada material. **O Min. Relator ponderou que, apesar da aludida decisão ser desprovida de caráter vinculante, o posicionamento adotado pela unanimidade dos integrantes do STF, órgão responsável em última instância pela interpretação constitucional, deve ser observado. Concluiu que, atento à finalidade do instituto da repercussão geral, e em homenagem à uniformização da jurisprudência, é imperiosa a revisão do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, passando-se a admitir o ajuizamento da ação penal quando descumpridas as condições estabelecidas em transação penal.**

No caso concreto, como bem relatou o Ministro Gilson Dipp, a questão encontra-se pacificada tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Superior Tribunal de Justiça

quanto neste próprio Tribunal, onde, por três vezes, em momentos distintos, com composições distintas, esta Terceira Seção firmou o mesmo entendimento há muito já consolidado no Supremo: a presunção de violência no caso de estupro é absoluta.

Quero esclarecer que não sou a favor da jurisprudência congelada, de que a interpretação firmada por nossos tribunais superiores seja imutável. Ela deve acompanhar a realidade e se adequar ao desenvolvimento social:

[...] todos estes mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de normatização pretoriana. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposto pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça...
(José Rogério Cruz e Tucci, *in* Precedente judicial como fonte de direito, pág. 180)

Porém tal mutabilidade tem que considerar, como também já disse Cruz e Tucci, uma vocação para o futuro, ou seja, que tal modificação seja "destinada a ser mantida com potencial continuidade em situações análogas" (ob. cit. pág. 299). Considerando o posicionamento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não vejo como a proposta encaminhada pela eminente Relatora vá atender essa condição.

Além do mais, não se trata de uma adequação da interpretação de um dispositivo do Código Penal (art. 224) a uma nova realidade social.

Isso, porque, na verdade, a interpretação dada pela nossa Corte Suprema, bem como por esta própria Terceira Seção, à questão da natureza absoluta da presunção de violência não é antiga, desassociada da realidade atual. Ela – como fica claro no voto exarado pelo Ministro Dias Toffoli quando do julgamento do HC n. 97.052, ocorrido em 16/8/2011, cuja ementa foi publicada em 14/9/2011 – é atual e comum às duas Turmas que compõem a Corte:

Superior Tribunal de Justiça

A questão controvertida, no caso em questão, consiste na interpretação do que dispõe o art. 224, 'a', do Código Penal, relativamente à presunção de violência quando a vítima não for maior de 14 (quatorze) anos de idade.

A maioria já sedimentada, tendo ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria, assentado que a presunção de violência, ainda que haja o consentimento da ofendida, é absoluta:

[...]

Esta é a orientação consolidada no Supremo Tribunal (HC n. 81.268/DF, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/11/02; RHC n. 80.613/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02/05/2000; RHC n. 79.788/MG, segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 17/08/01).

Vale, ainda, citar decisão recente da lavra do Ministro Luiz Fux, que, ao indeferir liminar nos autos do HC n. 109.206 (DJe 8/8/2011), disse que (grifo nosso):

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a **violência** em relação à vítima não maior de 14 (quatorze) anos, de que trata o artigo 224, "a" do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, é **absoluta**, consoante se vê dos seguintes julgados [...]

O precedente invocado nas razões da impetração (HC 73.662), prestigiando a tese da relatividade da presunção de violência, consubstanciou caso isolado nesta Corte, restando, conforme afirmado no HC 81.268, acima citado, suplantado por sucessivos julgamentos de ambas as Turmas deste Tribunal em sentido contrário.

Considerando, portanto, que "a vinculação ao precedente é fundamental para que a sociedade confie no Poder Judiciário, desmistificando-o como uma instituição que decide com base na convicção de cada indivíduo que a compõe, de sorte a formar uma multiplicidade de julgamentos díspares, gerando insegurança jurídica" (Marco Antonio da Costa Sabino, *ob. cit.* pág. 71/72), bem como tendo em vista a necessidade de se prestigiar a jurisprudência já consolidada no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em apreço, até como exemplo para as instâncias inferiores, e ressaltando meu entendimento pessoal, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilson Dipp.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, **acolho** os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência.



Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2) (f)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE: Senhor Presidente, não estou acompanhando a divergência; estou acompanhando o posicionamento da Sra. Ministra Relatora no sentido da presunção relativa, principalmente com os argumentos hoje trazidos ao debate.

Penso que, quando possível, devemos evitar decidir contra o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal nas matérias de forma prejudicial ao réu, o que demandará dele um esforço de defesa, uma estrutura jurídica para questionar a decisão a ele desfavorável na Suprema Corte. Agora, na situação em que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é mais favorável e que eventual esforço será do Ministério Público, abre-se nova oportunidade para o STF, se entender que deve tratar de matéria de alcance infraconstitucional com essa característica de definitividade, examinar a questão.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, acolhendo os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção contida no revogado art. 224 do Código Penal tem o caráter relativo.

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2)
(f)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : I A F
ADVOGADO : VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sr. Presidente, a propósito do que disse a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, estava lembrando-me de que, no Direito Privado, praticamente, o Superior Tribunal de Justiça cumpre a sua tarefa de dar a palavra final em matéria infraconstitucional, com raras exceções, talvez em Direito de Família. No Direito Penal, tenho anotado que não damos a última palavra. Tudo vai para o Supremo Tribunal Federal, e o STF acolhe tudo.

Então, parece-me que está na hora de fazermos virar um pouco mais a nossa palavra final em matéria infraconstitucional, como é a matéria que estamos abordando. Não tenho dúvidas. Desde os tempos, se bem me recordo, lá no Sul, passei a entender que essa presunção teria que ser relativa em função do avanço da sociedade, de jovens que, aparentemente, tinham 18 anos ou mais e, no entanto, tinham quase 14 anos. Estavam, portanto, na situação "infra idade" de 14 anos.

Acho que há uma evolução. Respeito a posição do eminente Colega que se manifestou há pouco, Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que fez um belo trabalho, mas ainda ficaria na linha do meu passado no sentido de entender que é relativo, que se tem de examinar caso a caso.

Acompanho, portanto, o voto da Sra. Ministra Relatora, acolhendo os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado art. 224 tem o caráter relativo.

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.021.634 - SP (2011/0099313-2) (f)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
 EMBARGANTE : I A F
 ADVOGADO : VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
 EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
 (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):**

Sr. Presidente, desde há muito tenho decidido assim no meu Tribunal, no Rio de Janeiro, e entendo que não podemos ser inflexíveis à realidade social. O Brasil é um País de grandes dimensões e inúmeros paradoxos. Admitir, nos dias de hoje, como um dogma, que essa presunção é absoluta, seria nos distanciarmos um pouco dessa realidade.

Em matéria de direito, especialmente em Direito Penal, as questões devem ser analisadas tendo em vista o caso concreto, porque o problema não é, apenas, de segurança jurídica, mas, antes de tudo, de justiça. E o nosso dever, respeitando as opiniões divergentes, é buscar a efetivação da melhor justiça.

Quanto à questão da legislação infraconstitucional, interessante e necessário é enfatizar que as competências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estão delimitadas na Constituição Federal. Elas refletem a vontade do legislador constituinte. Se a competência do STJ consiste, basicamente, em dirimir controvérsias em matéria de legislação infraconstitucional, a isso não podemos nos furtar, vez que temos o dever constitucional por destinação do legislador constituinte. O STF não tem hierarquia sobre o STJ nas matérias que lhes são afetas. A mais alta Corte do país analisa a questão constitucional.

O art. 102 da Constituição prevê: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente - o advérbio, precipuamente, todos sabemos, antes de tudo - a guarda da Constituição".

Portanto, não podemos nos furtar a analisar matéria infraconstitucional. O que não se pode é querer, ao decidí-la, fazer prevalecer códigos obsoletos, embora muito bem elaborados para a época em que foram aprovados, mas fora do contexto da realidade atual, ainda mais quando contrariam, efetivamente, a Constituição.

Ressalte-se que os Códigos Penal e de Processo Penal não podem se opor à Lei Fundamental, embora tudo leve a crer que no Brasil ainda não se

Superior Tribunal de Justiça

chegou a um entendimento mais uniforme. Assim, reafirmo que não é cabível, em hipótese alguma, aplicar uma norma infraconstitucional em contrariedade à Constituição.

Mas, no caso, não há oposição à norma constitucional. Ao contrário, o seu fim social, em qualquer princípio de hermenêutica de aplicação da lei, é, justamente, buscar a efetivação da justiça.

De sorte que, pedindo vênias aos que sustentam posições distintas, - e há argumentos muito bem fundamentados para fazê-lo - eu diria o que foi mencionado há pouco usando as palavras do poeta francês Boileau: "*Tiens toi à ton style*" (cada um fica na sua área), ou seja, trata-se de legislação infraconstitucional e temos o dever de julgá-la e interpretá-la. O STF pode decidir como quiser, mas não há inconstitucionalidade em reconhecer, principalmente nos tempos atuais, que essa presunção é relativa.

É como voto.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, acolhendo os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado art. 224 tem o caráter relativo.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0099313-2

EREsp 1.021.634/

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10185963

18703

200800032011 2360120030090653

PAUTA: 10/08/2011

JULGADO: 23/11/2011

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dna. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **VANILDES S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : 1 A F

ADVOGADO : VITOR EDUARDO TAVARES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Gilson Dipp, acolhendo os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência, e o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, declinando-se apto a votar, acompanhando a Relator, e os votos dos Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) no mesmo sentido, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência para considerar relativa a presunção de violência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

ANEXO XI Acórdão dos autos de apelação Criminal nº 0004538-95.2009.26.0024



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2012.0000087872

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004538-95.2009.8.26.0620, da Comarca de Taquarubá, em que é apelante ELIZEU JOSÉ DE OLIVEIRA sendo apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denm provimento ao apelo do acusado, Elizeu José de Oliveira, para absolvê-lo com fundamento no artigo 386, III, do CPP, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ E PÉRCLES PIZA.

São Paulo, 5 de março de 2012.

FIGUEIREDO GONÇALVES
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Voto nº 24.856

Apelação Criminal nº 0004538-95.2009

Órgão Julgador: 1ª Câmara da Seção Criminal

Comarca de TAQUARITUBA

Vara Única – Ação Penal nº 620.01.2009.004538-7

Apelante: **ELIZEU JOSÉ DE OLIVEIRA**

Apelado: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

O ora apelante foi denunciado pela prática de estupro (artigos 217-A do Código Penal), em razão de fato ocorrido no dia 10 de outubro de 2009, no período noturno, no recinto de festa "FACITA", no bairro Parque São Roque, na Cidade e Comarca de Taquarituba, quando praticou conjunção carnal com Janaina Aparecida Honório, que era virgem e contava à época doze anos de idade. Foi condenado a 8 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, sendo-lhe concedido o apelo em liberdade (fls. 82-85).

Apela da sentença, buscando a absolvição por insuficiência de provas (fls. 97-106).

Contrarrazões a fls. 109-111.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça oficia no sentido do não provimento do recurso (fls. 125-126).

Apelação nº 0004538-95.2009.8.26.0620

2



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

É o relatório.

Não se duvida, em face do resultado do exame pericial que a vítima sofrera violência de natureza sexual: o exame de corpo de delito constatou *"rotura himeral recente, compatível com a data do histórico"*, concluindo o médico legista que houve conjunção carnal e a vítima era virgem (fl. 5).

O recorrente negou o delito nas duas oportunidades em que foi ouvido. Perante a autoridade policial, relatou manter, a princípio, apenas relação de amizade com Janaina, mas passados uns três meses, ela começou a insinuar-se, querendo namorar, mas não lhe deu atenção, pois àquela época já namorava. Na data dos fatos, recebeu uma ligação de Tatiana, irmã de Janaina, marcando um encontro com esta. Veio, então, à Praça João Climaco, onde estavam Tatiana, Janaina e o namorado de Tatiana, oportunidade em que Janaina manifestou a vontade de ficar com o declarante, sugerindo Tatiana que fossem a um motel, recusando-se. Tatiana saiu com o namorado de carro e o declarante saiu de moto com Janaina, conversaram um pouco na Praça São Roque e depois a deixou em casa, afirmando nunca tiveram relações sexuais (fls. 90-10).

Em juízo, o acusado reafirmou eram, apenas, amigos e no dia dos fatos conversou com Janaina, oportunidade em que esta pediu ficasse com ele, mas negou, pois namorava, acrescentando não tivesse interesse por ela (fls. 60 e verso).

Janaina foi ouvida em três oportunidades no processo. Perante a autoridade policial, disse conhecera Elizeu, irmão de seu padrasto, há mais ou menos sete meses, ocasião em que este veio morar na casa situada na propriedade rural Fazenda Esperança,



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

local onde moram a mãe e o padrasto da declarante. Começou a se relacionar com Elizeu, mas no início não tiveram relações sexuais. Passado algum tempo, estava com sua irmã Tatiane e esta ligou para Elizeu e marcou encontro entre este e a declarante na Praça João Climaco. Elizeu veio de moto e a levou até o recinto de festa da Facita e ali acabaram mantendo relação sexual com o consentimento da declarante. A irmã contou o fato para a avó e *"o caso foi parar na polícia"*, mencionando o acusado que a declarante *"nunca acabou com a vida dele, pois ele tem namorada"* (fl. 6).

Na instrução, primeiro a vítima disse que não manteve relação sexual com Elizeu e sim com uma pessoa de nome Danilo, a quem não conhecia, alegando estivesse bêbada (fl. 54). Depois, reafirmou tivera relação sexual com o acusado, na forma como descrevera na delegacia de polícia. Esclareceu que Elizeu tinha namorada e estava para casar; ele não disse que gostava dela, mas achou que ele gostasse. Disse que era virgem e *"pensou bem antes de cometer o fato porque queria ficar com o acusado"* (fl. 61).

A mãe, Ana Maria, relatou que a própria filha lhe confessara a relação sexual com Elizeu (fl. 13), sustentando, depois, que não fora com ele e sim com outra pessoa. Janaina, entretanto, disse se relacionara com Elizeu achando que a depoente aceitaria (fl. 56).

Ouvido somente em juízo, o pai da vítima, Adriano Aparecido Honório, disse que Janaina nada falou sobre o ocorrido, confirmando que, depois dos fatos a filha passou a residir com ele e só registrou boletim de ocorrência porque a mãe a expulsara de casa (fl. 55).

As testemunhas de defesa nada esclareceram



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

sobre a imputação delitiva, apenas, tentaram estabelecer os bons antecedentes do réu. Moacir acrescentou que à época dos fatos, o acusado tinha namorada e esta sempre estava na casa dele (fls. 58-59).

Ao que se infere das provas, o encontro entre acusado e vítima realmente aconteceu. Elizeu, a despeito de negar a relação sexual com a vítima, admitiu tê-la encontrado naquele dia, encontro este descrito por ela com detalhes e sem divergências (fls. 6 e 61), confirmado pela irmã Tatiane, que disse ter presenciado quando os dois saíram de moto (fls. 12 e 57).

Depois, observe-se que a mãe acreditou na primeira versão da filha, de que se relacionara sexualmente com Elizeu, pois concordou fosse morar com o pai para que ficasse longe do acusado e não acontecesse de novo, acrescentando achar que a vítima gostava deste (fl. 56).

Pelo que se percebe dos relatos da vítima, começou a relacionar-se com o acusado, até que certo dia marcou um encontro, alegando tiveram relação sexual e o fizera espontaneamente. A irmã ficou sabendo e contou à avó, sendo o fato registrado em boletim de ocorrência dias depois, comparecendo a vítima à delegacia em companhia do pai (fls. 3-4). Depois, arrependida, tentou inocentar o acusado, dizendo que não fora com ele que se relacionara, apontando outra pessoa, Danilo, a quem sequer conhecia, sem descrição alguma dos fatos, alegando estivesse embriagada. No entanto, acabou por reafirmar tivera, realmente, relação sexual com o acusado, tal como descrito no boletim de ocorrência e na delegacia, confirmando que Elizeu namorava e estivesse para casar; ele não disse que gostava dela, mas achou que



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

gostasse, pensando bem antes do fato, pois queria ficar com o acusado.

Nesse contexto, não se exclui da prova que Janaina forçara um relacionamento com o réu, na tentativa de que ficasse com ela, deixando claro que o fizera espontaneamente. Na época, ela contava com 12 anos e 8 meses de idade (fl. 14) havendo, portanto, deixado a fase da infância e adentrado o período da adolescência.

Essa espontaneidade seria irrelevante, em face da tipificação do delito (art. 217-A, do Código Penal) que estabelece como crime: *"Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos"*. Depois, o § 1º dessa mesma norma proibitiva acresce: *"incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência"*. Por conta dessas elementares, o delito é denominado na lei como: *"Estupro de vulnerável"*.

Vulnerável, conceito novo na terminologia penal, tem o significado léxico de: *"ferido, sujeito a ser atacado, derrotado: frágil, prejudicado ou ofendido"*¹. Assim, nos termos daquela norma penal, é a pessoa que não tem o discernimento para a prática do ato libidinoso, por ser menor de 14 anos, ou por estar acometido de enfermidade ou deficiência mental, ou que, ainda, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência ao sujeito ativo do crime. Protege-se, portanto, a vulnerabilidade do sujeito passivo, sua fragilidade, posto estar suscetível, por qualquer desses motivos, a ser atacado e ofendido sexualmente.

¹ *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 3.0*, Editora Objetiva, ed. junho de 2009.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Observe-se que, nas hipóteses do § 1º, exige-se prova pericial para comprovação da causa da vulnerabilidade. Contudo, na situação do *caput* do artigo 217-A, ela é presumida da idade do ofendido.

Não se ignora que a intenção do legislador fosse a de estabelecer presunção absoluta, *iuris et de iure* e não relativa, ou *iuris tantum*. Assim, qualquer ato libidinoso praticado com pessoa menor de 14 anos configuraria, para o sujeito ativo imputável, o delito em questão. Isso implicaria, se um adolescente de 13 anos e 11 meses e 29 dias, beijasse de modo voluptuoso o namorado ou a namorada, qualquer destes últimos com idade igual ou superior a 18 anos, estaria realizado o injusto-típico, sujeitando-se os maiores às severas penas postas para o crime.

Isso, entretanto, contraria normas de convivência socialmente aceitas. Adolescentes namoram — e é hipocrisia a alegação de desconhecimento — também *fazem*, com a conotação que o verbo ganhou recentemente: “*manter relacionamento amoroso durante breve tempo, sem compromisso de estabilidade ou fidelidade*”². Nessas ocasiões, trocam-se beijos e carícias íntimas, contudo, seria desproporcional, se um dos parceiros é maior de 18 anos, que este fosse condenado por estupro de vulnerável.

A lei, ainda de natureza penal, pode muito, contudo, não pode ser contrária à natureza das pessoas ou aos comportamentos socialmente aceitos. Isso violaria princípios constitucionais, como o da dignidade humana ou o princípio republicano de governo, posto que o Estado não pode intervir na esfera de convivência íntima das pessoas, salvo quando uma delas

² Idem, verbete *ficar*, significação n° 28.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

seja constrangida a realizar o que não queira, ou seja tomada como objeto ou instrumento de crime, por ser incapaz de resistir.

Entretanto, se um adolescente é capaz da percepção e de domínio da própria sexualidade, se no âmbito familiar e social é aceito como natural que namore e tenha contatos, mais ou menos íntimos com parceiros, veda-se ao Estado criminalizar a conduta. Devem ser absolutamente protegidas as crianças. Estas, por desenvolvimento mental ainda incompleto, não atingiram maturidade suficiente para a percepção correta da própria sexualidade, não podendo dela dispor. Por isso, são vulneráveis, estando sujeitas a ataques por atos libidinosos, incapazes de se defender.

Assim, seria legítimo, ao se dispor sobre o *estupro de vulnerável*, estabelecer, como máximo para o conceito, a idade inferior a 12 anos. A legislação protetiva da infância e adolescência define criança como a pessoa de até 12 anos incompletos, enquanto adolescente é aquela entre 12 e 18 anos³. Aqueles são presumidos como não dotados de um mínimo de vontade para se determinar e, por isso, são incapazes de realizar atos infracionais. Estes atos são próprios dos adolescentes, porque, embora imputáveis, já adquiriram desenvolvimento mental suficiente, capaz de sujeitá-los às medidas socioeducativas, posto entendidos como capazes do discernimento mínimo para a vida em sociedade, ainda sejam tidos, pelo Código Penal, como incapazes da prática de crimes.

Por isso, vulneráveis serão sempre as crianças e, eventualmente, os adolescentes, estes se sujeitos às hipóteses de previsão do §1º do artigo 217-A, do Código Penal.

³ ECA, Lei nº 8.069, de 13.07.90, art. 2º.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Depois, o ordenamento jurídico realiza-se como sistema harmônico de normas. Por isso, uma lei não pode dispor de modo contrário à outra, estando todas sujeitas à ordem constitucional. No âmbito da tipicidade penal, Zaffaroni e Pierangeli denominam essa situação de tipicidade conglobante: *“não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquilo que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar em ‘ordem normativa’, e sim num amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas.”* Por isso, concluem: *“a tipicidade penal implica a tipicidade legal, corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito da proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal”*⁴.

Portanto se o Estatuto da Criança e Adolescente fomenta a responsabilidade mínima dos adolescentes e os têm como dotados de discernimento superior aos das crianças, não pode a lei penal os equiparar num mesmo conceito de vulnerabilidade, vedando-lhes atos socialmente tolerados e aceitos no âmbito familiar.

Se o legislador penal buscou proteger adolescentes, estes com até 14 anos incompletos, de contatos íntimos com pessoas maiores de 18 anos, é lícito presumir-se que imaginou alguém em situação excepcional, educado de modo tão isolado que não adquiriu — embora sem qualquer anormalidade fisiológica ou psíquica — o discernimento necessário para a percepção correta da própria sexualidade. Isso valeria para os rincões isolados do País, cada vez mais raros, onde sequer os sinais de televisão levam narrativas sobre o moderno modo social de vida das pessoas. Entretanto, são raras essas exceções e, por isso, o conceito de vulnerabilidade, ao menos o admitido nessa faixa etária, entre 12 a

⁴ Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, 7ª ed., 2007, Editora RT, p. 474.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

14 anos incompletos, admite prova em sentido contrário, não se revelando de modo absoluto, *iuris et de iure*, como parece ter pretendido o legislador.

Depois, é de se observar, conforme anota Tornaghi: *"As presunções absolutas são próprias do sistema de provas legais: no da livre convicção deve sempre dar-se ao juiz a faculdade de desprezar a presunção quando uma prova em contrário o convencer de que ela falha no caso concreto"* ⁵.

Não é demais recordar-se que o Código de Processo Penal adotou o sistema de livre convencimento do juiz sobre a prova, consoante o artigo 155 do CPP. Esse preceito normativo decorre de dois princípios constitucionais: o do contraditório e ampla defesa e o da culpabilidade (art. 5º da CF, incisos LV e LVII, respectivamente). Se todos devam ser presumidos inocentes até sentença penal condenatória transitada em julgado e se, para tanto, é assegurado aos acusados o contraditório e a ampla defesa, é vedado que a lei tenha por demonstrado, em presunção absoluta, qualquer fato que possa levar à condenação do réu, impedindo-o de realizar prova em sentido contrário. Por isso, dentro de um Direito Penal fundado no princípio da culpabilidade e que erige como devido processo legal a prática do contraditório, é estranho a esse sistema a presunção *iuris et de iure* sobre qualquer fato em desfavor do réu. Aliás, há precedente desta Corte, neste sentido ⁶.

As presunções absolutas, no sistema de livre convencimento do juiz, com apoio naqueles princípios constitucionais mencionados, somente podem ocorrer em favor do réu. Assim, absolvido por sentença transitada em julgado, a decorrente presunção

⁵ Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, 2ª ed. rev. e atualizada, Editora Saraiva, 1978, p. 440.

⁶ 1º Grupo de Câmaras, Rev. Crim. nº 11.128.208.3/6.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

de inocência não pode ser revista em seu desfavor. Ou, se menor de 18 anos, não se pode por perícia demonstrar a imputabilidade, posto que o contrário seja presumido na lei de modo absoluto. Contudo, não se prestam para tornar fato incontroverso, não admitindo prova em sentido contrário, quando favoreçam a condenação.

A lei penal, somente, pode presumir como verdadeiro algum fato, ainda de modo absoluto, quando decorra de acontecimento natural invariável, demonstrado pela ciência. Isso se faz para evitar provas inúteis, que de regra é dever do juiz, este com a incumbência de zelo pela celeridade do processo (CPP, art. 251). Para facilidade da instrução, pode, também, presumir algum fato que de ordinário ocorra, contudo, aí de modo relativo. Portanto, pode presumir que criança seja vulnerável, mas não pode contrariar aquilo que é socialmente aceito com relação aos adolescentes. De qualquer forma, se o artigo 217-A estabelece presunção de vulnerabilidade, admite a prova do erro de tipo quanto aos pré-adolescentes e da ausência da vulnerabilidade quanto aos maiores de 12 anos. Afora essas situações, seria inaceitável no sistema de livre convencimento sobre as provas e malferiria os princípios constitucionais mencionados.

A mais recente doutrina penal, já publicada com relação aos novos modelos de crimes postos pela Lei 12.015, de 7.8.2009, admite, a despeito da redação contida no novel artigo 217-A, que a presunção de vulnerabilidade seja relativa. Assim, André Estefam⁷, Guilherme de Souza Nucci⁸ e Ney Moura Teles⁹.

Observe-se que a própria mãe, embora não

⁷ *Direito Penal*, parte especial, vol. 3, Editora Saraiva, 2011, p. 167-168.

⁸ *Código Penal Comentado*, 9ª ed., 2009, Editora RT.

⁹ *Autor de Direito Penal*, em 3 vol., Ed. Atlas, aqui no sítio eletrônico <http://neymourateles.blogspot.com/2010/04/estupro-de-vulneravel.html>



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

concordasse que a filha dispusesse do próprio corpo aos doze anos, tanto que a expulsou de casa, salientou que isso hoje em dia é normal (fl. 56). O pai, por sua vez, disse que só tomara conhecimento dos fatos porque a filha foi expulsa, o que demonstra pouco se relacionava com a filha.

Assim, não se exclui que Janaina comportava-se como dezenas de outras adolescentes de seu tempo. Valorizava o que entendia como desejos seus e não via implicações mais graves no comportamento. Não era pessoa vulnerável, mas determinada e capaz de agir segundo a própria vontade.

No entanto, a conduta do réu não pode ser equiparada à de alguém que toma inocente criança para realização de atos libidinosos. Para este há a prática de crime, pelo abuso da vulnerabilidade da vítima. Nesse caso, a conduta é tão hedionda como a de qualquer pessoa que, mediante violência ou grave ameaça, subjugue alguém para a satisfação da própria lascívia. As sequelas para as vítimas – físicas e psíquicas – podem ser graves e isso demanda severa proteção penal.

Contudo, nada disso ocorreu para a apontada vítima nestes autos. Hoje com mais de 14 anos, por certo continua sendo uma adolescente como as outras de sua idade. Se desfeito o relacionamento com o acusado, não será vista como pessoa marcada pelo passado, como ocorreria em meados do século anterior. Terá pela frente as mesmas oportunidades de qualquer outra jovem e se o quiser, poderá namorar ou casar futuramente. Os costumes hodiernos são outros e, felizmente, muito menos preconceituosos. Estará a vítima longe de ser vista como alguém ferida em sua dignidade sexual.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Portanto, ainda se censure ao agente por relacionar-se com a adolescente, não se pode equiparar a conduta com um estupro real ou lhe impor pena que supera aquela do homicídio e, ainda, com a carga de hediondez que o transformaria, na prisão, em alvo preferencial dos demais sentenciados. É desproporcional destruir-se toda uma vida, para a punição de comportamento, ainda eticamente censurável, contudo, longe da gravidade que lhe pretendia emprestar o tipo penal.

Destarte, se na situação cuidada neste processo inexistia a vulnerabilidade no comportamento da vítima, não se realizou o injusto-típico e, desse modo, não há crime contra a dignidade sexual a ser punido.

Em face desses motivos, é de se acolher o recurso.

Assim, dá-se provimento ao apelo do acusado, Elizeu José de Oliveira, para absolvê-lo com fundamento no artigo 386, III, do CPP.

Figueiredo Gonçalves
relator