

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Fábio Suardi D' Elia

Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade

Mestrado em Direito

São Paulo, 2012.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Fábio Suardi D' Elia

Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Livre Docente Antonio Carlos da Ponte.

São Paulo, 2012.

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho à minha esposa Larissa, única capaz de compreender integralmente o significado desta etapa para mim, e à minha filha Lara, que recém chegada ao mundo, já se tornou minha maior motivação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao ilustre Professor Antonio Carlos da Ponte, pela orientação, pela confiança e pelas lições que tive oportunidade de receber durante o curso do mestrado.

Aos meus pais e irmã, que sempre me foram exemplo nos estudos.

Ao amigo João Daniel Rassi, pelo incentivo desde o início desta jornada.

Aos Doutores Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto, pelo apoio e compreensão.

RESUMO

O trabalho apresentado tem o objetivo de avaliar a noção de vulnerabilidade no Código Penal brasileiro, introduzida pela Lei n. 12.015/09 no capítulo “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Para alçar tal objetivo, estuda-se a evolução sociológica da tutela penal da sexualidade humana, identificando os componentes teóricos que fundamentam a vulnerabilidade.

A análise se justifica porque a vulnerabilidade guarda estrita relação com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento propulsor e legitimador da reforma legislativa ora em comento. Uma vez que na vulnerabilidade se refere à qualidade de vítima, de antemão previu-se a necessidade de estudo do consentimento, teoria que se funda no comportamento da vítima.

Parte-se, portanto, do estudo acerca do bem jurídico e de sua disponibilidade, passando-se à relevância do comportamento da vítima e da natureza jurídica do consentimento, alcançando, então, a vulnerabilidade. Posta a vulnerabilidade, passa-se à apreciação dos elementos que a integram e a legitimam, como o movimento de criminalização sob a observância dos mandados de penalização, a aproximação da dignidade da pessoa humana como elemento de orientação normativa, as situações de vulnerabilidade previstas pelo legislador, suas naturezas e, por fim, a interpretação do conceito no universo jurídico.

Sob esse prisma, tem-se que a dignidade da pessoa humana representa requisito fundamental na interpretação da vulnerabilidade, a exigir uma leitura que não admite uma faceta preconceituosa, consistente no aumento da desdita das vítimas e na exclusão social.

Penal – tutela penal – dignidade sexual – vulnerável – vulnerabilidade – consentimento – bem jurídico – dignidade da pessoa humana – presunção de violência.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the concept of vulnerability in the Brazilian Criminal Code, introduced by Law n. 12.015/09 in the chapter “Of crimes against sexual dignity”. To reach this goal we shall study the sociological evolution of the criminal tutelage of human sexuality, highlighting the theoretical components which lay the foundation of vulnerability.

The research is justified due to the fact that vulnerability has a close relationship with the recognition of the individual’s human dignity as a legitimating and motivating of the legal reform analyzed in this paper. Since vulnerability refers to the victim, the need to study consent -which is based on the victim’s behavior-was part of our study plans .

We thus set forth, from the study of the legal interest the and of its availability, proceeding to the relevance of the victim’s behavior and to the legal nature of consent, arriving at vulnerability. Once the latter is examined, we proceed to the evaluation of the elements which integrate and legitimate it, such as the criminalization movement under the guise of the treaties of penalization, the consideration of the dignity of the human individual as an element of normative orientation, the situations of vulnerability foreseen by the legislator, their nature and, finally, to the interpretation of said concept in the legal realm.

From this vantage point, we conclude that the dignity of the human individual represents a fundamental requirement in the interpretation of vulnerability, demanding a non-prejudiced view, the opposite of which results only in further the increase of suffering and in social exclusion.

Key-words: criminal law, criminal tutelage, sexual dignity, vulnerable, vulnerability, consent, legal interest, dignity of the human individual, presumption of violence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 A TUTELA PENAL DA SEXUALIDADE HUMANA.....	4
2.1 Aspectos sociológicos da sexualidade humana	4
2.2 Moral sexual e Direito penal: os limites entre o direito e a moral.....	7
2.3 Direito penal e eleição de bens jurídicos: A dignidade sexual como bem jurídico tutelado	11
2.3.1. A dignidade sexual como bem jurídico no Código Penal brasileiro ...	27
3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO	32
3.1 A valorização da vítima no Direito penal.....	32
3.2 A natureza jurídica do consentimento do ofendido	40
3.2.1 O consentimento como atipicidade	44
3.2.2 O consentimento como causa de justificação.....	46
3.3 O consentimento real	48
3.4 O consentimento presumido	51
4 A VULNERABILIDADE E SEU TRATAMENTO NOS CRIMES SEXUAIS	54
4.1 A criminalização das condutas em face de vítimas vulneráveis.....	54
4.2 A dignidade da pessoa humana e sua consideração nas disposições penais envolvendo os vulneráveis	60
4.3 A delimitação do vulnerável.....	72
4.4 A vulnerabilidade como falta de capacidade de compreensão	79
4.5 A vulnerabilidade como vício do consentimento	83
4.6 A presunção de violência e a vítima vulnerável nos crimes contra a dignidade sexual	85
5 CONCLUSÕES	101
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106
ANEXOS	113
ANEXO I - - Decreto 5016 de 12.03.2004 - Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.	113
ANEXO II - Decreto n. 2740 de 20.08.1998 - Promulga a convenção interamericana sobre trafico internacional de menores assinada na cidade do México em 18.03.1994	1299

ANEXO III – Decreto n. 4388 de 25.09.2002 - Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	1377
ANEXO IV- Decreto n. 5015 de 12.03.2004 - Promulga convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional.	2066
ANEXO V - Decreto n 5017 de 12.03.2004 - Promulga o Protocolo Adicional a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo a prevenção, repressão e punição do trafico de pessoa	24141
ANEXO VI – Acórdão Habeas Corpus 105558/PR - Supremo Tribunal Federal	2533
ANEXO VII- Embargos de Divergência em REsp n 1021634-SP do STJ	2633
ANEXO VIII- Acórdão Habeas Corpus 73662-9/MG - Supremo Tribunal Federal ...	290
ANEXO IX- Acórdão Apelação Criminal 0010172-83.2003.8.26.0070 do TJSP.....	338
ANEXO X- Acórdão Apelação Criminal 0009073-16.2010.8.26.0270 do TJSP	345

1 INTRODUÇÃO

Com a vigência da Lei nº 12.015, de 2009, a legislação penal brasileira foi alterada na parte dos crimes sexuais para compreender os crimes contra a dignidade sexual, até então abordados como crimes contra os costumes.

Na reforma ocorrida, além de sensíveis alterações nos tipos penais, houve a introdução de uma nova figura de vítima, o vulnerável. Pode-se afirmar que a introdução do vulnerável nos crimes contra a dignidade sexual foi fruto de uma evolução normativa no âmbito transnacional e de compromisso firmado pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Para estudar essa nova figura que desponta em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessária uma prévia análise da tutela penal da sexualidade humana. Isso porque a sexualidade humana sempre se apresentou como assunto relevante para a vida em sociedade e, portanto, objeto de estudos em diversas áreas do conhecimento, incluindo o Direito penal.

A influência da sexualidade humana na vida em sociedade reclama o enfrentamento de seus aspectos sociológicos, a fim de se compreender o raciocínio evolutivo que culminou nas recentes alterações dos crimes sexuais, a ressaltar a introdução da figura do vulnerável.

Além dos aspectos sociológicos que permeiam a tutela penal da sexualidade humana, também será objeto de estudo a dicotomia existente entre moral sexual e Direito penal. Tal dicotomia resta estabelecida a partir da percepção de que a tutela penal da sexualidade humana recebe inegavelmente influência moral.

Porém, como a melhor evolução do Direito penal exige o distanciamento entre direito e moral, devem-se fixar os limites existentes entre ambos para estabelecer o objeto digno de proteção penal no campo sexual.

Deste modo, parte-se, então, para o debate acerca do bem jurídico envolvido na tutela penal da sexualidade humana. A compreensão do bem jurídico envolvido nesta relação se mostra fundamental, ao passo que, na atualidade, se visualiza flagrante

expansão do Direito penal voltada à tutela de bens jurídicos caros à sociedade e de difícil delimitação, incluindo-se, aqui, a sexualidade humana das pessoas vulneráveis.

A exposição acerca do bem jurídico estampa um problema crucial a ser abordado: a possibilidade de sua disposição quando de titularidade das vítimas vulneráveis.

Sendo assim, faz-se necessário analisar o percurso feito pela teoria do consentimento, iniciando-se o estudo pela consideração e valorização da vítima no Direito penal, fenômeno este crescente nos estudos em termos mundiais.

A consideração da vítima se mostra essencial ao estudo porque, atualmente, pode-se dizer que há um redescobrimento da vítima no Direito penal, a inseri-la no fenômeno criminal.

No tema que se propõe, a inserção da vítima no fenômeno criminal é fundamental a justificar a impulsão do Direito penal para proteção dos vulneráveis, visível de forma concreta na sua introdução em nossa legislação penal. Nessa perspectiva de valorização da vítima surge a questão do consentimento, ou seja, das situações em que as vítimas podem dispor do bem jurídico tutelado pela lei penal.

Apesar de parecer prescindível, em um primeiro momento, a discussão acerca do consentimento – uma vez que a vulnerabilidade pode acarretar a indisponibilidade dos bens jurídicos de que são titulares as vítimas vulneráveis –, esse caminho se faz absolutamente necessário para a posterior compreensão da vulnerabilidade, que se utiliza dos conceitos da teoria do consentimento para ser trabalhada no universo jurídico.

Feito isso, buscou-se sustentar teoricamente a discussão sobre o tratamento penal da vulnerabilidade e nos crimes sexuais, tendo em vista que este é o ponto central da criminalização de condutas em face de tais consideradas vulneráveis.

A abordagem do movimento de criminalização de condutas envolvendo vítimas vulneráveis se fará a partir do estudo acerca da existência dos mandados de criminalização, e também com a análise sobre a legitimidade do legislador ao criminalizar condutas tomando por base a proteção de determinados bens jurídicos.

Ao analisar essa criminalização, despontam duas questões técnicas a serem enfrentadas pelos operadores do direito: a primeira consiste nas disposições que consideram os vulneráveis na legislação penal, há uma presunção de vulnerabilidade absoluta, o que viola disposições existentes no próprio ordenamento jurídico e subtrai do intérprete da lei penal a análise real das situações de vulnerabilidade em que se encontram as vítimas de crimes contra a dignidade sexual; segundo, o vulnerável é apresentado em nossa legislação de modos distintos, o que faz seu conceito ser variável para o aperfeiçoamento do tipo penal em cada caso.

Para tanto, desenvolve-se um estudo de aproximação entre a dignidade sexual e a dignidade da pessoa humana, de modo que esta passe a integrar o conceito de dignidade sexual, servindo como vetor necessário à compreensão das disposições absolutas trazidas em nossa legislação nos crimes contra a dignidade sexual, ressaltando-se as previsões tocantes aos vulneráveis.

Feita a aproximação supramencionada, cumpre-se delimitar a figura do vulnerável apontado nos crimes contra a dignidade sexual, considerando-se a diversidade de conceitual e de situações em que é apresentado. Elegem-se duas linhas conceituais para trabalhar as situações de vulnerabilidade: a capacidade de compreensão e o vício do consentimento. Sob esse prisma, expõem-se a questão da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual.

Com a delimitação, elegem-se duas linhas conceituais para trabalhar as situações de vulnerabilidade: a capacidade de compreensão e o vício do consentimento.

Da análise das situações de vulnerabilidade, surge a questão da presunção de violência em face da atual previsão de vulnerabilidade, cumprindo-se confrontar as interpretações existentes acerca da antiga presunção de violência instituída no Código penal e o contorno que ganha a questão com a colocação da vulnerabilidade na tutela penal da dignidade sexual.

2 A TUTELA PENAL DA SEXUALIDADE HUMANA

2.1 Aspectos sociológicos da sexualidade humana

Não se pode precisar com exatidão o momento em que a análise da sexualidade humana assume um papel relevante na sociedade¹. Talvez pelo fato de o instinto sexual se tratar de um dos mais puros impulsos do homem, assuntos relacionados à sexualidade podem ser verificados desde o berço da sociedade, na mitologia grega², por exemplo. A sexualidade humana também se encontra muito presente em assuntos ligados à religião, que também sempre permearam o desenvolvimento das civilizações.

A cultura, os hábitos, os valores de cada sociedade influenciam sobremaneira a definição do que é permitido e do que é proibido em matéria sexual³. Nesse prisma, afirmam alguns autores que muito se compreende da sexualidade humana ao analisar o histórico de sua repressão⁴.

¹ Na análise do comportamento sexual no mundo antigo, GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel, mencionam com base em Marilena Chauí que “A história humana é a própria história do mundo. Assim, ‘desde que o mundo é mundo, seres humanos e animais são dotados de corpos sexuais e as práticas sexuais obedecem regras, exigências naturais e cerimoniais humanas’”. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 8.

² Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira afirma que “Na Grécia antiga, desde a mitologia até as relações humanas, nota-se uma profunda presença sexual. Ações atribuídas às divindades olímpicas mostravam-se frequentemente com o de uso de violência sexual. Zeus usa do que se poderia chamar de fraude para possuir outras deusas, semi-deusas ou humanas: transforma-se em águia para ter relações homossexuais com Ganimedes; em touro para raptar Europa e em cisne para violar Leda.”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito penal sexual*. São Paulo: QuartierLatin, 2008, p.70.

³ A importância do aspecto sociológico é ressaltada por RASSI, João Daniel e GRECO, Alessandra Orcesi Pedro: “O estudo do Direito penal sexual, dada sua próxima relação com os valores da sociedade que regula, não poderia prescindir uma análise mais próxima do contexto social em que se apóia. (...). É que a construção social é o elemento central do estudo da sexualidade, já que fornece subsídios para se estabelecer a relação entre o comportamento sexual e o tratamento jurídico que lhe é dispensado”. (Op. cit., p. 4).

⁴ Ao discorrer sobre as implicações da sexualidade no Direito penal, SILVEIRA diz: “Constatado o movimento pendular de como se deu o desenvolvimento do sexo e da sexualidade no perpassar da história, o que implica a própria evolução dos direitos da mulher, vista como elemento de proteção (mesmo porque ela acaba por se mostrar como elemento maior do Direito penal sexual), pode-se dizer que, afora os primeiros tempos, a história do sexo é a de sua repressão” (Op. cit., p. 101).

Isso porque se verifica que, em matéria sexual, o Direito penal acaba por ser acionado de acordo com as oscilações valorativas de cada sociedade. E essa percepção não demanda um exercício histórico regressivo, pois basta observar que no mundo oriental, por exemplo, a matéria sexual recebe repressão estatal diferente do que no mundo ocidental.

No próprio mundo ocidental também se verificam diferentes tratamentos penais à sexualidade, de acordo com os valores tutelados em cada nação e, nesse sentido, depreende-se que a repressão sexual encontra sua justificativa nas raízes axiológicas da sociedade. E exatamente essa característica reclama a atuação de um Direito penal de caráter teleológico, capaz de conjugar os preceitos da dogmática penal com a base empírica dos acontecimentos, a fim de que a repressão penal desempenhe determinada função⁵ na sociedade.

Justamente por encontrar escólio nos valores da sociedade é que o Direito penal sexual moderno⁶ encontra-se em patente expansão, própria de um Direito penal de emergência. Esta forma de manifestação do Direito penal visa gerar segurança⁷ à

⁵ A função que o Direito penal poderá exercer em cada sociedade também pode ser diferente. A Teoria Penal Funcionalista, desenvolvida na Alemanha, encontra, por exemplo, três expoentes diversos do funcionalismo penal: mínimo, desenvolvido pelo penalista Winfried Hassemer, que busca uma intervenção mínima do Estado e o restabelecimento dos valores ditados pelo Direito penal clássico na dogmática penal; moderado, cujo expoente encontra-se na doutrina de Claus Roxin, que prega um Direito penal de caráter teleológico capaz de formular uma imputação penal com fulcro em elementos objetivos, porém mais abrangentes do que aqueles insculpidos na dogmática clássica; e por fim o funcionalismo extremado, ou radical, teoria desenvolvida por Günther Jakobs, que reclama um Direito penal contundente contra os “inimigos” da sociedade, baseado no estabelecimento de uma dogmática diferenciada, muito mais rígida e desprovida de garantias, aos autores de delitos.

⁶ Refere-se aqui ao Direito penal Moderno como sendo aquele preconizado nas sociedades pós-industriais, ou “sociedades de risco”, como alguns preferem. Independentemente das questões doutrinárias que envolvem a terminologia a ser utilizada para se referir à sociedade moderna, o que se pretende pontuar logo de início é uma sociedade que apresenta uma forma de criminalidade alarmante pela multiplicidade dos meios existentes para prática delitiva – como exemplo os meios virtuais – e que apresenta também gama diferenciada de bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito penal, despontando, portanto, novos interesses que reclamam um tratamento diferenciado pelo Direito penal.

⁷ Sobre a sensação de a insegurança social ser resolvida por intermédio do Direito penal, a exemplo do que ocorre no âmbito sexual, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María expõe: “A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, ‘lugar natural’ clássico – o direito de polícia –, senão no Direito penal. Assim, pode-se afirmar quer, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito penal, aparecem com maior clareza demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se vêem às vezes tachadas de excessivamente ‘rígidas’ e se apregoa sua ‘flexibilização’. Apenas como exemplo, vale aludir a demanda de criminalização em matéria de meio ambiental, econômica, de corrupção política, no âmbito sexual (especialmente nas hipóteses de abuso sexual ou pornografia infantil), ou da violência familiar etc.”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51-52.

sociedade com o acionamento imediato do aparato repressivo – com um viés eminentemente simbólico –, a preterir o que se pode considerar, e se considera para fins deste estudo, o caminho natural da garantia de segurança (que é o investimento em inteligência, segurança pública, etc.), e, sobretudo, à revelia de uma de suas principais características, que é ser *ultima ratio legis*⁸.

Ademais, o tratamento conferido ao Direito penal sexual na sociedade atual transcende claramente os interesses individuais, o que até mesmo justifica a aparição de um Direito penal diferenciado que tutele efetivamente um bem jurídico de cunho supraindividual⁹.

O ponto nebuloso que desponta desta perspectiva sociológica da tutela penal da sexualidade humana é a medida necessária de intervenção estatal nessa esfera.

Haja vista a sexualidade humana revestir-se inevitavelmente de uma forte carga moral, até mesmo porque, como visto, trata-se de matéria desenvolvida em termos axiológicos no seio social, é necessário ressaltar a importância de se estabelecerem os limites entre o direito e a moral, uma vez que, quando se trata de Direito penal sexual, o Estado por vezes apresenta a tendência de conferir um tratamento paternalista aos seus cidadãos.

⁸ Conforme exposto por BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes, o Direito penal é regido pelo princípio da intervenção mínima, sendo suas vertentes a fragmentariedade e a subsidiariedade. Desse modo, “o Direito penal intervém na última fase do controle social”, de modo que “sua intervenção, nos diversos âmbitos da vida não pode ser tão ampla nem tão grave”. Ao escrever sobre a fragmentariedade os autores apontam que o Direito penal deve se ocupar “da proteção de bens jurídicos e limita sua intervenção a casos onde há um dano ou risco de dano a um bem jurídico”. O caráter subsidiário “condiciona a intervenção do Direito penal, só quando se haja comprovado a incapacidade dos demais mecanismos de controle social em acudir adequadamente o problema”. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p.158.

⁹ Partindo-se da premissa que o Direito penal sexual moderno é um direito voltado à tutela da liberdade em matéria sexual, é absolutamente desarrazoado pensá-lo em uma esfera particular. Ao discorrer sobre a reprovação e bens jurídicos difusos, SILVEIRA, Renato Jorge de Mello ensina que “Sendo o Direito penal norteado pelo princípio da intervenção mínima, é patente que esta agressão deva se dar de forma significativa. Noutras palavras, urge saber se estes bens têm dignidade penal merecedora de sanção. No particular caso dos bens difusos ou supra-individuais, devido à sua própria característica impessoal, nem sempre será confirmado um dano evidente”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

Dessa forma, este é o panorama que justifica a atuação de um Direito penal de perigo. Ao concluir o raciocínio, o autor aduz: “Na construção típica, de modo extremamente simplista, poderão ou não ser vislumbrados danos efetivos. Basicamente, irá a doutrina dividir os delitos quanto à sua danosidade ou periculosidade. A dogmática penal é muito fértil quanto à elaboração dos crimes de perigo. A idéia de proteção antecipada a uma lesão é um tanto paradoxal em dias em que se prega a mínima intervenção. Mas a nova criminalidade, sentida e percebida nas sociedades pós-industriais, muito propiciou a ampliação destes estudos”. Ibid., p. 90).

2.2 Moral sexual e Direito penal: os limites entre o direito e a moral

Que o direito e a moral devem ocupar planos distintos não importa em novidade nos estudos jurídicos. Da mesma forma, não constitui nova informação que a separação entre direito e moral sempre foi tema de preocupação em linhas preliminares do direito.

Isso porque ética, direito e moral acabam por permear e regular toda a vida em sociedade, que recebe o impacto dos constantes conflitos entre esses três elementos.

Tendo em vista a produção teórica abundante acerca da separação entre o direito e a moral, o objetivo deste estudo não é proceder à investigação aprofundada e revisão teórica deste assunto, mas somente traduz a singela necessidade de estabelecer os motivos pelos quais direito e moral, que tanto se aproximam, necessitam por vezes ocupar planos distintos. O ponto fundamental no presente estudo é buscar estabelecer as relações entre direito e moral para fins de investigar a tutela penal da sexualidade humana.

De início, ressalte-se que o direito e a moral derivam de um dever ético, e por constituírem variações de categorias éticas¹⁰, se aproximam em diversos aspectos, o que torna difícil a distinção exata dos seus âmbitos de atuação.

Uma distinção fundamental entre direito e moral é que auxilia na compreensão dos papéis por eles exercidos na sociedade é a de que a moral tutela valores subjetivos, enquanto o direito cuida de uma coordenação ética objetiva¹¹.

¹⁰ Essa divisão é bem exposta por DEL VECCHIO, Giorgio, que, ao discorrer sobre o sistema ético, ensina que “Do mesmo princípio, segundo o seu diverso modo de aplicação, derivam duas espécies fundamentais de valoração do operar: as categorias éticas da Moral e do Direito”. *Lições de filosofia do Direito*. 5ª Ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976, p. 356.

¹¹ Para se chegar a essa conclusão, utiliza-se das lições do mesmo autor no seguinte sentido: “Podemos, porém, considerar por outro aspecto as acções humanas. Qualquer acção poderá também ser comparada com outras acções possíveis do mesmo sujeito, como vimos; mas pode igualmente ser confrontada com as acções dos outros sujeitos. Neste caso, o confronto efectua-se à luz de uma consideração objetiva do operar. E, por isso, em correspondência com a natureza diversa dos termos desta outra relação de incompatibilidade entre acção e acção, diferente da valoração moral. Ao passo que, para a apreciação moral, a interferência é considerada subjetivamente, aqui é determinada objectivamente: à acção á não se contrapõe uma omissão do próprio sujeito, mas um justo impedimento posto à acção por parte dos

Desse modo, enquanto a moral aborda interesses particulares – ainda que verificados sem proporções significativas na sociedade, o que não altera a sua natureza – o direito tutela normas objetivas para adequar o comportamento humano aos interesses coletivos que, portanto, ultrapassam a esfera da individualidade, delineando um âmbito de atuação mais definido.

Nesse conflito de interesses tutelados pelo direito e pela moral situa-se de forma premente a sexualidade humana. Ignorar o fato de que a sexualidade humana é objeto da moral e tratá-la tão somente no âmbito jurídico seria negar o óbvio, o que traria, por certo, uma visão deturpada e distante da realidade vivenciada ao longo do tempo.

No decorrer da história, verifica-se que a sexualidade humana desenvolve-se de acordo com a moral empregada à época, tratando-se, pois, da moral sexual¹². E o impacto da moral na sociedade e, portanto, no direito, torna-se mais evidente ao passo que se depreende que a própria liberdade dos indivíduos recebe limitação social¹³.

Inegável, portanto, que direito e moral se influenciam no deslinde da vida em sociedade e são divididos de acordo com o âmbito de atuação por uma linha tênue, a ser solucionada em consonância com as firmes bases filosóficas que integram o assunto.

Se a distinção da atuação do direito e da moral em qualquer sentido já se demonstra dificultosa, no âmbito da tutela penal da sexualidade humana os caminhos são ainda mais sinuosos.

Isso porque não apenas a sexualidade humana sempre foi permeada de significativa carga moral, mas também porque o tema recebe uma nova abordagem nos últimos tempos, um tanto quanto paradoxal.

outros sujeitos. A delimitação da esfera da actuação está, neste caso, referida à actividade de vários sujeitos. Se afirmarmos que, neste sentido objectivo, uma dada acção é incompatível com ela. O permitido a determinado sujeito não deve ser impedido por outro sujeito. Desta sorte, o princípio ético tende a instituir uma coordenação objectiva de possibilidades e de impossibilidades de conteúdo com respeito a vários sujeitos. Esta coordenação ética objectiva é o campo do Direito.” Ibid., p. 356.

¹²Para concluir lê-se SILVEIRA, Renato Jorge de Mello, que traça um desenrolar histórico da moral sexual, abordando-a desde a antiguidade até os dias atuais. Nesse relato, é de relevância ressaltar a oscilação de comportamentos permitidos e proibidos ao longo do tempo. A própria homossexualidade recebe tratamento eminentemente distinto de acordo com a moral à época. SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. *Crimes sexuais...cit.*, p. 124-131.

¹³Ibid., p. 116.

Paradoxal pois, enquanto as reformas penais preconizadas pelo Direito penal moderno caminham no sentido de abandonar um Direito penal sexual com base eminentemente moral¹⁴, o discurso social acerca das medidas punitivas a serem adotadas nessa esfera da criminalidade reclama uma atuação diferenciada do Direito penal, muitas vezes resultando em uma legislação simbólica¹⁵. Podemos apontar como simbólicas, por exemplo, a tendência dos ordenamentos europeu e norte-americano (que poderá também ocorrer no Brasil) de criminalização de quaisquer contatos de cunho sexual com menores através da internet, sem que tenha havido qualquer proximidade física com o menor (o chamado *child grooming*)¹⁶.

A justificativa talvez resida no fato de que o Estado acaba por acolher os padrões morais aceitos pela sociedade que regula, além de eleger os elos mais frágeis das relações sociais para garantir uma efetiva proteção penal da sexualidade, o que pode ser compreendido até mesmo com a análise da distinção de gênero no Direito penal sexual.

¹⁴ Vide a recente reforma que abandona a *nomem juris* dos crimes contra os costumes. Sobre essa alteração, DA COSTA JR., Paulo José, e DA COSTA, Fernando José, citando MAGGIORE, escrevem: “Até o advento da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, tal título era denominado *Crimes contra os costumes*. A nomenclatura utilizada pelo legislador era uma síntese da expressão *bons costumes*, considerados aquela parte da moralidade pública referente às condutas e relações sexuais. Moralidade pública é a consciência ética de um povo, em dado momento histórico, é precisamente seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto, conforme lecionou Maggiore. Desse modo, o Direito penal aceita a ética sexual para, dentre os comportamentos vários, selecionar os mais graves, erigindo-os a delitos. Tutela-se a liberdade, o pudor, a honra, enfim, a dignidade sexual do indivíduo, como expressa o novo *nomem juris* do Título VI do Código Penal, modificado pela Lei recém-editada”. DA COSTA JR., Paulo José, DA COSTA, Fernando José. *Curso de Direito penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 673.

¹⁵ Ao discorrer sobre a presença do simbolismo penal na atualidade, SILVEIRA, Renato Jorge de Mello, citando HASSEMER, Winfried, esclarece que o “Fenômeno presente, frequente e paradoxal ao Direito penal, especialmente no que tange aos interesses difusos, é o do chamado simbolismo penal. Na realidade, ele pode ser tido como uma reação estatal, pretendendo uma ampla tipificação penal, seguindo o exemplo britânico do já mencionado *more of the same*. Este Direito penal simbólico, ou mesmo uma legislação penal simbólica, não encontra simples definição na doutrina. É fato que existe, conforme Hassemer, um acordo global a respeito da direção deste simbolismo: trata-se de uma oposição entre realidade e aparência, entre o manifesto e o latente, entre o verdadeiro e o distintamente querido. Cuida, portanto, dos efeitos reais das leis penais, sendo que o simbólico seria, assim, associado ao engano, tanto em um sentido transitivo como reflexivo. Essa posição é completada pela constatação, inequívoca, de que parte da sociedade entende que reside no Direito penal, a pura repressão, a real solução para a criminalidade, quer seja a tradicional, quer seja a moderna. Muito presente é, portanto, o simbolismo penal nos chamados movimentos de ‘Lei e Ordem’”. SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. *Direito penal supra-individual...cit.*, p. 168/169.

¹⁶ GALENCE, Victoriano Panizo. El ciber-acoso con intención sexual y el *child-grooming* In: *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n. 15, 2011, pp. 22-33.

Assim, com o notório entrelaçamento entre moral e direito no âmbito da sexualidade humana, percebe-se a presença do Estado na tutela penal da sexualidade com traços nitidamente paternalistas¹⁷.

Por mais que o discurso paternalista acabe por aproximar o direito da moral e cause a impressão de ingerência indevida do Estado em uma esfera de autodeterminação, é importante destacar que existem faces diversificadas do paternalismo¹⁸, e não obrigatoriamente ele se encontrará associado a um moralismo infundado¹⁹. É o caso, por exemplo, da proteção de pessoas em situação de notória fragilidade na sociedade, evitando-se os abusos oriundos dessa condição pessoal.

Sob este prisma, percebe-se o notório viés de um Direito penal sexual voltado à valoração da situação e do comportamento da vítima, o que demanda analisar a

¹⁷De acordo com os ensinamentos de VON HIRSCH, Andrew, “Intervenções paternalistas possuem duas características. Em primeiro lugar, elas dizem respeito ao bem do próprio atingido. Em segundo, a intervenção contém coerção: à pessoa não se concede a possibilidade de repelir a medida. E é esta segunda característica da coerção, que diferencia as intervenções paternalistas de outras medidas do direito social estatal”. VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões podem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, 2007, p. 11-28, p. 13.

¹⁸ESTELLITA, Heloísa, com base em FEINBERG, distingue dois formatos de paternalismo, quais sejam: “1. Paternalismo presumivelmente censurável, que consiste em tratar adultos como se fossem crianças, ou crianças mais velhas como se fossem mais novas, forçando-os a agir ou deixar de agir de certas maneiras, seja: a. (paternalismo benevolente) para seu próprio bem, não importando seus próprios desejos na matéria (isto pode ou não ser censurável na última análise, que é a questão em jogo), ou b.(paternalismo não benevolente) para o bem de outras partes (p. ex., professores ou gerentes de indústrias), não importando seus próprios desejos na matéria (geralmente entendido como censurável). 2. Paternalismo presumivelmente não censurável, que consiste em defender pessoas relativamente impotentes ou desamparadas ou vulneráveis de perigos externos, incluindo danos provenientes de outras pessoas quando as partes protegidas não consentiram voluntariamente com o risco, e fazendo-o de maneira análoga, em motivação e vigilância, àquilo que os pais fazem para proteger seus filhos”. ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e Direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, , out. 2007, p.17-18, p.17-18.

¹⁹ Ao escrever sobre as formas de legislações paternalistas, SEHER, Gerhard explica: “El término ‘paternalismo’ tiene mala reputación. Amenazar con pena a una persona por daño autoinfligido parece contradecir por su base el ideal de libertad de una sociedad respetuosa de la dignidad humana. No obstante, ello exige una respuesta mucho más matizada: Es un hecho que en el Derecho pueden encontrarse normas que al menos *prima facie* poseen ese carácter paternalista, como por ejemplo la prohibición de la posesión de drogas (§§29, 29ª BtMG ((Ley de Estupefacientes))) o ilícitos administrativos como la obligación de llevar cinturón de seguridad y casco en el tráfico rodado. Sorprendentemente, la teoría del bien jurídico – niquiera en su más restrictiva variante de la teoría personal del bien jurídico – no ha ofrecido hasta ahora ningún argumento para poder discriminar como ilegítimas las normas penales paternalistas: locierto es que una norma penal que sancionara la conducción de un vehículo sin cinturón de seguridad estaría directamente protegiendo los bienes jurídicos del agente. A este respecto, el criterio relevante ha de ser la distinción de partida entre conductas que generan un daño a terceros y aquellas que logeneran a uno mismo” (SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHI, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 69-95., p. 85.

relevância do seu consentimento nesta vertente do Direito penal, partindo-se, então, do enfrentamento do bem jurídico penal tutelado nesta seara.

2.3 Direito penal e eleição de bens jurídicos: A dignidade sexual como bem jurídico tutelado

“El derecho penal siempre llega al momento de los Santos Óleos, a los últimos consuelos, pues solo puede reaccionar ante el quebramiento de un bien jurídico”²⁰

Conforme fora apresentada a tutela penal da sexualidade humana, depreende-se que esta se situa em “zona limítrofe” entre o direito e a moral. Relevante, portanto, se faz a compreensão do bem jurídico envolvido nessa relação²¹, para então encontrar as justificativas quanto à repressão estatal nesse domínio.

A relevância do estudo do bem jurídico a ser tutelado pela norma penal encontra escólio não apenas no tocante ao Direito penal sexual, mas no ordenamento jurídico penal como um todo.

Entende-se, inclusive, que o Direito penal deve se movimentar exclusivamente com a finalidade de proteger determinado bem jurídico²², de modo que sem alçar essa finalidade o encontrar-se-ia desprovido de legitimidade²³.

²⁰ ZEPEDA, Rubén Quintito. *El libre desarrollo de la personalidad y la explotación sexual comercial infantil a la luz del derecho penal moderno*. Mexico, D.F.: Ubijus, 2010, p. VII.

²¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel, ao discorrerem sobre a criminalização das condutas pelo Direito penal sexual, apresentam a necessidade de identificação do bem jurídico deste aspecto: “Em nenhum outro crime os debates sobre a criminalização/descriminalização são tão constantes como ocorrem no Direito penal sexual, haja vista a grande influência moral existente nessa disciplina. O ponto central das discussões é justamente identificar qual deva ser o bem jurídico protegido.”, *Crimes contra a dignidade sexual...cit.*, p. 38.

²² Embora seja doutrina dominante a de que o Direito penal deve voltar-se à proteção de bens jurídicos, mister destacar que há dissidência doutrinária neste aspecto. HEFENDEHL, Roland destaca que “...alguns autores como Jakobs, Stratenwerth, Hirsh, Frisch o Wohlers, niegan, em mayor o menor medida, que la finalidad del Derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos, manteniendo Jakobs y su escuela, por ejemplo, que esa finalidad consistiría en la protección de la vigencia de la norma” HEFENDEHL, Roland (org.) *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 11.

²³ PRADO, Luiz Regis traz como princípio fundamental do Direito penal o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e discorre: “O objetivo imediato e primordial do Direito penal reside na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado Democrático de Direito. Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da

Nesse sentido, discorre Santiago Mir Puig:

El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan ‘bienes jurídicos’. Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger ‘bienes jurídicos’. La expresión ‘bien jurídico’ se utiliza en este contexto en su ‘sentido político-criminal’ de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su ‘sentido dogmático’, que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho penal vigente²⁴

A discussão em torno da questão do bem jurídico pode ser centralizada em vertentes fundamentais, tais como a sua conceituação, a natureza do interesse juridicamente relevante para se considerar o bem jurídico como digno de tutela penal, sua integração no sistema jurídico e a atuação penal sem que exista sua afetação²⁵.

liberdade da pessoa humana”. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008., p. 25.

HASSEMER, Winfried aponta: “Para declarar una conducta como delicto no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos”. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S.A., 1984, p. 37.

Sobre ese distanciamiento entre direito e moral relacionado ao bem jurídico MIR PUIG discorre: “Relacionado com la distinción de Moral y Derecho, el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser amparados por el Derecho Penal intereses meramente morales – esto es, solamente morales, lo que no impide que los bienes jurídicos-penales puedan ser , como de hecho lo son los más importantes, también bienes Morales, pero exige qye tengan algo más que los haga merecedores de protección jurídico-penal”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B.de F, 2008, p. 120.

²⁴ Ibid. Tradução livre do autor: O Direito penal de um Estado social deve justificar-se como um sistema de proteção da sociedade. Os interesses sociais que, por sua importância, podem merecer a proteção do Direito denominam-se “bens jurídicos”. Afirma-se, então, que o Direito penal somente pode proteger “bens jurídicos”. A expressão ‘bem jurídico’ é utilizada, neste contexto, em seu ‘sentido político criminal’ de objeto que pode reclamar proteção jurídico penal, em oposição a seu ‘sentido dogmático’, que se refere aos objetos que de fato protege o Direito penal vigente.

²⁵ Essa é a premissa que se adota para evolução do raciocínio com base em HASSEMER, Winfried, que discorresse sentido aoexporsuaconsideração acerca do bem jurídico para o Direito penal, com base no Direito penal de viés constitucional: “Las discusiones en torno a las cinco cuestiones centrales que desde siempre se han vinculado con el topos del ‘bien jurídico’ en el Derecho penal: - qué es un ‘bien jurídico’ conceptual y materialmente? – cómo surgen y se mantienen los bienes jurídicos en la realidad social e individual? – cómo se clasifican? – cómo deben integrarse en los sistemas jurídicos? – se puede amenazar con pena y sancionar cuando no se ve afectado ningún bien jurídico? Se han sostenido tradicionalmente por criminalistas, suscitado todo tipo de cuestiones de dogmática penal de teoría del Derecho penal, pero también de política criminal o de sociología del Derecho penal. Yo mismo he participado de modo reiterado en dichas discusiones, sin que pueda añadir en la actualidad nada esencial a mis manifestaciones anteriores, de modo que mi opinión puede seguirse enunciado del siguiente modo: - el bien jurídico es irrenunciable como baremo de una buena política criminal, - debería centrarse en su núcleo negativo tradicional crítico al derecho penal, - también los bienes jurídicos universales son ‘bienes jurídicos’ en sentido penal, - sin embargo, esos bienes jurídicos universales deben funcionar-se partiendo de La persona, - una política criminal moderna y divagadora también dañaconcepto tradicional e bien jurídico con la utilización de bienes jurídicos vagos e demasiado generalizadores”. HASSEMER, Winfried. Puede Haber delitos que no afecten a unbien jurídico penal?. In: HEFENDEHI, Roland (org.). *La teoria delbien jurídico: fundamento de legitimacióndelderecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 96.

A relevância de se conceituar o bem jurídico para o Direito penal pode ser percebida desde a Escola Clássica, quando Paul Johan Anselm Ritter Von Feuerbach preconizava a necessidade de se compreender a função do Direito penal como a proteção de bens jurídicos²⁶

A teoria de Feuerbach tem por fundamento a estrutura imposta pelo contrato social, onde está prevista a organização do homem em sociedade e a confiança depositada no Estado para a conservação da ordem estabelecida. Nesse passo, a intervenção estatal frente ao crime somente poderia ocorrer quando houvesse lesão a direito do cidadão.

Nesse sentido, Rocco afirma que

Para Feuerbach, aquel que sobrepasa los límites de la libertad jurídica comete una violación de derecho, una injuria. Quien ofende la libertad enunciada mediante el contrato social y asegurada mediante la ley penal, comete un delito²⁷

Daí, portanto, a inserção do conceito de lesão a um direito subjetivo como fundamento para penalização.

Feuerbach, com base no contrato social, desvia o conceito de delito da teoria que o considerava como mera violação de dever, sancionado criminalmente. Para ele, o delito como violação de direito subjetivo significava uma lesão a um direito individual do ofendido.

Nesse sentido, Tavares, com base em Hassemer, discorre:

Según Feuerbach, el delito como violación de derecho subjetivo significaba, a diferencia de una lesión del deber para con el Estado, una lesión al derecho individual del ofendido de no poder ejercer su propia libertad frente a la acción de otro, o sea, entonces, que el delito presuponia, en principio, un estado de igualdad de derechos de libertad entre el autor y la víctima; igualdad ésta que se veía quebrada por ese delito, de forma tal que una de las partes involucradas en el conflicto no la podría ya ejercer. Con esto, subordinaba el concepto de delito a un principio material – la preservación de la libertad individual – independientemente de los fines políticos del Estado, dando lugar, también, a la posibilidad de que el delito

²⁶GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual...*cit., p. 40.

²⁷ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F, 2005, p. 29-30. Tradução livre do autor: “Para Feuerbach, aquele que ultrapassa os limites da liberdade jurídica comete uma violação de direito, uma injúria. Quem ofende a liberdade enunciada mediante o contrato social e assegurada mediante a lei penal, comete um delito”.

sea visto como una lesión propia a los bienes materiales y no simplemente como una violación del deber²⁸.

Hassemer pontua que Feuerbach fundamentou o bem jurídico como uma arma contra uma concepção moralizante do Direito penal, de modo que para ter uma conduta como delituosa seria necessário comprovar a lesão a interesses materiais de outras pessoas, ou seja, lesão a bens jurídicos:

El concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamento y formulo Paul Johann Anselm von Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona bienes jurídicos. De este modo se sentaron las bases para un sistema penal orientado empíricamente, si bien han sido necesarias muchas batallas para lograr dirigir la atención del legislador y de los penalistas hacia las consecuencias del comportamiento²⁹.

Outro ponto a se destacar no desenvolvimento do pensamento de Feuerbach é que com a consideração do delito como uma lesão de direito subjetivo (re) aparece a figura da vítima, que estava fora do contexto criminal até então estabelecido, voltado apenas para o delinqüente³⁰.

²⁸TAVARES, Juarez E. X. Bien jurídico y función en derecho penal. In: SOLOKAR, Alejandro (org.). *Claves del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, v. 3, p. 17-18. Tradução livre do autor: “Segundo Feuerbach, o delito como violação de direito subjetivo significava, a diferença de uma lesão de dever para com o Estado, uma lesão ao direito individual do ofendido de não poder exercer sua própria liberdade frente à ação do outro, ou seja, então, que o delito pressupunha, em princípio, um estado de igualdade de direitos de liberdade entre autor e vítima, igualdade esta que se via quebrada por este delito, de forma tal que uma das partes envolvidas no conflito não a poderia exercer. Com isso, subordinava o conceito de delito a um princípio material – a preservação da liberdade individual – independente dos fins políticos do Estado, dando lugar, também, à possibilidade de que o delito seja visto como lesão própria aos bens materiais e não somente como violação de dever”.

²⁹HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal...cit.*, p. 37. Tradução livre do autor: “O conceito de bem jurídico é obra do pensamento da Ilustração. Foi fundamentado e formulado por Paul Johann Anselm von Feuerbach como arma contra uma concepção moralizante do Direito penal, Para declarar uma conduta como delito não deveria bastar que supusesse a infração de uma norma ética ou divina, é necessário antes de tudo a prova de que lesiona bens jurídicos. Desse modo se estabeleceram as bases para um sistema penal empiricamente orientado, se bem tenham sido necessárias muitas batalhas para lograr voltar a atenção do legislador e dos penalistas para as consequências do comportamento”.

³⁰HASSEMER, Winfried, discorre: “La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico’. Con esta máxima (re)aparece la víctima, tras siglos de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuridicidad y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente. Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses”. Ibid., p. 37-38.

Posteriormente, aprimorando-se o conceito oferecido nos estudos de Feuerbach, pode-se afirmar que Birnbaum foi o criador do instituto que ora se intitula de bem jurídico³¹.

Segundo discorre Manoella Guz, “em verdade, este pensador não usa a locução ‘bem jurídico’, mas emprega outras expressões descritivas que condizem ao seu conceito, de forma que é tido como o pai da ideia de ‘bem jurídico’”³²

Para Birnbaum, o bem jurídico seria um “bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela sua natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela”³³.

Destaca-se, portanto, que o pensamento de Birnbaum é marcado caracteristicamente pela transcendência do caráter individual para a consideração do sistema social, iniciando-se uma distinção entre bens individuais e coletivos.

Desse modo, com o desenvolvimento da teoria do bem jurídico por Birnbaum, muito embora não haja expressa denominação ao termo “bem jurídico”, pontua-se a necessidade da existência de um objeto material, relevante para a pessoa ou para a coletividade, que possa ser atingido para que haja reação do Direito penal.

Segundo Manoella Guz, no pensamento de Birnbaum substitui-se o conceito de direito subjetivo pelo de bem:

O delito passa a ser configurado como uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos e não mais como uma lesão a direitos, de forma que se retorna a ideia da possibilidade de repressão das condutas contrárias à religião e à moral. A tutela penal, de acordo com este novo pensamento, apenas se mostraria presente diante da existência de um ‘bem’ fixado no mundo do ser ou da realidade, o qual poderia ser lesionado por uma conduta criminosa. Mas, além disso, era necessário que o ‘bem’ demonstrasse importância de relevo para a pessoa ou para a coletividade.³⁴

Nesse sentido, Birnbaum traz a noção de que o direito subjetivo por si só não tem o condão de ser colocado em perigo, havendo a necessidade da existência de um bem jurídico para a situação³⁵. Tem-se, portanto, que, a partir dos estudos do autor,

³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge afirma que: “Foi em 1834 que Birnbaum utilizou pela primeira vez o conceito de bem jurídico, em um estudo sobre a tutela da honra”. *Crimes sexuais...*cit., p. 41.

³² GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 21.

³³ CUNHA apud GRECO e RASSI, op.cit., p. 42.

³⁴ GUZ, op. cit., p. 21.

³⁵ A título de exemplificação, GOMES anota que no crime de homicídio, o que resulta lesionado não é o direito à vida, mas sim a própria vida. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 p. 74.

resta estabelecido um novo paradigma a ser considerado nos estudos sobre crime, o que influenciou e continua a influenciar sua compreensão e também das teorias a este correlatas, como o do consentimento³⁶.

Assim sendo, de acordo com Costa Andrade, o pensamento de Birnbaum

revela aquela imprecisão que marca todo o pensamento situado em períodos de transição: antecipa e anuncia uma nova realidade ao mesmo tempo que apresenta os estigmas do ambiente de seu tempo. A concepção de Birnbaum, em suma, certamente poderia ser sintetizada como uma concepção de compromisso, influenciada ainda pelo iluminismo, mas também já pelo hegelianismo, pela escola histórica e pelo positivismo moderado de Mittermayer. Não abandonando completamente o individualismo, o iusracionalismo e a vertente crítica, abre as portas ao positivismo.³⁷

No positivismo, destacam-se as ideias de bem jurídico preconizadas por Karl Binding e por Franz Von Liszt.

Conforme discorre Guz, citando Langroiva Pereira,

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 Johan Michel Franz Birnbaum em um panorama de natureza penal de características jurídico-positivas, reconhecendo sua dependência da própria norma.³⁸

Com expoente em Karl Binding, o positivismo trouxe a racionalização de que por meio da norma seriam definidos os bens jurídicos dignos de proteção penal. A norma teria o condão de estabelecer o que seria juridicamente relevante para a sociedade. Essa noção pode ser depreendida do conceito exposto por Rocco:

...dice Binding,, que los bienes jurídicos forman el punto medio en el que se agrupan todos los derechos y obligaciones. Bien jurídico es todo aquello que, desde el punto de vista del legislador, es importante para el orden jurídico y cuyo pacífico mantenimiento es puesto al seguro mediante las normas. Bienes jurídicos son no solo la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, el honor sexual de los individuos, sino también su crédito, los objetos de los derechos patrimoniales la legalidad de

³⁶ GRECO e RASSI afirmam que: “A inovação do conceito de bem jurídico trazida por BIRNBAUM, entretanto, não é o seu único mérito. Sua concepção, longe de estar acabada, o que só viria a acontecer tempos depois, abriu porta para um novo paradigma geral de compreensão do crime (do objeto e da respectiva lesão, bem como do conteúdo material da ilicitude), e conseqüentemente, do consentimento. Op. cit., p. 42.

³⁷COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo no Direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 52-53.

³⁸ LANGROIVA PEREIRA apud GUZ, op. cit., p. 23.

los medios de prueba y su veracidad, como de los signos de fe, la autoridad de los funcionarios, el territorio del Estado, la fuerza bélica del Estado durante la paz; en síntesis: todo aquello que fuera del derecho de obediencia del Estado forma objeto de una ofensa delictuosa³⁹

Entretanto, a ideia de que a norma seria a fonte única de eleição de bens jurídicos, e, portanto, digna de proteção, acaba por estabelecer uma relação de finalidade em si mesma, o que pode, de certo modo, dar lastro a imposições normativas arbitrárias e inquestionáveis, com espírito manifestamente contrário à concepção democrática e social de direito estabelecida.

Para afastar-se de conclusões absolutistas e garantir um desenvolvimento do conceito de bem jurídico menos detido a um normativismo exarcebado – porém sem o completo abandono às raízes positivistas –, Franz von Liszt preconiza uma evolução de pensamento na qual o interesse jurídico surge antes da norma⁴⁰, e decorre de uma realidade social, e não da própria norma como estabelecia Binding.

Segundo Franz von Liszt, o Direito existe para o homem, e tem por objeto a defesa dos interesses da vida, a proteção dos interesses humanos. E, após pontuar a existência de interesses humanos a revestir as normas jurídicas, Liszt avança a conceituação de bem jurídico do seguinte modo:

Nosotros llamamos BIENES JURÍDICOS a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no CREA el interés, lo CREA la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídicos⁴¹

³⁹ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal...cit.*, p. 101-102. Tradução livre do autor: “Afirma Binding que os bens jurídicos formam o ponto médio em que se agrupam todos os direitos e obrigações. Bem jurídico é tudo aquilo que, desde o ponto de vista do legislador, é importante para a ordem jurídica e cuja manutenção pacífica é assegurada mediante normas. Bens jurídicos são não somente a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a honra sexual dos indivíduos, senão também seu crédito, os objetos dos direitos patrimoniais, a legalidade dos meios de prova e sua veracidade, como os símbolos de fé, a autoridade dos funcionários, o território do Estado, a força bélica do Estado em tempos de paz, em síntese: tudo aquilo que seja do direito de obediência do Estado forma objeto de uma ofensa delitiva”.

⁴⁰ Nesse sentido, a lição de LISZT, Franz von: “é a vida, e não o direito, quem produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos, quanto ao número e quanto ao gênero”. LISZT, Franz von. *Tratado de Direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2006, v. 1, p. 94.

⁴¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 2ª ed. Madrid: Editorial REUS, 1927, Tomo II, p. 2 e ss. Tradução livre do autor: “Chamamos de bens jurídicos aos interesses protegidos pelo Direito. Bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, o que o cria é a vida, porém a proteção do Direito eleva o interesse vital à bem jurídico”

Para LISZT, bem jurídico e norma são conceitos fundamentais do Direito penal, de modo que o bem jurídico passa a assumir um limite verificado entre a ciência jurídica e a política, abandonando-se o tratamento dado anteriormente com a exclusividade formalista do direito.

Postas essas distinções entre o pensamento de Binding e Liszt, pode-se dizer que o primeiro foi considerado um positivista formal-normológico, consistindo em um positivismo jurídico, enquanto o segundo considera-se um positivista naturalístico-sociológico, colocado em um paradigma do positivismo sociológico ou naturalista, e, apesar de suas posturas político-metodológicas diversas, ambos se aproximavam nos resultados práticos de suas doutrinas, na medida em que é o legislador quem dá a palavra final sobre quais os bens dignos de tutela⁴². Portanto, apesar dessas divergências, não se pode dizer que Binding e Liszt se encontram em polos opostos, pois em ambas as teorias há uma valorização da lei para eleição final do bem jurídico penal.

Outra questão de relevância para consideração de bem jurídico é a natureza do interesse envolvido. Como cediço, o Direito penal tutela bens jurídicos individuais e coletivos⁴³ (ou supraindividuais), encontrando legitimidade para proteger ambos os bens.

Também há de se destacar a presença de bens jurídicos difusos, que envolvem interesses metaindividuais, sendo que, conforme discorre Ponte,

Interesses difusos podem ser definidos como interesses metaindividuais, que dizem respeito a interesses comuns de uma dada comunidade, cujos integrantes não precisam ter, necessariamente, vínculo jurídico. Referidos interesses podem ser extremamente genéricos, como pertencer a uma mesma comunidade política, ensejando, como

⁴² Para essa conclusão, toma-se por base a classificação exposta por POLAINO NAVARRETE, de acordo com os seguintes critérios: Binding (1872) – dimensão formal: teoria das normas; e Liszt (1883) – dimensão material: teoria da nocividade social. *Derecho penal: parte general, teoria jurídica del delito*. Barcelona: Bosch, 2000, t. 2, v. 1, 2000, p. 566.

⁴³ Delimita-se aqui o binômio individual e coletivo a fim de extrair os interesses que integram esses dois grandes grupos de bens jurídicos que se apresentam. No entanto, mister ressaltar que a doutrina a respeito do bem jurídico encontra classificação mais apurada. A exemplo disso, REGIS PRADO classifica os bens jurídicos como individuais e metaindividuais, subdividindo-se estes em institucionais (públicos ou estatais), coletivos e difusos. PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1., p. 67-68. SMANIO divide os bens jurídicos quanto à natureza, sendo esta individual, coletiva e difusa (SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, v. 7, n. 20, out. 2004., p. 394.

consequência, em determinadas ocasiões, conflitos de interesses individuais⁴⁴

A relevância dessa classe de bem jurídico pode ser verificada quando de sua afetação, que faz com que toda a sociedade reste prejudicada, sendo esta uma característica peculiar na apresentação dos bens jurídicos difusos.

Nesse sentido, Ponte afirma 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.⁴⁵

Para fins do presente estudo, os bens jurídicos supraindividuais e metaindividuais receberão tratamentos semelhantes, pois ambos desempenham a mesma dificuldade frente à criminalização, pelo plano peculiar que se apresentam.

Desta feita, a tutela penal do bem jurídico supraindividual reclama a adoção, por vezes, de um Direito penal moderno, entendendo-se aqui aquele que diminui os limites de intervenção da pena, flexibiliza determinadas garantias processuais e deixa de ater-se aos paradigmas do Direito penal clássico, pautado pelos princípios de fragmentariedade, *ultima ratio*, lesividade, etc. .

Sobre o “Moderno Direito penal”, Busato e Huapaya discorrem:

O chamado ‘Moderno Direito penal’ e suas técnicas de tipificação não se congratulam com os postulados de um Direito penal mínimo: os sintomas de perdas sistemáticas das garantias penais, as erosões do princípio da legalidade, a proliferação dos novos bens jurídicos, a utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato e o uso indiscriminado da norma penal em branco evidenciam um Direito penal a pedido do consumidor. Na medida em que se proceda à descriminalização de certas condutas que bem podem ser reservadas à atuação do Direito Administrativo sancionador, o Direito penal se congratula com a sua verdadeira função de *ultima ratio*⁴⁶

No entanto, essa situação pode até mesmo encontrar justificativa porque, ao mesmo tempo em que os bens jurídicos supraindividuais possuem características de extrema importância para reclamar a proteção penal, eles também apresentam uma

⁴⁴ PONTE, , Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 45.

⁴⁵ Ibid., p. 46.

⁴⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 114.

indefinição que impõe dificuldades de atuação do Direito penal nos moldes tradicionais que é apresentado.

Veja-se, portanto, que nesses casos não se trata de uma expansão penal sem razoabilidade⁴⁷; muito pelo contrário, a esfera de interesses supraindividuais representa talvez um campo de necessária expansão penal, ainda que não se tenha ao certo como essa expansão deva ocorrer sem comprometer a pauta mínima de direitos humanos que vincula o nosso legislador.

Talvez a conciliação entre a atuação estatal frente aos bens jurídicos coletivos e que, portanto, apresentam maiores dificuldades de proteção, e o respeito à referida pauta mínima de direitos humanos que vincula o legislador, encontre repouso no fato de que os interesses individuais e coletivos quase sempre encontram consonância; e mais, muito embora os bens jurídicos sejam apontados como coletivos, os interesses que o revestem são individuais. Sobre a esfera de proteção geral e individual, Muñoz Conde, referindo-se a Parsons, discorre:

La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; pero en su última fase es individual, o sea, incide en el individuo concreto. Así, por ejemplo, dice PARSONS ‘que todos los procesos de motivación son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales. Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente, procesos sociales, que entrañan la interacción del ego con una pluralidad de alter’⁴⁸

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, ao abordar a questão da expansão do Direito penal discorre: “A doutrina já se ocupou detalhadamente desses fenômenos – bens coletivos, interesses difusos – que realçam a crescente dependência do ser humano de realidades externas ao mesmo, como é o caso da normal atividade de terceiros. O que não significa, em absoluto, que se possa afirmar, de momento, a existência de um consenso total sobre quais devem ser protegidos penalmente e em que medida. De qualquer forma, seria ocioso dedicar aqui mais espaço a essa discussão. O que interessa ressaltar neste momento é tão somente que existe, seguramente, um espaço de ‘expansão razoável’ do Direito penal, ainda que, com a mesma convicção, próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações de expansão desarrazoada”. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B. de F, 2003, p. 96. Tradução livre do autor: A função de motivação que cumpre a norma penal é primordialmente social, geral, vale dizer, incide na comunidade, porém em sua última fase é individual, ou seja, incide sobre o indivíduo concreto. Assim, por exemplo, diz Parson, que todos os processos de motivação são processos que se produzem nas personalidades dos atores individuais. Os processos mediante os quais a estrutura motivacional de uma personalidade individual chega a ser o que é são, contudo, fundamentalmente, processos sociais, que incluem a interação do ego com a pluralidade do alter.

Assim sendo, tem-se que a tutela penal recai primordialmente em um interesse geral, mas em última análise, tem o escopo de proteção de interesses individuais, a considerar o indivíduo em concreto.

Outro aspecto também passível de apreciação é que os interesses que circundam os bens jurídicos não são absolutos. Ao discorrer sobre a separação entre individual e coletivo, Mancuso afirma que

Interesse ‘individual’ e interesse ‘coletivo’ não podem ser considerados em termos absolutos, e sim tendo presente o caráter que neles é predominante: interesse individual é o que, precipuamente, surge e existe em função das necessidades do indivíduo (...); interesse coletivo é o que surge e existe em função de certas instâncias sociais de natureza corporativa, organizadas precipuamente para o atendimento dos interesses de massa nele aglutinados (...)⁴⁹

Desse modo, sob um prisma estritamente democrático, observa-se a intersecção entre os interesses coletivos e individuais, pois há consonância quase que absoluta entre eles. Nesse sentido, Muñoz Conde afirma que

Hay veces en las que la motivación general y la individual coinciden casi por completo, sobre todos cuando las normas rigen en una sociedad democrática y en su elaboración participan ampliamente los miembros que componen esa sociedad, o cuando el contenido de sus prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de gran valor para la convivencia que forman el patrimonio existencial de los individuos – vida, salud, libertad, etc⁵⁰

Porém, essa conciliação nem sempre se apresenta de forma fácil, abrindo-se caminho a uma expansão penal, que também se justifica pela sensação de insegurança gerada com a afetação de determinados bens jurídicos⁵¹.

⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 292.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 97. Tradução livre do autor “Há casos nos quais a motivação geral e a individual coincidem quase por completo, sobretudo quanto as normas estão vigentes em uma sociedade democrática, e em sua elaboração participam amplamente todos os membros desta sociedade, ou quando o conteúdo destas proibições se refere a bens jurídicos de grande valor para a convivência, que formam o patrimônio existencial dos indivíduos – vida, saúde, liberdade, etc.”

⁵¹ A esse respeito, SILVA SÁNCHEZ discorre: “A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, ‘lugar natural’ clássico – o direito de polícia -, senão no Direito penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito penal, aparecem cada vez mais com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se vêem às vezes tachadas de excessivamente rígidas e se apregoa sua ‘flexibilização’. Apenas como exemplo, vale aludir a demanda de criminalização em matéria de meio ambiental, econômica, de corrupção política, no âmbito sexual (especialmente nas hipóteses de abuso sexual ou pornografia infantil), ou da violência familiar etc. E é fato que, em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são

Como se afirmou, a apresentação de bens jurídicos fora dos padrões tradicionais reclama a atuação de um Direito penal mais contundente, uma vez que o Direito penal nos moldes clássicos se demonstra insuficiente à necessária proteção desses bens jurídicos.

Essa atuação mais contundente do Direito penal passa necessariamente pela modificação das garantias preconizadas pelo Direito penal clássico. Porém, a adoção de um modelo que modifique algumas garantias a fim de proteger determinados bens jurídicos que demonstram dificultoso âmbito de proteção não significa abandonar por completo o modelo de garantias instituído.

Ao tecer comentários acerca de garantias, é necessário destacar que o modelo garantista pode ser observado sob dois aspectos: o Direito penal mínimo e o Direito penal máximo.

O Direito penal mínimo caminha no sentido de preservação do Estado de Direito repleto de suas garantias, enquanto o Direito penal máximo preconiza um recrudescimento do Direito penal com a supressão das garantias intrínsecas ao Estado de Direito, retomando, portanto, uma modalidade de tutela penal típica cuja existência antes se restringia aos Estados absolutistas.

No entanto, esse caminho não é absoluto; ou seja, na organização estatal e, principalmente no emprego do Direito penal, muitas vezes não se adota um posicionamento irreduzível do Direito penal mínimo ou do Direito penal máximo, mas sim sistemas tendentes a uma destas duas vertentes.

Nesse sentido, discorre Ferrajoli:

Denomino a estes dois extremos ‘Direito penal mínimo’ e ‘Direito penal máximo’, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao Direito penal mínimo ou de uma tendência ao Direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua

cada vez maiores, parece mesmo razoável que a busca de elementos de orientação normativa –e, entre eles, o Direito penal ocupa um lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva. Com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito penal *malgré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade” SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 51-52.

separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros a uma ilegitimidade tendencial dos segundos.⁵²

Diante disso, por mais contraditório que possa parecer em um primeiro momento, pode-se afirmar ser viável a conciliação de proteção mais contundente voltada a determinados bens jurídicos peculiares com um sistema de garantias inculpidos em normas superiores a apontar a observância de determinados limites de atuação estatal.

No entanto, importante pontuar que a sistemática adotada por nosso Estado tende ao Direito penal mínimo, devendo, portanto, observar de antemão uma pauta mínima de garantias previstas para então impulsionar o Direito penal.

Nessa seara, inclui-se a criminalização de condutas no âmbito sexual, mormente em relação ao abuso em face de crianças e adolescentes, ousando-se aqui a estender o conceito também para abarcar todas as formas de vulnerabilidade abordadas nos crimes contra a dignidade sexual.

Dessa forma, busca-se no Direito penal a solução para essa sensação de insegurança, ao invés de procurar miná-la em outras esferas, como o direito de polícia⁵³, obedecendo ao seu caráter mínimo.

Nesse sentido, Busato e Huapaya afirmam que

o Direito penal não é uma solução para todos os males. A intervenção penal deve ficar reservada para as hipóteses em que falharam outros mecanismos de defesa social. Ao Direito penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social⁵⁴

Sob esse prisma, resta clara a integração do bem jurídico em nosso ordenamento penal, como sendo inclusive o foco de proteção estatal. A relevância do bem jurídico e sua perfeita integração pode ser depreendida da dificuldade que se tem em estabelecer um movimento penal por parte do Estado sem a afetação do bem jurídico.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

⁵³ Sobre o Direito de Polícia, SCHÜNEMANN discorre: “Em sentido justamente inverso exigen principalmente los autores de Frankfurt (lallamada Escuela de Frankfurt) la amplia abolición del moderno Derecho Penal económico y ambiental em favor de um denominado Derecho de intervención que, por lo que parece, debe ser uma forma de Derecho de policía”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras - Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2009, p. 97.

⁵⁴ BUSATO E HUAYPAYA, op. cit., p. 163.

Ainda que em relação aos bens jurídicos não tradicionais se busque um Direito penal diferenciado, com orientação de perigo, tipos abertos, dentre outras características do Direito penal moderno, é inegável que mesmo as disposições mais extremadas do Estado tomam por base a necessidade de manter íntegro o bem jurídico que se protege.

No entanto, a necessidade de proteção, inclusive com a proibição da proteção deficiente, deve-se atentar à verdadeira afetação do bem jurídico, ou ao menos à criação de um risco concreto para acionar, via Estado, o Direito penal.

Isso importa em reconhecer o Direito penal sob a luz do princípio da intervenção mínima, considerado, portanto, como *ultima ratio*, a verificar seu caráter subsidiário e fragmentário⁵⁵.

De acordo com a exposição de Ponte,

O princípio da intervenção mínima ou necessidade surgiu com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 8º preconizava 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.’⁵⁶

Conforme exposto, o Direito penal está desenvolvido com a finalidade de proteção exclusiva a bens jurídicos. No entanto, deve ser lembrado que os bens jurídicos não encontram no Direito penal o seu único âmbito de proteção, mas sim o seu último. De acordo com Roxin,

De lo dicho hasta ahora de desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho penal, sino que a ello há de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. – Por ello se denomina a la pena como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal solo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso esa no siempre de modo general,

⁵⁵ Tem-se que a intervenção mínima se desdobra nos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. Nesse sentido, BUSATO e HUAYPAYA discorrem: “Destas ideias parte o desenvolvimento do princípio da intervenção mínima, que se expressa sob distintas formas dentro do Direito penal. Convém destacar os pontos-chave que estabelecem limitações ao *ius puniendi* através do princípio da intervenção mínima: princípio da fragmentariedade e princípio da subsidiariedade”. Ibid., p. 159.

⁵⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais...cit.*, p. 74.

sino frecuentemente (como el patrimonio) solo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del derecho penal⁵⁷

Afirmar o caráter subsidiário do Direito penal importa no reconhecimento do princípio da intervenção mínima como o seu limite. Ao atrelar a subsidiariedade à intervenção mínima, Busato e Huaypaya afirmam que

A característica de subsidiariedade também é proveniente do princípio da intervenção mínima. Esta característica condiciona a intervenção do Direito penal, só quando se haja comprovado a incapacidade dos demais mecanismos de controle social em acudir adequadamente o problema.⁵⁸

No mesmo sentido, da Ponte afirma que

segundo o princípio da intervenção mínima, o Direito penal deve ter caráter subsidiário, devendo atuar como a *ultima ratio legis*, depois que todos os outros ramos do Direito tenham se mostrado inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídicos-penais relevante⁵⁹

Além da subsidiariedade, também se deve destacar a fragmentariedade como vertente da intervenção mínima, de modo que além do Direito penal ser o último mecanismo a ser acionado pelo Estado, ele também protegerá apenas determinados bens jurídicos frente a determinadas condutas atentatórias.

Desse modo, não será qualquer bem jurídico objeto de proteção, assim como não será qualquer conduta atentatória objeto de criminalização, conforme apontam Busato e Huapaya:

O Direito penal é fragmentário. A característica, apontada inicialmente no Tratado de Direito penal Alemão Comum – Parte Especial,

⁵⁷ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 2ª ed. Madrid: THOMSON CIVITAS, 2006, p. 65. Tradução livre do autor. “Do que foi dito até agora se depreende já que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente mediante o Direito penal, senão que com ele deverá colaborar o instrumental de todo o ordenamento jurídico. O Direito penal somente é a ultima entre todas as medidas protetoras que se deve considerar, ou seja, somente se poderá fazê-lo intervir quando falhem os outros métodos de solução social do problema – como a ação civil, regulações de polícia ou jurídico técnicas, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiaria de bens jurídicos, na medida em que Direito penal somente protege uma parte dos bens jurídicos e, inclusive, está não sempre de modo geral, senão frequentemente (como o patrimônio) somente frente a formas de ataque concretas, se fala também da natureza fragmentaria do Direito penal”.

⁵⁸BUSATO e HUAYPAYA, op. cit., p. 162-163.

⁵⁹PONTE, op. cit., p. 74.

de Binding, de 1896, era valorada negativamente pelo autor. Segundo seu entendimento, o fato de que o Direito penal não abarcara indistintamente todos os assuntos de interesse jurídico era uma falha. Mas o tempo se encarregou de demonstrar que se trata, em realidade, de uma característica extremamente positiva. Que o Direito penal não intervenha de modo indistinto, é dizer, sua reserva para as hipóteses excepcionais é justamente a expressão de sua força. Muito Direito penal equivale a nenhum. Assim que modernamente a característica da fragmentariedade na intervenção do Direito penal é entendida positivamente⁶⁰

Para estampar o caráter fragmentário do Direito penal, Luis Luisi enfatiza que o Direito penal não deve ser um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas sim um sistema descontínuo de tutela de interesses, ou seja, concretizando sua característica de *ultima ratio*, cuja intervenção somente se justifica quando demais ramos do Direito houverem fracassado⁶¹.

Importante ressaltar ainda que o respeito à intervenção mínima do Direito penal, ao contrário do que se possa imaginar, não lhe tira a autoridade. Ao contrário, reserva-lhe um âmbito de atuação mais relevante e estritamente necessário. Ainda conforme Luis Luisi:

Não se pode ignorar, evidentemente, as dificuldades práticas com que o legislador se defrontará para, em muitos casos, usar com correção, o critério da proporcionalidade e o da necessidade. Todavia, a simples presença de tais axiomas orientadores na prática aplicação, tem o efeito de fazer ‘prender a consciência’, quer dizer, tomar consciência por parte do legislador – e a expressão é de Francesco Palazzo –, da necessidade lógica e legal da proporção e de que, em se tratando da criação de tipos penais, é necessário ao legislador ter presente que ele tem o direito de intervenção mínima, ou seja, tem o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela se apresenta como inarredável e inalteravelmente necessário⁶²

Ademais, o caráter de *ultima ratio* exige uma séria e rigorosa avaliação, não se permitindo sua invocação retórica a desconsiderar toda e qualquer tutela penal e o envolvimento indistinto dos bens jurídicos protegidos pelo Estado.

Sobre a *ultima ratio*, explica Schünemann:

A mi modo de ver, la fórmula de la *ultima ratio* no debe concretizarse mediante perspectivas globalizantes y simplificadoras, sino

⁶⁰ BUSATO e HUAYPAYA, op. cit., p. 159.

⁶¹ Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 40.

⁶² Ibid., p. 46.

basándose en una construcción de grupos de casos que parta del bien jurídico protegido, que tome en cuenta tanto los caminos que conducen a su lesión en determinado contexto histórico-social como también los recursos para su protección, y que así desarrolle las necesidades de protección del bien jurídico en un análisis tridimensional. Esta necesidad de protección debe, por otro lado, ser contrapuesta a la pérdida de libertad de acción producida por la prohibición penal, para determinar el alcance adecuado de la prohibición penal. El resultado de este razonamiento puede primeramente, ser formulado por medio de máximas político criminales⁶³

Cumprase ressaltar que, muito embora a intervenção mínima não esteja prevista explicitamente na Constituição Federal, ela decorre de outros princípios, sendo, portanto, de acordo com Ponte, um “postulado constitucional implícito, do qual decorre o caráter fragmentário e subsidiário do Direito penal”⁶⁴ No mesmo sentido, afirma Luna que se trata de um princípio imanente a fundamentar a atuação do legislador e do hermeneuta⁶⁵

2.3.1. A dignidade sexual como bem jurídico no Código Penal brasileiro

Em relação ao Direito penal sexual, este se volta também obrigatoriamente a proteger determinados bens jurídicos. Nosso ordenamento penal estabelece um bem jurídico de extrema relevância a ser protegido, que é a dignidade sexual.

Apesar da alteração do nome de um crime, ou de um capítulo do código penal, por si só não representar uma mudança sensível, não é o que se pode dizer da colocação da dignidade sexual em lugar dos antigos “costumes” tutelados pelo Código penal.

Isso porque a colocação da dignidade sexual como bem jurídico tutelado nos crimes sexuais pressupõe o abandono de um molde voltado a aspectos morais para dar lugar à proteção do ser humano na, talvez, vertente mais importante em nosso

⁶³ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 99. Tradução livre do autor: “A meu modo de ver, a fórmula de ultima ratio não deve concretizar-se mediante perspectivas globalizantes e simplificadoras, senão baseando-se em uma construção de grupos de casos que parta do bem jurídico protegido, que tenha em conta tantos os caminhos condizentes com sua lesão em determinado contexto histórico social, como também os recursos para sua proteção, e que assim desenvolva as necessidades de proteção do bem jurídico em uma análise tridimensional. Esta necessidade de proteção deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação produzida pela proibição penal, para determinar o alcance adequado da proibição penal. O resultado deste raciocínio pode primeiramente ser formulado por meio de máximas político-criminais”.

⁶⁴ PONTE, op. cit., p. 74.

⁶⁵ LUNA apud PONTE, 2008, p. 74.

ordenamento jurídico, que é a dignidade⁶⁶ da pessoa humana⁶⁷. Nas palavras de Martinelli,

O antigo modelo, vigente até 2009, que alçava os bons costumes à condição de bem jurídico principal, há muito era contestado pela doutrina. A violência sexual é um atentado à dignidade da vítima, pois esta fica impedida de desenvolver sua autodeterminação em relação à prática do sexo da maneira como deseja. Acima da imoralidade, tal comportamento criminoso é lesivo à dignidade da pessoa humana⁶⁸

Sobre a evolução legislativa que transformou os crimes contra os costumes para os crimes contra a dignidade sexual NUCCI et al. discorrem:

A elaboração do Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes – justifica-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. (...) Entretanto, o Título VI tutelava bem jurídico incompatível com a modernidade do século XXI. Cuidava dos costumes e não da dignidade sexual das pessoas.

Nesse sentido, o legislador de 2009, já em tardia hora, regulou tema que não se encontrava na pauta legislativa de 1940. Para tanto, além da dignidade sexual em geral, sob um prisma mais específico, criaram-se tipos penais para coibir condutas atentatórias à dignidade sexual dos vulneráveis, em atenção à proteção de bem jurídico outrora inexistente no texto constitucional.

Assim, não por simples discricionariedade legislativa, mas por atenção às responsabilidades sociais traçadas e determinadas pela Constituição de 1988, movimentou-se o Poder Legislativo no sentido de garantir proteção jurídica diferenciada a bem jurídico de nítido e incontestado valor para a formação social brasileira.⁶⁹

Com um enfoque mais voltado à concepção política adotada, Alessandra Greco e Rassi pontuam acerca da dignidade sexual como bem jurídico tutelado:

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 autodeterminação e de liberdades individuais, por

⁶⁶ Sobre a dignidade, vale transcrever conceito de Alexandre de Moraes, citado por DA COSTA JR., Paulo José e DA COSTA, Fernando José: “Alexandre de Moraes conceitua a dignidade como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. *Curso de Direito penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 673.

⁶⁷ Sobre a dignidade da pessoa humana, Cf. Ibid. (“A dignidade da pessoa humana e sua consideração nas disposições penais envolvendo os vulneráveis”).

⁶⁸ MARTINELLI, João Paulo. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. *Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 68, v. 11, 2011, p. 7-24, p. 8.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218 – B, introduzidos pela Lei 12.015/2009). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, v. 18, 2010, p. 11-12.

um lado, e o aumento da tolerância entre os diversos grupos no convívio social, por outro.⁷⁰

Sob outro ponto de vista, tecendo críticas à inserção do elemento “dignidade sexual” e defendendo apenas a adoção da liberdade sexual como bem jurídico tutelado, Alberto Silva Franco afirma que:

em matéria de sexualidade, enquanto componente inafastável do ser humano, não se cuida de sexo digno ou indigno, mão tão somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violência ou coação, ou seja, com um nível mais ou menos de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro. Destarte, toda lesão á liberdade sexual da pessoa humana encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora dela, não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal⁷¹

Sobre a evolução legislativa em Portugal, que partiu também da concepção de tutela dos costumes na seara dos crimes sexuais para a abordagem da questão à luz da liberdade sexual, Ana Rita Alfaiate traça o seguinte paralelo:

Pelo facto de se estar perante incriminações relativas a um específico pudor e moral, paulatinamente se foi substituindo o conceito de crime contra a honestidade e contra os costumes pelo designativo de crimes sexuais. A mudança de paradigma do bem jurídico protegido, porém, não acompanhou esta evolução na denominação dos tipos e só depois da revisão de 1995 pode efectivamente falar-se numa alteração da concepção de bem jurídico.⁷²

Pierangeli e de Souza afirmam que com essa evolução legislativa, o atual “enfoque direciona-se à liberdade, à segurança e à incolumidade física relacionadas à sexualidade”.⁷³ Sob este aspecto, Alessandra Greco e Rassi expõem que:

A liberdade sexual tem sido o bem jurídico aventado pela doutrina moderna como sendo o único digno de tutela nos crimes sexuais, por não apresentar qualquer conotação moral. Nesse sentido, tem se manifestado a doutrina em Portugal e Espanha, p. exemplo, onde ocorreram recentes alterações legislativas na tutela sexual. No Brasil, referida concepção tem ganhado adeptos⁷⁴

⁷⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual...cit.*, p. 59.

⁷¹ FRANCO apud GRECO e RASSI, 2010, p. 60.

⁷² ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 69.

⁷³ PIERANGELI, José Henrique; DE SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 1.

⁷⁴ GRECO e RASSI, op. cit., p. 53.

E remetendo a Natscheradetz, os autores complementam que

sendo o objetivo do Direito penal sexual garantir a maior liberdade possível dos comportamentos sexuais, só poderão ser incriminadas as condutas sexuais que mais gravemente atentem contra a liberdade pessoal do indivíduo, vale dizer, sua liberdade sexual, 'ou a livre autodeterminação sexual do ofendido, privando-o da disposição de um dos aspectos mais intimamente ligados à sua autorrealização pessoal como é a actividade sexual'⁷⁵

Ao discorrer acerca da legislação espanhola, Bereguer e Suárez-Mira Rodríguez também trazem como bem jurídico nos crimes sexuais a liberdade sexual, compreendida como capacidade de autodeterminação para o desenvolvimento livre da sexualidade humana, a permitir a escolha dos atos sexuais praticados e das pessoas com quem se pratica:

La libertad sexual es, sin lugar a dudas, el bien jurídico protegido en los delitos de agresiones sexuales; una libertad entendida como capacidad de determinación espontanea en el ámbito de la sexualidad, que permite actuar sin injerencias en dicho campo, pudiendo elegir la clase de acto sexual practicado y la persona con quien practicarlo, o la negativa a hacerlo⁷⁶

E especificamente quando se trata da objetividade jurídica na sexualidade do menor, os mencionados autores afirmam que quando se trate deste grupo de vítimas (menores ou incapazes), o que se está protegendo é seu processo de formação no âmbito da sexualidade.⁷⁷

Ademais, além da tutela própria à liberdade sexual, os tipos penais envolvendo a sexualidade humana também acabam por proteger outros bens, como a dignidade pessoal, a vida, a saúde etc.

Referindo-se à complexidade do bem jurídico liberdade sexual, que carrega tanto um conteúdo negativo, de não se permitir a prática sexual não consentida, quanto um aspecto positivo, de liberdade de relacionamento entre as pessoas, Alfaiate dispõe:

⁷⁵NATSCHERADETZ apud GRECO e RASSI, 2010, p. 54.

⁷⁶BEREGER, Enrique Orts; RODRÍGUEZ, Carlos Suárez-Mira. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 24. Tradução livre do autor: A liberdade sexual é, sem lugar à dúvidas, o bem jurídico protegido nos delitos de agressões sexuais; uma liberdade entendida como capacidade de determinação espontânea no âmbito da sexualidade, que permite atuar sem ingerências no mencionado campo, podendo eleger a classe de ato sexual praticado e a pessoa com quem praticá-lo, ou a negativa a fazê-lo.

⁷⁷Ibid., p.74.

A liberdade sexual, enquanto bem jurídico-penal, apresenta-se como uma natureza complexa, na medida em que ao analisá-la somos confrontados com uma natureza a cuja realização só se acede pela simultânea verificação de uma dupla vertente no ponto óptimo de equilíbrio desta. É possível identificar uma vertente negativa, estática, defensiva, amiúde único móbil audível da tutela penal, e que se traduz no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância. Mas a liberdade sexual encerra também uma outra vertente – positiva e dinâmica –, traduzida na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade⁷⁸

Ao concluir, a autora afirma que as duas vertentes da liberdade sexual devem receber atenção: “Nenhuma destas faces do bem jurídico pode bastar para a sua definição. E, deste modo, não será completa a norma pensada apenas tendo em vista a proteção de uma das vertentes”⁷⁹

Para fins do presente estudo, a alteração do Código Penal promovida pela Lei 12.015/09 é primordial não só pelo fato de trazer à legislação a figura do vulnerável, antes relegado a uma presunção de violência sem corpo próprio no ordenamento, mas também por trazer como bem jurídico a liberdade sexual, extraíndo-se dessa afirmação também o *livre* desenvolvimento da sexualidade, que se demonstra de fundamental importância ao estudo acerca da vulnerabilidade.

Com essa colocação não se pretende esvaziar os bens jurídicos anteriormente protegidos, mas, conforme se vê a seguir, a sistemática atualmente adotada guarda maior proporção com a realidade das condutas atentatórias à sexualidade humana, em toda sua extensão.

⁷⁸ALFAIATE, op. cit., p. 86.

⁷⁹ALFAIATE, op. cit., p. 86-87.

3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

A teoria do consentimento desponta como tema central do estudo dos crimes sexuais; é através do consentimento e de sua validade que se tem a real dimensão da necessidade de criminalização e de especial proteção de determinadas vítimas no contexto da sexualidade humana. Sobre o tema, Zorrilla discorre

Además, el Tribunal en el caso Furundzija aclaró que el consentimiento de la víctima a mantener relaciones sexuales debe darse de forma absolutamente libre y voluntaria, y que tal circunstancia deberá analizarse en el contexto concreto y en el que se produzca. Es decir, que si la violación se producen un contexto generalizado de violencia y amenazas, como puede ocurrir durante un conflicto armado, el hecho de que la víctima de su consentimiento puede no ser válido, dado que se infiere que debido al contexto en cuestión, se ha visto obligada por las circunstancias a acceder⁸⁰

3.1 A valorização da vítima no Direito penal

Ao tratar do significado do crime para a vítima, Vasile Stanciu remonta às origens do próprio termo para demonstrar a concepção jurídica do conceito:

A vítima é, em sentido amplo, o ser que sofre injustamente. O termo é de origem latina: vítima significa a criatura oferecida em sacrifício aos deuses. Os dois traços característicos da vítima são, portanto, o sofrimento e a injustiça, injusto mas não necessariamente ilegal⁸¹

A figura da vítima é de extrema importância para o estudo do Direito penal e possui reflexo direto na teoria do consentimento, uma vez que esta partirá

⁸⁰ZORRILLA, Maider. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. *Cuaderno deusto de derechos humanos*, Bilbao, n. 34, 2005., p. 49. Tradução livre do autor: Além disso, o Tribunal, no caso Furundzija esclareceu que o consentimento da vítima a manter relações sexuais deve se dar de forma absolutamente livre e voluntária, e que tal circunstancia deverá ser analisada no contexto concreto em que se produziu. Ou seja, se a violação se produz em um contexto generalizado de violência e ameaças, como pode ocorrer durante um conflito armado, o fato de que a vítima dê seu consentimento pode não ser válido, dado que se infere que, devido ao contexto em questão, se viu obrigada a ceder em virtude das circunstâncias.

⁸¹VASILE STANCIU apud MAYR Eduardo. Vitimologia e Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, jan-mar 2002, p. 235.

necessariamente para análise do comportamento e das condições da vítima para constatar a validade do consentimento oferecido.

Relegada muitas vezes a um papel secundário no fenômeno criminal, assiste-se, atualmente, com a propagação de um Direito penal moderno⁸², ao redescobrimento⁸³ do papel da vítima no fenômeno criminal, refletindo diretamente nas diretrizes de criminalização que se adotam.

Da figura da vítima no Direito penal se extraem elementos relevantes para a imputação penal, bem como para a própria criminalização de condutas sob sua consideração, tais como o seu sofrimento, a sua necessidade de proteção, os seus direitos, bem como o seu comportamento e a sua eventual contribuição para o fato criminoso que, apesar de injusto, pode até mesmo não ser considerado ilegal, fato este que se pode verificar em alguns delitos sexuais envolvendo vítimas vulneráveis, escopo do presente estudo.

Não se consegue precisar quando a figura da vítima surge no universo jurídico. O próprio conceito de vingança privada já carregava a figura da vítima, a qual tem o ímpeto de vingar aquele que, direta ou indiretamente, lhe causou um mal injustamente.

Em que pese à importância da figura da vítima para o Direito penal, durante muito tempo os estudos (e nestes englobam-se os avanços legislativos) evoluíram para apreciação reiterada do delito, do delinquente (suas características e os reflexos de seu comportamento na sociedade) e da pena⁸⁴. Abordagens à vítima de forma esparsa podem ser constadas ao longo da história.

Em 1899, Viveiros Castro estudou a vítima que atuava de má-fé em transações pecuniárias. Em 1901, Hans Gross abordou a credulidade das vítimas de fraude. Feuerbach, no ano de 1913, chega a colocar a vítima no papel de colaboradora do

⁸² Anote-se aqui doutrina de Zepeda, que coloca a relevância da vítima como uma das principais características do Direito penal moderno: “El derecho Penal moderno tiene ciertas características, por ejemplo: (...) iv) En el Derecho penal moderno toma relevancia el enfoque de imputación hacia la víctima”. ZEPEDA, Rubén Quintito. *El libre desarrollo de la personalidad y la explotación sexual comercial infantil a la luz del derecho penal moderno*. Mexico, D.F.: Ubijus, 2010, p. 8.

⁸³ Cancio Meliá afirma: “En los tiempos más recientes se ha querido ‘redescubrir’ la importancia de la víctima”. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (‘imputación a la víctima’). CANCIO MELIÁ apud ZEPEDA, op. cit., 2010, p. 8-9.

⁸⁴ Ao iniciar o histórico da vitimologia, Newton Fernandes e Valter Fernandes anotam que “Desde a Escola Clássica impulsionada por Beccaria e Feuerbach à Escola Eclética de Impalomeni e Alimena, passando antes pela Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo, o Direito penal praticamente teve como meta a tríade delito-delinquente-pena. O outro componente do contexto criminal, a vítima, jamais foi levado em consideração”, o que pode de certa forma justificar a falta de abordagem direta da vítima como componente do Direito penal. *Criminologia integrada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 455.

próprio homicídio. Em 1914, Garófalo também abordou a provocação da vítima ao agressor. No ano de 1913, Gabriel Tarde teceu críticas à inexistência de legislação específica que tomasse em conta a relação vítima-agressor⁸⁵

No entanto, foi em momento posterior que a vítima recebeu uma maior atenção de forma clara e precisa, desenvolvendo-se o campo da Vitimologia, sendo seu precursor o advogado israelita Benjamim Mendelson⁸⁶, em 1956, que organizou estudos e escritos diversos sobre o tema.

Diferentemente do surgimento da noção de vítima, que é impreciso, pode-se afirmar que a noção de vitimologia teve início no martírio sofrido pelos judeus nos campos de concentração comandados por Adolf Hitler⁸⁷. A revalorização do papel da vítima no Direito penal, dessa forma, apresenta íntima relação com o desenvolvimento de uma teoria geral dos direitos humanos e, especialmente, a partir dos estudos para a criação de um Direito penal internacional.

Dado o passo inicial, em 1958 o tema foi abordado no simpósio de Criminologia na Universidade de Bruxelas, na Bélgica, e no ano de 1973, na cidade de Jerusalém, em Israel, houve o 1º Congresso Internacional de Vitimologia⁸⁸, onde foram apontados seus objetivos⁸⁹ e as causas de vitimização.

Com a vítima em evidência para o campo criminal surge a discussão acerca da autonomia da vitimologia como ciência. Alguns autores defenderão, com veemência,

⁸⁵Ibid., p. 456.

⁸⁶ Há controvérsia acerca de ser Mendelson o precursor da vitimologia, de modo que em 1940 o psiquiatra americano Wertham utilizou-se do termo em sua obra intitulada “The show of violence”, o que é consignado quase que uniformemente na doutrina. Apesar de constar na doutrina a data de 1956, Mendelson, Professor Emérito da Universidade Hebraica de Jerusalém, abordou o tema no ano de 1947, na conferência intitulada Um horizonte Novo na Ciência Biopsicossocial: A Vitimologia. Cf. OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito penal: o crime precipitado ou programado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9.

⁸⁷Ibid.

⁸⁸ Segundo apontado por MAYR, “Nesse simpósio procurou-se criar um arcabouço científico para essa novel ciência. Procurou-se responder à indagação sobre o que seria tal ciência, reconhecendo-se que indivíduos, grupos, organizações e sociedades poderiam ser vitimizados, considerando-se não apenas a interação bidimensional, de pessoa a pessoa: criou-se o conceito de vitimização oculta, examinando-se as causas de vitimização, sua prevenção, tratamento e pesquisa, e a necessidade de se criarem mecanismos adequados de proteção e de indenização. Op. cit., p. 236.

⁸⁹ No ano de 2001, Edmundo Oliveira publicou artigo no Boletim do IBCCrim onde elencou como objetivos de um estudo sério em torno da vítima: a) inserir na dogmática penal princípios vitimológicos; b) destacar a importância do exame vitimológico; c) compreender o núcleo vitimológico da personalidade da vítima; d) destinar medida de segurança para a perigosidade vitimal; e) configurar a trajetória vitimal, o *iter victimae*; f) identificar as oportunidades de precipitação do crime pela vítima. OLIVEIRA, op. cit., p. 17.

tratar-se de área autônoma do conhecimento⁹⁰; outros a colocarão como ramo da Criminologia⁹¹, e alguns chegam até mesmo a enquadrá-la como parte da Psicologia⁹².

Tais divergências teóricas encerram-se sem solução, e a autonomia (ou não), da Vitimologia como ciência, não impede seu estudo pormenorizado e seu enfrentamento como matéria possuidora de peculiaridades relevantes ao estudo e à evolução do Direito penal.

Neste prisma, vale ressaltar que o estudo da vítima – como protagonista do fenômeno social que é o delito - deverá ser completo, abordando a pessoa que sofreu o dano e a sua condição, a lesão ou a destruição de um bem e o comportamento adotado.

Daí se extrai o âmbito biopsicossocial de atuação da vitimologia, isto é, a observação biológica, psicológica e social da vítima face ao fenômeno criminal⁹³

A reinterpretação da relação delinqüente-vítima – elo amplamente abordado nos estudos dessa natureza⁹⁴ -, oferece novo viés à compreensão do delito, uma vez que a participação da vítima, em diversos casos, se demonstrará determinante ao evento criminoso⁹⁵ e terá reflexo direto na teoria do consentimento.

Percebe-se, então, que essa relação será útil para verificação do dolo ou da culpa do agente, da responsabilidade da vítima pelo evento delituoso⁹⁶, consciente ou inconscientemente, voluntária ou involuntariamente, podendo transformar, inclusive, a expressividade de um dado crime.

Nesse contexto que surge a periculosidade vitimal⁹⁷, que pode ser compreendida como a potencialidade ou disponibilidade da pessoa para ser vítima, o

⁹⁰ Posicionamento adotado por MENDELSON

⁹¹ Essa corrente é apontada por PAASCH, CORNIL e VEXLIARD

⁹² Referência de MELOT. Vale consignar que todos os posicionamentos enfrentam o preconizado por Mendelson, que a defende como ciência autônoma.

⁹³ FERNANDES e FERNANDES, op. cit., p. 456.

⁹⁴ Pode ser constatada a presença do termo na doutrina de Mendelson, que o trata como “dupla-penal”, Jimenez de Asúa, como “pareja penal”, Wolfgang, como “victim-precipited e Souchet, como “couplepenal”.

⁹⁵ Sobre o aspecto da vítima no evento criminoso, vale consignar trecho da obra de FERNANDES e FERNANDES: “Atualmente, a relevância da vitimologia também dimana da realidade da participação da vítima na gênese de muitos crimes. É imperativo que o liame entre delinqüente e vítima seja objeto de análise. O grau de inocência da vítima em cotejo com o grau de culpa do criminoso compõe precisamente os aspectos que tem sido negligenciados e que podem contribuir para o entendimento de numerosas ocorrências delinqüenciais”. Op. cit., p. 458.

⁹⁶ Acerca desse aspecto da vitimologia, PALOMBA discorre em sua obra: “...na conduta da vítima muitas vezes se vêem aspectos dos criminosos, e não só para crime sexual como outros quaisquer, inclusive o de homicídio. A esse propósito HERBER SOARES VARGAS diz bem: ‘não se pode compreender a psicologia do assassino, se não se compreende a sociologia da vítima’”. PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense, civil e penal*. São Paulo: Atheneu Editora, 2003, p. 192.

⁹⁷ Sobre periculosidade vitimal, PALOMBA afirma que: “A circunstância de a vítima se tornar partícipe do fenômeno do crime não se dá por acaso. Há, isto, sim, um conjunto de significados e significantes,

reclamará respostas mais ou menos drásticas do Direito penal quando verificadas as peculiaridades do comportamento da vítima⁹⁸.

Mencione-se, ainda, a relevância da análise da vitimodogmática, área de sobreposição entre a vitimologia e a dogmática penal, para estabelecer a repercussão que o comportamento da vítima deve ter na tipificação da conduta e na resposta penal⁹⁹.

A vitimodogmática abandona a ótica simplista do Direito penal¹⁰⁰, considerando a vítima também como parte do crime e dando relevância ao seu comportamento na interação do fato criminoso, abandonando-se, dessa forma, a ideia (ingênua e maniqueísta) de que a vítima é absolutamente inocente, enquanto o autor do delito é totalmente culpado.

A teoria, ao verificar o comportamento da vítima e considerá-la para efeitos de tipificação penal, tem por objetivo aplicar um Direito penal mais justo ao autor do fato, e não a incriminação da vítima, conforme poderia se interpretar equivocadamente¹⁰¹. Ampara-se na tipologia vitimal e, por isso, pode ser melhor compreendida à luz da interpretação teleológica do Direito penal, apesar de não encontrar óbice em outros métodos de interpretação, de modo que apenas sua abrangência será diferente em cada qual.

conscientes e inconscientes, que participam do processo, em que o atuar da vítima vai fundir-se aos propósitos do vitimizador. Pode-se até falar, como o faz JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, em 'periculosidade vitimal', ou seja, a potência que certas pessoas tidas como vítimas, têm para providenciar uma espécie intenção voltada para a criação de situação de perigo. É bem de ver que a vítima, quase sempre, não tem consciência de sua periculosidade e isso decorre de processos inconscientes, de certas deficiências da inteligência, de certa disfunção cultural ou perturbação da saúde mental, rigorosamente falando". Ibid., p. 194.

⁹⁸ OLIVEIRA, citando CASTRO, observa a possibilidade, até mesmo, de se aplicar medida de segurança à vítima com esse tipo de periculosidade: "A intranquilidade social que advém da predisposição para tornar-se vítima pode ensejar o 'juízo da perigosidade vitimal', uma vez que a vítima passaria a ser parte do grupo de sujeitos susceptíveis de uma medida de segurança, por ser ela criadora de perturbações de ordem pública, quando é, em certo grau, instigadora de delitos ou contravenções, devendo ela ser protegida do evento danoso desencadeado por sua especial natureza". OLIVEIRA, op. cit., p. 105-106.

⁹⁹ Esse esclarecimento acerca da abrangência da vitimodogmática é oferecido por Ana Sofia Schmidt de Oliveira, no Fórum online do IBCCrim, realizado em 02.04.2008.

¹⁰⁰ A respeito da vitimodogmática pôr fim à visão simplista do Direito penal, GRECO discorre: "A vitimodogmática surgiu da necessidade de se abandonar uma visão simplista do fenômeno criminoso, onde de um lado teríamos uma pessoa totalmente inocente (vítima) e de outro, uma pessoa totalmente culpada (criminoso). Sabemos que na relação criminosa as coisas não operam assim, ou seja, a vítima interage com o agente e com o ambiente, e pode, desta forma, às vezes, ter colaborado para o evento criminoso". GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Delegacia da mulher, vitimodogmática, autocolocação da vítima em risco e consentimento ofendido. In: REALE JÚNIOR, M; PASCHOAL, J. (Org.). *Mulher e Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.

¹⁰¹ Nesse sentido, GRECO afirma: "Devemos ressaltar que a vitimodogmática parece ter criado uma forma de co-culpabilização da vítima diante do fato criminoso, e não é isto o que ocorre. Ela somente visa atribuir a punição do autor de forma mais justa, computando eventual comportamento inadequado da vítima". Ibid., p. 8.

Ao revés dessas facetas da vitimologia que oferecem questionamento acerca do comportamento da vítima e de sua contribuição ao fato típico, encontram-se autores que defendem a denominada vitimologia radical¹⁰², voltada tão somente às consequências das lesões e dos danos sofridos pelas vítimas, colocando os efeitos do crime como fato de interesse coletivo.

Neste passo, cabe a crítica de que estreitar o âmbito de atuação da vitimologia para reparar danos e compensar as vítimas dos delitos parece representar um retrocesso ao Direito penal.

Como cediço, a pessoa considerada vítima no evento criminoso pode se encontrar em situações diversas¹⁰³ que vão se desdobrar em formas de periculosidade vitimal.

As classificações encontradas na doutrina são diversas¹⁰⁴, porém importante ressaltar que todas elas partem da análise dos seguintes eixos: predisposição, comportamento, consciência, intenção e influência social da vítima diante do delito.

¹⁰²Sobre a vitimologia radial, FERNANDES e FERNANDES discorrem: “Alguns autores, como Artur Beaumont, entendem que a Vitimologia deve considerar tão somente as consequências das lesões, injúrias e danos sofridos pelas vítimas e que atingem a sociedade como um todo. (...) A rigor, tais autores defendem uma teoria vitimologia radical, pura, escoimada de tudo aquilo que não diz respeito exclusivamente à pessoa e aos interesses ou reclamos da vítima”. Op. cit., p. 463.

¹⁰³OLIVEIRA aborda cinco situações vitimógenas: “a) situações de ocasionais propiciadoras de atos de negligência, imprudência ou imperícia; b) situações engendradas para a deliberada provocação do dano; c) situações de exposição a real ou iminente perigo; d) situações de estados agressivos psicopáticos e estados depressivos com desejo de autodestruição ou autopunição; e) situações de idéias fixas seguidas de atitudes repetitivas que tornam incontroláveis os transtornos de obsessão ou de compulsão”. OLIVEIRA, op. cit., 2005, p. 104.

¹⁰⁴OLIVEIRA expõe cronologicamente em sua obra as principais classificações existentes. As classificações de vítimas apresentadas por ano e autor são: 1948 – Hans Von Henting: isolada; por proximidade; com ânimo de lucro; com ânsia de viver; agressiva; sem valor; pelo estado emocional; por mudança da fase de existência; perversa; alcoólatra; depressiva; voluntária; indefesa; falsa; imune; reincidente; que se converte em autor; propensa; resistente; da natureza. 1954 – Henri Ellenberg: criminosa; por tendência. 1956 – Marvin Wolfgang: precipitadoras; associadas ou coletivas. 1959 – Willy Callewaert: por necessidade afetiva; por desonestidade própria. 1961 – Jean Pinatel: determinante; facilitadora; socializável. 1961 – Luiz Jimenez de Asúa: indiferente ou indefinida; determinada; resistente; coadjuvante. 1962 – ServinVersele: nata; espontânea; ocasional. 1962 – Lola Aniyar de Castro: singular ou coletiva; de delito; de si mesma; por tendência; reincidente; habitual; profissional; culposa; consciente; dolosa. 1964 – Torsten Sellin e Marvin Wolfgang: primária; secundária; terciária; mútua; em crime sem vítima. 1971 – Guglielmo Gulotta: falsa; real. 1972 – Ezzat Fatah: desejosa ou suplicante; aderente; disposta; não participante; latente ou predisposta; provocadora; participante; falsa. 1975 – Vasile Stanciu: de gestação ou nascimento; dos pais; da civilização; do estado; do progresso tecnológico; na parelha penal; na parelha criminal. 1977 – Stephen Schafer: sem relação com o criminoso; provocadora; biologicamente débil; socialmente débil; autovítima; política. 1980 – Hilda Marchiori – pertencente ao grupo familiar; conhecida pelo autor; desconhecida pelo autor. 1984 – Elias Neuman: individual; familiar; coletiva ou comunitária; da sociedade ou do sistema social; do sistema penal; de ataque à soberania territorial ou institucional. 1985 – Jaques Verin: pessoa física; pessoa jurídica; real; aparente. 1985 – Ivan Jakovljevic: de crime tipificado em lei; de acidente; de terrorismo; de fenômeno natural; de conflito armado. 1988 – Luis Rodrigues Manzanera: direta, indireta;

No que pese o mérito das diversas classificações existentes e de suas utilidades, expõe-se a título exemplificativo a classificação oferecida por Mendelson em 1947, confrontando-a com uma classificação mais moderna oferecida pelo italiano Gianluigi Ponti no ano de 1990.

Mendelson prevê a seguinte classificação vitimológica: a) vítima completamente inocente ou vítima ideal; b) vítima de culpabilidade menor ou por ignorância; c) vítima voluntária ou tão culpada quanto o infrator; d) vítima mais culpada que o infrator (que divide-se em vítima provocadora e por imprudência); e) vítima unicamente culpada (destacando-se três espécies de vítima: infratora, simuladora e imaginária).

Ponte oferece uma classificação mais enxuta: a) vítima ativa (aquela que tem atitude psicológica que vem influenciar no comportamento do autor); e b) vítima passiva ou vítima genuína (aquela na qual não se vislumbra qualquer manifestação objetiva ou subjetiva para influenciar ou estimular o comportamento do autor).

Frise-se que apesar de a concepção de Ponte ser mais concisa do que a de Mendelson, dela se podem extrair todas as classificações deste. E será assim que as outras classificações existentes se apresentarão: apesar de umas mais minuciosas e outras mais abrangentes, todas consistem na distinção de existir, ou não existir, um comportamento determinante – objetivo ou subjetivo – da vítima.

A legislação brasileira dispõe sobre a vítima em diversos momentos¹⁰⁵.

Um ponto de valorização da vítima que não se vê muito utilizado encontra-se na redação do artigo 59 do Código Penal brasileiro, onde o comportamento da vítima está inserido como circunstância judicial a ser avaliada pelo magistrado, influenciando na dosimetria da pena.

Apesar de não assumir um caráter determinante de imputação penal – condição esta que o estudo da vitimologia proporciona – a previsão legal do artigo 59 do Código Penal coaduna e contribui para o cumprimento das ideias preconizadas na Exposição de Motivos do Código Penal: “muitas vezes o comportamento da vítima se transforma

conhecida; oculta.1989 – Edmundo Oliveira: programadora; precipitadora; de caso fortuito; de força maior. OLIVEIRA, op. cit., p. 194-211.

¹⁰⁵PALOMBA afirma que a palavra vítima aparece 22 vezes no Código Penal; ofendido, 19 vezes, e lesado, apenas uma vez. Op. cit., p. 196.

em fatos crimínógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa”.

As alusões à vítima atinentes aos comportamentos mais claros e definidos também podem ser observadas ao longo do Código Penal, e um ponto relevante se dá em relação à inserção da figura de vítima vulnerável nas novas formas de criminalidade inseridas nos delitos sexuais.

Nesse prisma, cumpre consignar que Oliveira¹⁰⁶ oferece uma escala de valores normativos a partir dos quais a vitimização deve ser observada em nosso ordenamento, dividindo-a nos seguintes grupos: vitimização inocente¹⁰⁷; vitimização consciente¹⁰⁸; vitimização inconsciente¹⁰⁹ e vitimização subconsciente¹¹⁰.

Ao observar a evolução histórica e o contexto de valorização da vítima pelo Direito penal pode-se afirmar que os direitos humanos que tratam da figura da vítima devem ser reconhecidos da mesma forma que os atinentes ao delinqüente, a representar maior coerência na relação criminal estabelecida, notadamente na análise da validade do consentimento.

Desse modo, garantir direitos das vítimas não importa em supressão dos direitos do delinqüente, ou o contrário. Ambos se complementam e constituem vertentes necessárias para a plenitude do Direito penal e sua evolução com o foco no necessário equilíbrio entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

A inserção da vítima na relação até então engessada entre delinqüente-delito-pena altera positivamente os parâmetros até então estabelecidos, conferindo uma modernidade de direcionamento do Direito penal.

Os parâmetros e tipologias de vítimas são elásticos e suas classificações tendem a ser infinitas, de modo que a maior importância da expansão desses estudos reside na possibilidade de considerar o comportamento da vítima e contribuir para a construção dogmática.

Desse modo, a vitimodogmática se apresenta como área de conhecimento segura para o estudo dos reflexos do comportamento da vítima no Direito penal,

¹⁰⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 221.

¹⁰⁷ Exemplo seria a morte do feto no crime de aborto.

¹⁰⁸ Ex. lenocínio ou tráfico de mulheres: A vitimização consciente diz respeito à clara noção da forma de comportar-se diante da ilegalidade do ato.

¹⁰⁹ A vitimização inconsciente se dá com a conduta possuidora de conflitos motivados por forças irracionais. Exemplo disso é um trauma de infância.

¹¹⁰ A vitimização subconsciente ocorre quando a mente é obscura. Exemplo, efeitos de ingestão de drogas.

servindo, inclusive para os parâmetros de criminalização que consideram a figura da vítima como principal ponto de partida.

Dessa forma, resta estudar a teoria do consentimento, teoria esta que tem o comportamento da vítima por fundamento, para melhor compreender a criminalização de condutas envolvendo vítimas vulneráveis.

3.2 A natureza jurídica do consentimento do ofendido

De suma relevância se faz o estudo do consentimento nos crimes sexuais. Isso porque, nos crimes sexuais, “o dissenso da vítima é a base de construção de todo injusto típico”¹¹¹

Ao discorrer sobre o consentimento da vítima no Direito penal sexual, Rassi afirma que o “seu consentimento, por outro lado, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica”.¹¹²

Como visto até o momento, a relevância da consideração do bem jurídico para o estudo dos crimes sexuais exige a verificação acerca da possibilidade de disposição do bem jurídico tutelado pela norma penal. Esse estudo encontra respaldo na teoria do consentimento, segundo Pierangeli, que afirma:

A palavra consentimento vem do latim *consentire* e, no seu sentido originário exprime a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião. Por tal razão, emprega-se a palavra mútuo consentimento, com o significado de consentimento¹¹³

Alessandra Greco pontua que “consentimento pode ser entendido como concordância, aceitação, manifestação de vontade, ou seja, em termos penais traduz a ideia de que a vítima permite a conduta do agente”¹¹⁴.

O consentimento não é expresso na legislação penal pátria, o que faz sua aplicação ser restrita a determinados tipos penais, pois haverá hipóteses em que a

¹¹¹RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito penal sexual brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 92, set-out 2011, p. 63.

¹¹²Ibid.

¹¹³PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

¹¹⁴GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 84-85.

teoria do consentimento não encontrará alcance com seus elementos para operar dentro da teoria do delito estabelecida e analisada em cada caso concreto¹¹⁵.

Ao longo do tempo, algumas teorias se destacaram para fundamentar a teoria do consentimento, e influenciaram, sobremaneira, a incidência do instituto no Direito penal. Dentre elas, mencionam-se a Teoria de Feuerbach, a Teoria do Negócio Jurídico e a Teoria da Ação Jurídica¹¹⁶.

Segundo a Teoria preconizada por Feuerbach, o consentimento elimina o conceito de crime enquanto a pessoa pode renunciar seus direitos por meio de um ato declaratório de vontade¹¹⁷.

Em sua obra, Pierangeli traz a lição de Feuerbach ao afirmar que “se o direito está subtraído à livre manifestação da vontade do autorizado ou se este é incapaz da sua livre disposição, o consentimento não tem efeito jurídico algum”¹¹⁸. Nessa teoria, portanto, o consentimento válido depende da natureza do direito e da capacidade para dispor do bem jurídico, o que será decidido também pelo direito privado vigente¹¹⁹.

Outra teoria que fundamenta o consentimento é a Teoria do Negócio Jurídico.

Segundo Pierangeli, a teoria do negócio jurídico foi criada por Zitelmann e retomada por Frank. Tal teoria funciona “em tudo e por tudo, como um negócio jurídico privado”, sendo a sua essência “garantir ao consenciente o cumprimento da conduta, o que lhe dá, no dizer de Grispigni, sob certo aspecto, uma natureza negocial ao consentimento”¹²⁰.

Com a natureza negocial do consentimento, este se torna passível de ser visto como causa de exclusão da ilicitude, ainda que não esteja insculpido em lei como tal, pois “os princípios que regulam os negócios jurídicos existem em si mesmos no direito privado, onde a pessoa possui o poder de determinar, dentro de certos limites, os próprios fundamentos jurídicos”¹²¹.

¹¹⁵ LÓPEZ MESA et ali, citando JOSÉ CEREZO MIR, traça paralelo similar ao analisar o consentimento do ofendido: “El consentimiento del portador de un bien jurídico, esto es, Del sujeto pasivo de un delito, es una eximente que no está regulada expresamente en la Parte General del Código Penal, lo que obedece a que tal causal exoneratoria sólo es aplicable a un reducido número de figuras delictivas y su trascendencia y requisitos son diferentes según el caso” (*apud* LÓPEZ MESA, CESANO, PASARIN, BIBIANA OJEDA, 2010, p. 404).

¹¹⁶ PIERANGELI (2001) e GRECO (2004) também destacam essas teorias como parâmetros em suas obras.

¹¹⁷ GRECO, op. cit., p. 85.

¹¹⁸ PIERANGELI, op. cit., p. 73.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 74.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 75.

¹²¹ GRECO, op. cit., p. 86.

No entanto, a natureza negocial ao instituto pode afastá-lo do Direito penal, uma vez que nessa esfera o negócio jurídico adquire contorno especial, uma vez que exige, além dos requisitos subjetivos, “a inexistência de impossibilidade jurídica de deveres legais, dos bons costumes e de um ordenamento jurídico que fixe a ordem pública e outros mais com os quais exerce seu poder”¹²²

Ademais, na visão de Maggiore, o negócio jurídico é a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos em harmonia com o ordenamento jurídico, posto que nele se apresenta um poder de vontade dirigido à satisfação de um interesse em consonância com o direito normativo¹²³.

Pierangeli ainda destaca que reconhecer o consentimento significa a legitimação da vontade individual no ordenamento jurídico, com a consequência de que, muitas vezes, a tutela penal perca seu objeto.¹²⁴

Sob esse prisma, conclui Pierangeli, remetendo a Mezger, que se demonstra adequada, estampando o ponto de vista que “a teoria do negócio jurídico confunde dois institutos diversos: o consentimento como causa de justificação, que é aquele que interessa verdadeiramente ao Direito penal, e o consentimento como negócio jurídico”¹²⁵ sendo, assim, inaplicado na teoria do delito.

Sob outro enfoque, a Teoria da Ação Jurídica reside na premissa de que “os bens são juridicamente tutelados enquanto o seu titular os considera e os trata como bens de valor”¹²⁶. Nesse sentido, Pierangeli aduz que se o titular do bem jurídico consente na sua perda, diminuição ou posta em perigo, a conduta deve ser considerada lícita”¹²⁷

No desenvolvimento dessa teoria, merecem destaques os posicionamentos de Mezger e Welzel. Para Mezger, a falta de interesse do titular do bem fundamenta a exclusão do injusto, pois representa o abandono do bem por parte daquele que é diretamente interessado em sua proteção.¹²⁸ De tal modo, a eficácia do consentimento deverá ser avaliada segundo o titular seja ou não objeto de proteção, pois quando o “titular do objeto da ação e do objeto da proteção são a mesma pessoa, o

¹²²Ibid., p. 87

¹²³MAGGIORE apud GRECO, op. cit., p. 88; PIERANGELI, op. cit., p. 78.

¹²⁴PIERANGELI, op. cit., p. 78.

¹²⁵Ibid.

¹²⁶PIERANGELI, op. cit., p. 79

¹²⁷Ibid.

¹²⁸MEZGER apud PIERANGELI, op. cit., p.79

consentimento será eficaz; se, porém, isto não ocorrer, subsiste a antijuridicidade da ação, apesar do consentimento do ofendido”¹²⁹

Welzel, também na esteira da teoria da ação jurídica, posiciona-se no sentido de que “se a conduta estiver de conformidade com o consentimento, este a torna lícita”, ressaltando que “O consentimento deve ser sério e corresponder à verdadeira vontade do consentimento”¹³⁰. Para amparar a validade do consentimento, Welzel apoia-se no direito consuetudinário, de modo que este deve ser o “critério limitador da validade do consentimento”¹³¹

Com efeito, percebe-se, dessa forma, uma evolução doutrinária voltada nitidamente para a compreensão do consentimento no campo da ilicitude.

Porém, com a evolução da teoria da imputação objetiva no Direito penal, o consentimento também pode, por vezes, excluir o tipo penal, conforme afirma Alessandra Greco:

Quando a vítima consente no crime, ela está interagindo com o agente, ela está se posicionando diante do crime, e isto não pode ser ignorado pelo Direito penal. É óbvio que a aceitação deste consentimento não será feita de forma simplista, ou seja, outros elementos deverão ser analisados para que o consentimento seja válido, como a ausência de qualquer vício de vontade, a capacidade do consciente em consentir e a disponibilidade do bem jurídico, de acordo com os bons costumes e ordem pública. Mas o que interessa assinalar é que, de acordo com a vitimodogmática, devemos estudar o comportamento da vítima em relação ao crime e ao agente, e não se pode negar que o consentimento é uma manifestação de vontade do titular do bem jurídico afetado pelo crime que terá de ser considerado no momento da tipificação¹³²

Desse modo, deverão ser apreciadas as hipóteses em que existe, e é válido, um acordo de vontades entre o autor e o ofendido a excluir a tipicidade do fato incriminado, bem como quando inexistente um acordo, porém o comportamento diante do conflito de interesses existente abre espaço à justificação do comportamento adotado pelo agente, a excluir a ilicitude do fato¹³³.

¹²⁹GRECO, op. cit., p. 89.

¹³⁰PIERANGELI, op. cit., p. 80.

¹³¹GRECO, op. cit., p. 89.

¹³²Ibid., p. 90.

¹³³ Pontua-se aqui que a existência na doutrina moderna do termo “aquiesscência” a fim de abarcar tanto o consentimento como o acordo. No entanto, a utilização do termo apresenta dificuldades, pois haverá hipóteses em que a aquiesscência abrangerá a tipicidade, e outras a ilicitude. Assim, válida se faz a colocação de PIERANGELI no sentido de que “Da natureza diversa do ‘acordo’, e do ‘consentimento’, derivam importantes consequências no plano subjetivo. Enquanto o ‘acordo’ – tão-só em razão de sua

Dessa forma, importa proceder a análise do consentimento sob o prisma da tipicidade e antijuridicidade, a fim de carrear conceitos para delimitar seu espaço de atuação nos crimes contra a dignidade sexual, mais especificamente nos tipos penais que abarcam a figura do vulnerável.

3.2.1 O consentimento como atipicidade

A teoria de que o consentimento constitui causa de atipicidade da conduta é atualmente a mais difundida na doutrina¹³⁴

Isso porque o estudo voltado ao bem jurídico, que predomina no avanço dos estudos de Direito penal, conforma a visão da disposição, ou melhor, da liberdade na disposição dos bens, o que interfere diretamente na conformação do tipo objetivo, ensejando a atipicidade da conduta.

Colocar o consentimento como causa de atipicidade implica adotá-lo como acordo de vontades¹³⁵. Sobre o acordo, Mir Puig discorre, exemplificando:

Por una parte, ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio. Es lo que ocurre en los delitos contra la libertad, como las detenciones ilegales, las coacciones o el allanamiento de morada. Faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta: no puede haber delito de detenciones ilegales si el detenido quiere ser detenido, ni puede concurrir allanamiento de morada si el morador acepta en su casa al extraño. En algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley: así, dejará posiblemente de concurrir una verdadera ‘detención’ – y no sólo su ilegalidad – en muchos

existência (e mesmo que não fosse conhecido pelo autor) deixa atípica a conduta por provocar um dolo que não guarda congruência no tipo objetivo, o ‘consentimento’ requer o seu conhecimento da parte do autor, por ser uma causa de justificação e o seu conhecimento torna conhecida a antijuridicidade, que se faz no plano da culpabilidade. Em resumo, o ‘acordo’ afeta a tipicidade objetiva (deixa atípica a conduta) e o consentimento afeta a ‘ilicitude’”. PIERANGELI, op. cit., p. 96. A distinção entre os institutos ‘acordo’ e ‘consentimento tem raízes em GEERS: “Foi GEERS que cunhou a contraposição entre Einwilligung (consentimento) e Einverständihnis (acordo), sob a qual continua ainda travar-se a discussão doutrinal”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo no Direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.142.

¹³⁴FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, tomo I, p. 473.

¹³⁵ ROXIN expõe: “La opinión hoy dominante distingue a raíz de Geerds, entre acuerdoy consentimiento. Según esta doctrina, el acuerdo actúa excluyendo la tipicidad”. ROXIN, op. cit., p. 512. COSTA ANDRADE, citando GEERDS, pontua: “O consentimento – precisa o autor – apresenta-se como uma vontade juridicamente relevante para a exclusão do ilícito, enquanto o acordo respeita a uma situação típica em que a vontade concordante exclui, no plano puramente fático, o elemento da factualidade típica de afronta a uma vontade de sentido contrário” GEERDS apud COSTA ANDRADE, op. cit., p.142-143.

supuesto en que el sujeto pasivo se ponga voluntariamente en manos del agente. Ello sucede también en delitos contra la propiedad. Cuando alguien toma una cosa de otro con consentimiento de este, no puede hablarse de ‘hurto’, ni de ‘robo’. No se trata de que concurra un hurto o un robo que queda exento de responsabilidad penal, sino de que empieza por faltar el concepto mismo de ‘hurto’ o ‘robo’. La doctrina alemana emplea en este primer grupo de casos un término específico para designar la conformidad del afectado: el ‘acuerdo’ (*Einverständnis*)¹³⁶

A atipicidade da conduta consentida pelo ofendido resta clara quando há uma previsão elementar típica compatível com o consentimento. Nesse sentido, Pierangeli afirma que:

Um exame dos diferentes tipos contidos na Parte Especial do Código – de qualquer Código Penal, diga-se de passagem – conduz à conclusão da existência de numerosas figuras penais nas quais o consentimento ‘forma parte da estrutura típica como uma característica negativa sua’, que ora se apresenta como elemento expreso, ora como elemento tácito da descrição. Nestas hipóteses, evidentemente a tipicidade do fato resta excluída.¹³⁷

Na mesma esteira, Dotti afirma que “O consentimento eficaz pode excluir a tipicidade do fato, como nas hipóteses dos arts. 150 (invasão de domicílio), 164 (introdução de animais em propriedade alheia) e 168 (apropriação indébita)”¹³⁸

Difere, no entanto, a dinâmica nos tipos penais em que a ação típica pressupõe uma atuação contra a vontade do ofendido¹³⁹, como nos tipos que trazem como elementares a coação, por exemplo. Isso não significa que esses tipos não serão alcançados pela atipicidade de forma absoluta.

Há casos em que o acordo de vontades pode excluir até mesmo a coação, não havendo, portanto, que se falar em tipicidade da conduta.

¹³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general...*cit., p. 510. Tradução livre do autor: “Por uma parte, certos delitos dirigem-se diretamente contra a liberdade da vítima e se livre exercício. É o que ocorre nos delitos contra a liberdade, como as detenções ilegais, as coações ou a invasão de domicílio. Faltando a oposição do sujeito passivo, é fora de dúvida que desaparece toda a lesividade da conduta: não pode haver delito de detenção ilegal se o detento queria ser detido, não pode haver invasão de domicílio se o morador aceita em sua casa o estranho. Em alguns casos o consentimento do sujeito passivo faz desaparecer a própria ação definida pela lei: assim, deixará provavelmente de ocorrer uma verdadeira ‘detenção’ – e não somente sua ilegalidade – em muitos casos em que o sujeito passivo ponha-se voluntariamente em mãos do agente. Isto ocorre também em delitos contra a propriedade. Quando alguém toma uma coisa de outro com seu consentimento, não se pode falar de ‘furto’ nem de ‘roubo’. A doutrina alemã utiliza neste primeiro grupo de casos um termo específico para designar a conformidade do afetado: o ‘acordo’ (*Einverständnis*)”.

¹³⁷ PIERANGELI, op. cit., p. 97.

¹³⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal: parte geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 491.

¹³⁹ ROXIN explica: “Ello entra em consideración em los tipos em que la acción típica presuneya conceptualmente un actuar contra o sin lavoluntad del lesionado...”. ROXIN, op. cit., p. 512.

No entanto, em outros casos, como aqueles em que o tipo penal não permite um juízo definitivo, o consentimento afastará a tipicidade com base na liberdade de disposição, ou seja, “em todos os casos em que a lei proteja a liberdade de disposição do indivíduo, o acordo do interessado faz com que não possa nem deva falar-se de violação do bem jurídico”¹⁴⁰ Segundo esta interpretação, o consentimento seria sempre uma causa de atipicidade do comportamento, e não somente uma causa de justificação.

A conformação do consentimento no campo da tipicidade oferece uma natureza fática¹⁴¹ à questão, verificando-se de plano a falta de lesividade ao bem jurídico tutelado e o âmbito de liberdade de disposição.

Desse modo, tem-se que a questão restará solucionada no campo da tipicidade quando não existir um conflito entre o consentimento e o âmbito de proteção da norma; ou seja, quando a existência de um acordo de vontades entre autor e ofendido acarrete não só a disponibilidade desse bem, mas também a realização do ato de modo que não haja qualquer afetação ao bem jurídico protegido.

3.2.2 O consentimento como causa de justificação

Há casos, porém, em que o acordo de vontades e o âmbito de proteção da norma entram em conflito e, apesar do ofendido dispor do bem protegido pela norma, existirá uma afetação do bem jurídico.

Nos casos em que se faz presente o conflito¹⁴² o campo de solução não ficará mais restrito ao âmbito da tipicidade, pois, como se disse, haverá afetação concreta do bem jurídico, de modo a não permitir o afastamento de pronto da tipicidade do fato.

Dessa forma, para solucionar a questão conflitante, deverá o operador do direito se socorrer da análise da ilicitude do fato, a verificar se, no caso concreto, o

¹⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 473.

¹⁴¹ ROXIN pontua: “La distinción entre acuerdo y consentimiento se derivan seis diferencias esenciales para el tratamiento práctico de los casos que se presentan, las cuales pueden resultar, por un lado, de la contraposición entre la naturaleza más ‘fáctica’ del acuerdo en comparación con el carácter ‘jurídico’ del consentimiento (a continuación, a-d) y, por otro lado, de la diferente ubicación sistemática de ambas figuras (a continuación, e y f)”. ROXIN, op. cit., p.513.

¹⁴² FIGUEIREDO DIAS, com base em LUHMANN, aponta o conflito entre o “sistema pessoal” e o “sistema social”. Op. cit., p. 474.

consentimento não constitui uma causa de justificação, a excluir, portanto, a ilicitude do fato, e não sua tipicidade.

Ao abranger o campo de solução do conflito também para a antijuridicidade, institui-se uma perspectiva dualista do consentimento¹⁴³, a permitir ora a adoção da ótica na esfera de tipicidade, ora na esfera da ilicitude, como causa justificante¹⁴⁴.

O consentimento como causa de justificação permite a afetação do bem jurídico tutelado pela norma, porém, há uma verdadeira renúncia ao bem jurídico, de modo a justificar a conduta, com base na autodeterminação individual¹⁴⁵.

Da Costa Andrade aborda a questão da autonomia pessoal como princípio regulamentador das causas de justificação com base em Stratenwerth, ao discorrer que este último autor busca assegurar uma nova interpretação dualista do consentimento:

a partir de uma diferenciação referenciada logo em sede de estrutura axiológica e atenta ao significado das respectivas fenomenologias do ponto de vista da danosidade social (...) Nesta linha, privilegia Stratenwerth o conceito (e o princípio) de autonomia pessoal, que considera presente e relevante – se bem que em sentidos e graus diferentes – no regime da generalidade das causas de justificação. Será assim, pelo menos com as causas de justificação relativas á lesão típica de bens jurídicos com portador determinado (individual ou coletivo). Será, concretamente, assim com justificações como o consentimento expresso ou presumido, o estado de necessidade agressivo ou defensivo ou a legítima defesa, só compreensíveis a partir da consideração da autonomia pessoal.¹⁴⁶

Quanto à renúncia ao bem jurídico tutelado, Pierangeli afirma que

...o consentimento do ofendido pode se constituir em causa de exclusão da antijuridicidade unicamente nos delitos em que o único titular

¹⁴³ Paradigma oferecido por FIGUEIREDO DIAS (Ibid., p. 470). Na doutrina nacional, entre os que aceitam o paradigma dualista estão PIERANGELI, MAGALHÃES NORONHA e ASSIS TOLEDO. Entre os que aceitam o consentimento apenas como exclusão da ilicitude destacam-se FREDERICO MARQUES, STEVENSON e SALGADO MARTINS, dentre outros que consideram as causas de justificação como tipos permissivos.

¹⁴⁴ Ressalte-se que a teoria dualista não recebe acolhida unânime. ROXIN sustenta sua inviabilidade, de modo que sua aproximação culminaria na renúncia à distinção entre acordo e consentimento: “una análisis más de cerca muestra, pues, que en los casos hipotéticos del consentimiento justificante apenas es realizable, incluso según las premisas de la teoría dualista, una independización del bien jurídico frente a la decisión libre de su portador. También por esta razón se debería renunciar a la distinción entre acuerdo y consentimiento” ROXIN, op. cit., 2006, p. 524.

¹⁴⁵ ROXIN explica: “Según esta opinión, el consentimiento excluye sólo la antijuridicidad, lo cual se funda en la mayoría de las veces en que en el consentimiento descansaría una renuncia al bien jurídico que tendría justificante desde el punto de vista jurídico-consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción (art. 2 GG)” Ibid., p. 513.

¹⁴⁶ COSTA ANDRADE, op. cit., p. 161-162.

do bem ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que aquiesce ('acordo' ou 'consentimento') e que pode livremente dele dispor.¹⁴⁷

Ao comentar esta questão no Código Penal brasileiro, Dotti afirma que este “não indica o consentimento do ofendido entre as causas expressas de justificação (art.23). Mas tal fenômeno é reconhecido pelo sistema quando decorre da vontade juridicamente válida do titular do direito”¹⁴⁸

Outro argumento que encontra acolhida para se adotar o consentimento como justificante reside no equilíbrio entre a lesão ao bem jurídico e a liberdade de disposição do lesado, prevalecendo este último para justificar a conduta lesiva¹⁴⁹.

Desse modo, o consentimento como forma de justificação ganha um contorno mais voltado à natureza jurídica. Isso porque enquanto enfrentado no campo da tipicidade, considera-se a vontade interna de quem assente, sem que haja necessidade de exteriorização dessa vontade, o que não demanda apreciação de elementos externos, por meio de ações¹⁵⁰. No entanto, no âmbito da antijuridicidade, estes ganharão relevância e deverão ser considerados para fins de verificação da validade do consentimento.

3.3 O consentimento real

Segundo Cirino dos Santos, o consentimento real é uma expressão de liberdade, que exclui a tipicidade. O consentimento presumido, contudo, é uma construção normativa acerca das características psicológicas da vítima sobre a existência objetiva de consentimento, que atuaria como causa supralegal de justificação¹⁵¹

Sobre o dissenso existente na doutrina sobre a natureza do consentimento, reforça Dotti a existência de tal divergência, afirmando que alguns autores “a situam

¹⁴⁷PIERANGELI, op. cit., p. 98.

¹⁴⁸DOTTI, op. cit., p. 491.

¹⁴⁹ ROXIN explica: “Otros autores atribuyen la justificación a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor da libertad de disposición.” (Tradução livre do autor: “Outros autores atribuem à causa de justificação a que o desvalor da lesão ao bem jurídico se sopesaria com a liberdade de disposição do particular, com a consequência de que o consentimento surtiria efeito em caso de um maior valor da liberdade de disposição”) (2006, p. 513).

¹⁵⁰ Aodiscorrer sobre as distinções derivadas das diferenças entre a natureza jurídica do consentimento, ROXIN discorre: “En el acuerdo se trataría solo de la voluntad interna de quien asiente, aun cuando esa voluntad no se haya manifestado al exterior; por contrario, en el consentimiento se exige como mínimo que la voluntad se are conocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones” (2006, p. 513).

¹⁵¹CIRINO DOSSANTOS apud DOTTI, op. cit., p. 491.

entre o consentimento real e o estado de necessidade; outros como uma combinação do estado de necessidade, do consentimento real e da gestão de negócio”¹⁵²

Para apreciação do consentimento real, ou efetivo, deve-se atentar para o preenchimento dos seus requisitos de eficácia, do seu âmbito de aplicação (quer seja como causa justificante, quer seja como exclusão de tipicidade) e dos seus limites¹⁵³

Para se dizer que um consentimento é válido, passa-se pelo crivo dos pressupostos de eficácia do consentimento justificante¹⁵⁴, a observar-se: o caráter pessoal e a disponibilidade do bem jurídico lesado; a capacidade do ofendido; a vontade livre e consciente de consentir; a expressão inequívoca do consentimento¹⁵⁵.

O primeiro pressuposto de eficácia do consentimento toca à pessoalidade do bem afetado. Se o consentimento reside no assentimento de determinada pessoa em determinada situação, mostra-se razoável que esse bem seja pessoal, e não coletivo, sob pena de se colocar ao jugo de uma só pessoa bens que assumem relevância fora da esfera de pessoalidade, a comprometer o âmbito de proteção das normas incriminadoras.

Dessa forma, o bem que será submetido à teoria do consentimento será o bem pessoal, seja porque de titularidade de uma pessoa, seja porque há a possibilidade de se individualizar a sua titularidade.

Caminhando junto com a pessoalidade, apresenta-se como pressuposto de eficácia do consentimento a disponibilidade. Para existir o consentimento válido na lesão de um bem jurídico, esse bem deve ser disponível.

¹⁵² DOTTI, op. cit., p. 491.

¹⁵³ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 471.

¹⁵⁴ Ibid., p. 478.

¹⁵⁵ Para efetuar esta divisão toma-se por base a doutrina de FIGUEIREDO DIAS, excluindo a parte que coloca como requisito de eficácia a “não contrariedade aos bons costumes”, pois se entende a questão superada na atual legislação pátria que afasta a discussão no âmbito sexual atrelada aos costumes, de modo que essa questão também não apresentará contorno relevante para avaliação do consentimento. A questão do conhecimento do objeto do consentimento, trabalhada isoladamente por DIAS, aqui apresenta juntamente com a vontade, por adequação à estrutura apresentada também em nossa legislação (Ibid., p. 470). DOTTI, citando ASSIS TOLEDO, aborda essa discussão elencando os seguintes requisitos: “Para que o consentimento tenha eficácia jurídico-penal é indispensável a satisfação dos seguintes requisitos: a) que o ofendido tenha manifestado a sua aquiescência livremente, sem sofrer qualquer tipo de coação, simulação, fraude ou vício de vontade; b) que o ofendido, no momento de aquiescer, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, i.e., tenha capacidade de entender e de querer; c) que o bem jurídico, objeto do consentimento, esteja na esfera de disponibilidade do aquiescente; d) que o tipo de ilícito realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto do consenso do ofendido”. ASSIS TOLEDO apud DOTTI, op. cit., p. 491.

Arelados ao conceito de pessoalidade, são indisponíveis os bens que fogem à alçada pessoal, ou seja, que tenham o contorno comunitário¹⁵⁶.

A disponibilidade também tem relação com os bens colocados de forma absoluta no ordenamento jurídico, como os direitos da personalidade elementar¹⁵⁷, a vida, por exemplo. Estes, num primeiro momento, não serão objetos disponíveis a abarcar o consentimento do ofendido.

Outro requisito de eficácia toca à capacidade do agente ao consentir. A capacidade de que cuida o consentimento não corresponde àquela oferecida para efeitos civis, mas sim à maturidade e ao discernimento necessários à compreensão do significado do consentimento e do sentido da ação típica¹⁵⁸.

Aqui se destaca a problemática a ser enfrentada mormente no consentimento de prática de atos sexuais. A proteção extrema da lei penal, como faz com a questão da vulnerabilidade, ganhará relevância para se verificar quando o consentimento poderá ser considerado a descaracterizar os crimes contra a dignidade sexual em face dos vulneráveis.

Também de relevância à apreciação do consentimento se faz a vontade livre e consciente. A liberdade da vontade supõe que esteja ausente qualquer forma que a vicie.

São vícios da vontade e também serão do consentimento, por excelência, qualquer forma de violência, coação, fraude e também outras formas que reduzam a capacidade do ofendido¹⁵⁹ (aqui se integra a questão da vulnerabilidade).

¹⁵⁶FIGUEIREDO DIAS expõe: “Indisponíveis são seguramente os bens jurídicos comunitários como tais protegidos: nestas hipóteses, mesmo as pessoas em que tais bens jurídicos se corporizem não podem invocar, perante o verdadeiro ‘titular’ do bem jurídico, a sua vontade e o valor de sua auto-realização pessoal. Para conceder a essas pessoas uma tal relevância é a lei penal instrumento notoriamente ilegítimo, tudo devendo nesta matéria ser deferido a formas políticas de expressão e de ação” FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 479.

¹⁵⁷Ibid., p. 480.

¹⁵⁸FIGUEIREDO DIAS expõe: “Antes se torna necessário garantir que quem consente é capaz de avaliar o significado do consentimento e o sentido da ação típica; o que supõe a maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica”. Ibid., p.484.

MIR PUIG expõe: “No es preciso que el sujeto que consiente disponga de la capacidad jurídico-civil para negociar válidamente, sino que basta en principio la capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento”. MIR PUIG, op. cit., p. 518.

¹⁵⁹Aodiscorrer sobre a jurisprudência dos TribunaisPenaisInternacionais ad hoc, ZORRILLA pontua: “...conrelación a los actos de violencia sexual, el Tribunal se decantó por la definición de violación proporcionada en el caso Akayesu, al considerar que la definición de dicho crimen proporciona en el caso Furundzija era demasiado restrictiva puesto que sólo considera que no hay consentimiento de la víctima en casos de coacción, fuerza o amenaza de fuerza. El tribunal consideró que la falta de consentimiento también puede extraerse de la ausencia de participación voluntaria de la víctima en

Além de livre, a vontade deve ser consciente; ou seja, o ofendido deve conhecer a situação a que consente para que o consentimento possa produzir seus efeitos.

Por fim, a expressão do consentimento fecha o ciclo dos pressupostos para consentimento válido e eficaz, de modo que o ofendido deve imprimir inequivocamente sua concordância com o fato.

Isso não deve significar que o consentimento fica adstrito a formalidades, pois seria impossível e não traduziria a realidade da situação apresentada, o que prejudicaria a análise concreta do fato e, por consequência, do consentimento oferecido.

Em relação ao momento, acredita-se que seria mais adequado que a expressão do consentimento fosse oferecida no momento do fato, pois, dessa forma, pode-se afirmar com maior segurança que o fato típico corresponde à vontade do ofendido. Nesse sentido, Figueiredo Dias expõe:

Para que o consentimento traduza um acto autêntico de auto-determinação não se torna necessário (nem convincente) que a sua eficácia seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos: basta que ele exista e seja manifestado. Por isso o art. 38.-2, 1 parte, afirma com razão que ‘o consentimento pode ser expresso **por qualquer meio**’. Já exige, porém, que signifique que um assentimento real e persistente no momento do facto, porque só assim se pode afirmar que o facto típico corresponde à vontade e à autodeterminação do atingido¹⁶⁰

Sob esse prisma, verificados os pressupostos de eficácia e a possibilidade de consentir, pode-se afirmar que se está diante de uma forma de consentimento efetiva, a ser considerada para solucionar a incidência do fato típico no campo da justificação.

3.4 O consentimento presumido

los hechos. Tras examinar la legislación nacional de diversos países y distintos sistemas jurídicos, el Tribunal concluyó que la falta de consentimiento también puede extraerse de situaciones de extrema presión psicológica, de utilizar tácticas que impidan a la víctima cualquier resistencia, de actuar por sorpresa, o incluso considerar que determinadas personas no pueden prestar consentimiento válido por enfermedades mentales. El Tribunal se refiere a este tipo de situaciones como <<specific circumstances which go to the vulnerability or deception of the victim>>”. ZORRILLA, Maider. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. *Cuaderno deusto de derechos humanos*, Bilbao, n. 34, p. 51.

¹⁶⁰FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 487.

Um terreno irregular surge na teoria do consentimento quando este não é oferecido, mas, as circunstâncias evidenciam que se houvesse oportunidade, ele teria se aperfeiçoado; trata-se do consentimento presumido. Nas palavras de Mir Puig

En ocasiones el titular de un bien jurídico determinado no puede manifestar su consentimiento, pero resulta seguro que lo prestaría si pudiera. Ello puede suceder cuando el titular se halla ausente o inconsciente. Si en tal caso otra persona interviene en sus derechos en la seguridad de que el titular lo consentiría si pudiera, obra amparado por el llamado consentimiento presunto¹⁶¹

O consentimento presumido deverá ser utilizado tão somente quando não seja possível observar o consentimento real. Daí seu carácter eminentemente subsidiário. Na lição de Figueiredo Dias:

Como com igual razão se pode falar a propósito do carácter subsidiário do consentimento presumido, no sentido de que este só entra em jogo ‘quando não for possível obter a manifestação expressa da vontade ou houver perigo sério na demora’¹⁶²

O fundamento do consentimento presumido encontra justificativas distintas. A primeira seria de que o consentimento presumido trabalha com a hipótese de ser de interesse do ofendido a realização do fato típico¹⁶³. Para esse fundamento, o fato típico guardaria correspondência com a vontade do ofendido.

Outro fundamento desponta como uma equiparação do consentimento presumido com o consentimento real, faltando tão somente a expressão do consentimento que certamente teria acontecido se o fato tivesse sido de conhecimento do ofendido¹⁶⁴

Esse fundamento trabalha com o elemento de suposição razoável, a fim de abranger o consentimento para aqueles casos em que, embora não tenham sido de conhecimento do ofendido, apresenta a anuência quase que de forma incontroversa.

Posta a questão, a teoria do consentimento oferecerá o respaldo necessário, quando possível, para avaliação dos comportamentos sexuais em face dos vulneráveis,

¹⁶¹ MIR PUIG, op. cit., p. 521. Tradução livre do autor: “Em alguns casos, o titular de um bem jurídico determinado não pode manifestar seu consentimento, porém resulta certo que prestaria se pudesse. Isto pode ocorrer quando o titular esteja ausente ou inconsciente. Se, em tal caso, outra pessoa intervém em seus direitos na certeza de que seu titular o consentiria se pudesse, atua amparado pelo chamado ‘consentimento presumido’”.

¹⁶² FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p.490.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid., p. 491.

considerando-se o bem jurídico de que são titulares e de que dispõe em determinados momentos.

Ademais, ainda que não possa atuar diretamente na maioria dos crimes contra os vulneráveis, quer para excluir a tipicidade, quer para servir de causa de justificação, a teoria do consentimento terá reflexo direto nas formas de vulnerabilidade existentes, oferecendo os contornos necessários para verificação das situações de vulnerabilidade.

Dessa forma, é importante abordar, num primeiro momento, como se dá a criminalização das condutas em face dos vulneráveis e a sua colocação como disposição absoluta no ordenamento jurídico penal brasileiro, para então delimitar a figura do vulnerável nos crimes contra a dignidade sexual e constatar as formas de vulnerabilidade existentes.

4 A VULNERABILIDADE E SEU TRATAMENTO NOS CRIMES SEXUAIS

4.1 A criminalização das condutas em face de vítimas vulneráveis

A criminalização das condutas atentatórias em face do vulnerável exige a discussão acerca do âmbito de proteção do Direito penal.

Como cediço, em termos clássicos, o raciocínio jurídico-penal se volta para a vertente negativa¹⁶⁵, ou seja, a da proibição do excesso, voltada a proteger os cidadãos de eventuais abusos por parte do Estado. O Direito penal, nessa concepção clássica, adquire um perfil que foi abordado como “carta magna do delinquente”, termo este utilizado para expor o caráter negativo do Direito penal, qual seja, a proibição do excesso.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Ao fazer a leitura dos mandados de criminalização implícitos, FELDENS aponta dois aportes dogmáticos relacionados à teoria dos direitos fundamentais, sendo um deles a dupla dimensão dos direitos fundamentais, que comporta a idéia de atuação negativa do Estado: “... na dupla dimensão dos direitos fundamentais, os quais estariam a exigir não apenas uma atuação negativa por parte do Estado (no sentido de não invadi-los de forma desproporcionada), mas, também, uma ação positiva, no sentido de sua proteção efetiva, como imperativo de tutela (dever de proteção), concepção essa que encontra gestão no desenvolvimento principiológico de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito”. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 98.

¹⁶⁶ Sobre esse binômio, ao discorrer sobre a identificação da maioria com a vítima do delito como uma das causas de expansão do Direito penal, SILVA SÁNCHEZ expõe: “Com efeito, nesse plano se está produzindo uma alteração progressiva na concepção do Direito penal subjetivo (*ius puniendi*): de uma situação em que se destacava, sobretudo, ‘a espada do Estado contra o delinquente desvalido’, se passa a uma interpretação do mesmo como ‘a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos. Isso provoca uma transformação conseqüente também no âmbito do Direito penal objetivo (*ius poenale*): em concreto, se tende a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. E desse modo, a concepção da lei penal como ‘Magna Charta’ da vítima aparece junto à clássica da ‘Magna Charta’ do delinquente; e isso sem prejuízo de que esta última possa ceder prioridade àquela. Uma concepção da lei penal como ‘Magna Charta’ não somente do delinquente – segundo a caracterização de Von Liszt –, senão também – me incluso especialmente – da vítima, desde logo não pode deixar de ter conseqüências no modo de conceber o princípio da legalidade. De fato, partindo do conceito clássico, está afirmando que os tipos penais são suscetíveis de uma interpretação restritiva (normalmente, de base teleológica) e inclusive de uma própria redução teleológica. Do mesmo modo, é por muitos reconhecido – em natural correlação com o anteriormente referido –, embora ainda não de modo pacífico, especialmente na Espanha, o recurso a analogia no âmbito das eximentes e atenuantes (em particular causas de justificação). O fundamento de tal forma de atuar é, naturalmente, a apreciação de que a lei penal constitui uma garantia para o delinquente de modo que nada obsta a redução interpretativa do âmbito do punível nem a analogia *in bonam partem*”. *A expansão do direito penal...cit.*, p. 65-66.

Ocorre, todavia, que principalmente com a propagação de novas formas de criminalidade, que colocam em risco bens jurídicos de suma relevância e de dificultosa delimitação pela universalidade que apresentam, reclama-se uma releitura dos caminhos da intervenção penal, também a partir da concepção de proteção deficiente.

Parece lugar comum que a intervenção estatal na esfera penal deve ser mínima e obedecer a uma pauta de direitos humanos, concretizada em princípios penais constitucionais, lidos por alguns inclusive como princípios limitadores do poder punitivo estatal¹⁶⁷, da qual o Brasil se compromete mundialmente a seguir¹⁶⁸

A maior dificuldade talvez resida na obrigatória conjugação da proibição de excesso com a proibição de proteção deficiente¹⁶⁹, a tornar o Direito penal efetivo sem o completo abandono dos princípios penais¹⁷⁰ que representam uma conquista relacionada, inclusive, com a evolução da humanidade.

¹⁶⁷ Nesse sentido, nas considerações introdutórias de sua obra, BITTENCOURT diz: “ Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988 (art. 5º)”. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 13.

¹⁶⁸ Sobre a relevância das questões de direitos fundamentais dentro de nosso ordenamento jurídico é exposta por DA PONTE, citando FLÁVIA PIOVESAN, ao versar sobre os mandados de criminalização, onde discorre que “... assumem a condição de emenda constitucional os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos firmados pelo Brasil, que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Como acentuado por Flávia Piovesan, ‘a reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional’. Com a acolhida do mandado em comento, o Estado brasileiro assume sua vocação democrática no campo interno e junto à Comunidade Internacional, oxigenando especialmente o Direito penal e Processual Penal e exigindo o constante repensar de um sistema punitivo que deve ter como valor maior a dignidade da pessoa humana”. PIOVESAN apud DA PONTE, op. cit., p. 162-163.

¹⁶⁹ Sobre a proteção deficiente, FELDENS pontua: “... na proibição de proteção deficiente (Untermassverbot), nomenclatura cunhada por Canaris, e posteriormente incorporada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a qual, engendrando matizes identificados com o mandado de proporcionalidade, se antagoniza, com algumas adaptações, à tradicional proibição do excesso. Na síntese do Bundesverfassungsgericht, em uma segunda decisão sobre o tema do aborto, ‘caso não pretenda violar a proibição da proteção deficiente, a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas’”. Op. cit., p. 98.

¹⁷⁰ Pontua-se aqui que abandono não deve se confundir com prevalência diante da antinomia inerente aos postulados fundamentais. Nesse sentido, MACHADO, Martha de Toledo, remetendo-se a NORBERTO BOBBIO, discorre: “Dá-se que, por um lado, os direitos fundamentais do homem, quando positivados num ordenamento jurídico soberano, não são absolutos, nem homogêneos, como bem assevera Bobbio. De modo que é bastante frequente a ocorrência de conflitos entre esses valores fundamentais das constituições democráticas. (...) As antinomias a que se refere, são de várias ordens” MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no Direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2008, p. 43.

Para melhor compreender a criminalização das condutas em face do vulnerável deve-se partir da premissa de que em determinadas situações o Estado se encontra obrigado a operar com o Direito penal¹⁷¹.

Essa obrigatoriedade acima exposta pode ser entendida como mandados de criminalização para o Estado, cuja existência não é pacífica¹⁷². No entanto, uma leitura estritamente constitucional do Direito penal¹⁷³ e a adoção da teoria do bem jurídico como fundamento legítimo de atuação do Estado no âmbito nas questões de Direito penal parecem abarcar a ideia de que em determinadas situações o Estado se encontra obrigado a ministrar o Direito penal¹⁷⁴.

Adotando-se a premissa de que os mandados de criminalização existem e de que em determinadas situações, para proteger determinados bens e interesses de

¹⁷¹ Ao iniciar o discurso sobre mandados de criminalização, FELDENS diz: "... se por um lado as bases legitimadoras da penalização hão de estabelecer-se a partir dessa vinculação entre o bem jurídico protegido e sua referência (expressa ou implícita) à ordem constitucional de direitos e deveres fundamentais, por outro, situações existem que a proeminência do bem jurídico-constitucional *exigirá*, pelo menos quando diante de ataques mais repulsivos, a proteção por meio de normas penais. São as duas faces de uma mesma relação". Op. cit., p. 70.

¹⁷² Em artigo que comenta o requerimento 756, de 2011, do Senado Federal, VIEIRA traz afirmações e colaciona doutrina em sentido contrário a ideia de mandados de criminalização: "A ordem constitucional atende a outros patamares que não sua funcionalização para intervenção da tutela penal" VIEIRA, Renato Stanzola. Requerimento n 756, de 2011, do Senado Federal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 227, out 2011, p. 3. No mesmo artigo o autor traz entendimento de SILVA FRANCO "A Lei Maior não é uma varinha de condão idônea a solucionar magicamente todas as questões a ele atinentes. Constitui, sem dúvida, uma indicação válida, um critério relevante, um excelente ponto de partida, mas não é tudo" SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da Intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 6, f. 2, abr-jul 1996, p. 177. Na sequência, o autor expõe o entendimento de PASCHOAL, Janaína Conceição: "O Direito penal, na linguagem de Janaína Paschoal, não é um espelho da Constituição, mas tem justificação só na medida em que projeta aquelas normas que ostentem características de direitos fundamentais" *Constituição, criminalização e Direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.2.

¹⁷³ DE CARVALHO afirma que "...a Lei Maior traz em si os princípios máximos da justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. Deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados". DE CARVALHO, Marcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do Direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 33.

¹⁷⁴ HASSEMER diz: "La prohibición de defecto no es, al menos para aspectos penales, un concepto clásico. No lo es por mero hecho de que contradice la función tradicional de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente intervenciones estatales. Quiere decir que el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones por La Constitución a proteger determinados intereses con determinados medios; por ello se habla también de 'deberes de protección'. Por tal motivo, el ámbito de aplicación de La prohibición de defecto no se reduce al derecho de intervención, ni mucho menos al derecho penal, sino que se amplía con las distintas posibilidades existentes de poner bajo protección jurídica a determinados intereses o bienes jurídicos, que son muchas". HASSEMER, Winfried. Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 101.

notória relevância para a sociedade, o Estado se vê obrigado¹⁷⁵ a atuar no âmbito penal, esses mandados se apresentam sempre na Constituição Federal – por isso que se faz a necessária vinculação do Direito penal com o Direito Constitucional para se alcançar os mandados de criminalização – por vezes expressamente, sendo os ditos mandados explícitos¹⁷⁶, e por vezes pela relevância apresentada pelo texto constitucional, muito embora não haja menção expressa de criminalização da conduta, sendo estes os mandados implícitos¹⁷⁷.

No entanto, a justificativa para criminalização de condutas em face dos vulneráveis não apresenta maiores dificuldades.

Isso porque o crivo mais crítico dos mandados de criminalização, que são os mandados implícitos¹⁷⁸, onde os critérios devem ser rígidos a fim de garantir plenitude ao texto constitucional, não é necessário para a apreciação dos crimes contra os vulneráveis.

A criminalização das condutas contra vulneráveis decorre de mandados explícitos de criminalização. A Constituição Federal em seu art. 227, §4º prevê: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

¹⁷⁵ PONTE pontua a obrigatoriedade de legislar em casos de mandados de criminalização: “Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”. PONTE, op. cit., p. 152.

¹⁷⁶ PONTE expõe: “Os mandados explícitos de criminalização contidos em nossa Constituição Federal são encontrados nos artigos 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual de criança ou adolescente); 225 (condutas lesivas ao meio ambiente)”. Ibid., p. 152-153.

¹⁷⁷ Para explicar os mandados implícitos de criminalização, DA PONTE explica: “A atuação do Direito penal justifica-se e legitima-se todas as vezes que a proteção ordenada pela Constituição federal não puder ser alcançada de outra forma, a não ser a instituição de infrações penais e as correspondentes sanções penais, que devem ser proporcionais ao bem jurídico protegido. O reconhecimento aos mandados implícitos de criminalização sempre dependerá de uma análise contextual da Carta Magna; contudo, não pode se dar no campo meramente subjetivo, atrelado unicamente ao talento do intérprete. A eleição de critérios seguros mostra-se como imprescindível para que não haja violação ao corpo constitucional, sob o pretexto de preservá-lo”. Ibid., p. 166.

¹⁷⁸ FELDENS diz: “A temática envolvendo as obrigações implícitas de criminalização aflora como uma das mais delicadas questões emergentes dessa relação que compartilham a Constituição e o Direito penal”. Op. cit., p. 93.

Daí a consideração de que com essa disposição o Estado se vê obrigado a compelir por intermédio do Direito penal qualquer forma de abuso e de violência sexual contra a criança e o adolescente¹⁷⁹.

Ademais, nosso ordenamento jurídico apresenta um verdadeiro sistema de proteção da criança e do adolescente, a fim de se preservar a sua dignidade humana, tomando por base o reconhecimento da condição peculiar que elas se apresentam.

Sobre o sistema protetivo da criança e do adolescente, importante destacar as lições de Martha de Toledo Machado:

Este sistema especial tem sua raiz no fato de que os direitos elencados nos artigos 227 e 228 da CF são direitos humanos de crianças e adolescentes. Este sistema especial se funda no reconhecimento da condição peculiar de crianças e adolescentes de seres humanos ainda em fase de desenvolvimento, que implica o reconhecimento de que a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta e, de que crianças e adolescentes possuem maior vulnerabilidade de que o ser humano adulto.

Esse sistema especial funda-se, ainda, no reconhecimento da igualdade jurídica entre todas as crianças e adolescentes, que têm um mesmo status jurídico, gozando da mesma gama de direitos fundamentais, independente da posição que ocupem no seio da sociedade.¹⁸⁰

Entretanto, sob esse prisma, restaria justificada apenas a conduta em face da criança e do adolescente, não havendo a figura do vulnerável na Constituição Federal, o que demandaria ou um exercício de criminalização implícita ou a análise de outras fontes para se aproximar dos outros conceitos de vulnerabilidade (os conceitos serão tratados na delimitação).

E é nesta última hipótese que o Direito penal se justifica para abordar outras formas de vulnerabilidade nos tipos incriminadores.

A questão do vulnerável surge para o Brasil em linhas de compromissos internacionais com a ratificação da Convenção da Organização das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional, de dezembro de 2000, em Palermo na Itália, diploma também conhecido como Protocolo de Palermo.

¹⁷⁹ Ao tratar dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais quando da proibição de excesso e da proteção insuficiente no Direito penal, MACHADO discorre: “Veja-se, outrossim, que é neste particular contexto normativo – em que a proteção aos direitos humanos, entre eles os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, constitui valor altíssimo da Constituição Federal, positivados em normas-princípios, que orientam valorativamente a construção e interpretação de todo o ordenamento –, que a Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes”. MACHADO, op. cit., p. 66.

¹⁸⁰ Ibid., p. 67.

Referido protocolo conta com importante aditivo referente ao tráfico de seres humanos, onde a questão da vulnerabilidade ganha corpo a incorporar o vulnerável como vítima a ser especialmente protegida pelo Direito penal.

Sobre a Convenção de Palermo, traz-se a elucidação oferecida por Queijo e Rassi:

O mínimo consenso entre as nações foi obtido no ano de 2000, na convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional. Em dezembro de 2000, a Convenção foi aberta para ratificação na cidade de Palermo, Itália. A convenção de Palermo versou sobre o crime organizado internacional, definiu mecanismos para prevenção deste tipo de criminalidade e conta com dois importantes aditivos: contra o contrabando de imigrantes e contra o tráfico de pessoas (especialmente mulheres e crianças), que analisaremos ao longo deste texto¹⁸¹

Sobre o aditivo referente ao tráfico de pessoas, os autores prosseguem:

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, 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 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.¹⁸²

¹⁸¹QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Larte (orgs.). *Tráfico de Pessoas*. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 221.

¹⁸²Ibid., p. 222.

Dessa forma, tem-se o comprometimento internacional do Brasil, com a natureza de preceito constitucional¹⁸³, a combater qualquer forma de exploração, inclusive a exploração sexual, em face dos vulneráveis.

Pela aproximação constitucional dessa questão, pode-se dizer que o mandato de criminalização está posto, de modo que ao legislar considerando a figura do vulnerável o Brasil responde ao mandato que se lhe foi imposto.

A existência de mandados de criminalização para tipificar condutas em face dos vulneráveis apresenta inegável conforto para que o Estado legisle em matéria penal.

Todavia, acredita-se que a análise da questão voltada tão somente ao bem jurídico já se apresentaria satisfatória para legitimar o Direito penal nos casos envolvendo vítimas vulneráveis.

Isso porque além da liberdade sexual, que quanto aos vulneráveis é interpretada de acordo com o livre desenvolvimento sexual – afastado de condutas atentatórias –, tem-se que o bem jurídico em questão traz o conceito de dignidade sexual, remetendo-se, dessa forma, à própria dignidade da pessoa humana, de escopo eminentemente constitucional, que representa o núcleo duro de direitos humanos do nosso Estado.

4.2 A dignidade da pessoa humana e sua consideração nas disposições penais envolvendo os vulneráveis

Uma vez compreendida a criminalização das condutas em face de vítimas vulneráveis, essencial se faz a investigação dos verdadeiros motivos que comportam a

¹⁸³ Apesar de haver divergência sobre a natureza dos tratados internacionais, para a finalidade de proteção de direitos fundamentais adota-se o entendimento insculpido por PIOVESAN: “Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta Magna de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda e interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo, Editora Max Limonad, 1996, p. 82-83.

colocação de disposições absolutas pelo legislador penal quando do tratamento dos vulneráveis nos crimes contra a dignidade sexual.

Em uma rasa análise da modificação legislativa que colocou a dignidade sexual no Código Penal brasileiro, em detrimento aos costumes anteriormente tutelado¹⁸⁴, verifica-se a inserção do elemento dignidade.

A palavra dignidade remete a algo que é relevante¹⁸⁵, que é importante, que se tem estima, que é honrado¹⁸⁶. Conforme descreve Paulo Afonso de Paula:

A dignidade da pessoa humana é um valor prescrito pelo homem, produto do seu desenvolvimento cultural. Encontra-se, hoje e na média das civilizações, no topo de um sistema axiológico dinâmico, construtor, mantenedor e transformador das relações sociais, informando ciências e comportamentos. Representa uma utopia em movimento, uma racional construção empírica. Diz respeito à atribuição de importância ao eu e ao outro e à aferição da valia das condições permissivas do viver individual e coletivo, adensada por um lento e contínuo repúdio às atrocidades perpetradas e sofridas pela humanidade. [...] Dignidade da pessoa humana como escolha do indivíduo e da Sociedade, motivada pela necessidade.¹⁸⁷

Filosoficamente¹⁸⁸, a dignidade é única aos seres humanos¹⁸⁹, e serve para distingui-los¹⁹⁰, sendo intrínseca a todo ser racional¹⁹¹.

¹⁸⁴NUCCI inicia seus comentários à Lei n. 12.015/09 colocando que “Há muito vínhamos sustentando a inadequação da anterior nomenclatura (‘dos crimes contra os costumes’), lastreada em antiquados modelos de observação comportamental da sexualidade na sociedade em geral. Afinal, os costumes representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas. Inexistia qualquer critério para o estabelecimento de parâmetros comuns e denominadores abrangentes para nortear o foco dos costumes na sociedade brasileira”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 11.

¹⁸⁵ “A dignidade pode ser definida como *status* ou condição que atribui a determinado ser um conjunto de direitos decorrentes de características relevantes que necessitam ser protegidas e resguardadas contra a ação de outrem ou de si mesmo”. BRAGATO, Fernanda Frizzo. A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, out/dez. 2010, p. 86.

¹⁸⁶ Conceito este exposto por CORRÊA: “A etimologia da palavra dignidade nos leva ao termo latino *dignus*, o qual identifica aquele que merece estima e honra; aquele que é importante”. CORRÊA, André L. Costa, Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; DO AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (orgs.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: LEX Editora S.A, 2005, p. 115.

¹⁸⁷PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Criança e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da.(orgs.).*Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2.ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 1037.

¹⁸⁸“Quando invocamos a dignidade humana remetemo-nos a uma noção que na sua origem não é um conceito jurídico. Dirigimo-nos fundamentalmente a uma noção que tem o seu enraizamento numa construção filosófica assente no reconhecimento do primado da pessoa sobre qualquer outro interesse. (...) Como imperativo filosófico, o princípio da dignidade da pessoa humana carece de ser continuamente reafirmado e densificado” MARQUES, Mário Reis. *A dignidade humana como prius axiomático: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, v. IV, p. 565.

Parafraseando Sarlet, com base no pensamento kantiano, o ser humano é detentor de “autonomia da vontade”, o que fundamenta a dignidade da natureza humana, ao passo que somente aos seres humanos é facultado “determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis”, o que é um atributo encontrado tão somente nos seres racionais ¹⁹².

Com base nessa premissa, o autor traz a sustentação de Kant, a afirmar 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 nas 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... ¹⁹³

¹⁸⁹ A dignidade pressupõe como elemento essencial a pessoa. Nesse sentido, ASCENSÃO discorre: “O que está então por detrás do recurso nas constituições à dignidade da pessoa humana? Está uma realidade substancial: a própria pessoa. É esta necessariamente o elemento essencial a que se refere os próprios textos constitucionais. A pessoa é o ente ou substância que tem e manifesta aquela dignidade. Impõe-se, pois para a interpretação da lei, que se desça à análise substancial do ser que é digno, para que se possa compreender por que é revestida de dignidade”. ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, 2008, p. 281-282.

¹⁹⁰ CORRÊA, André L. Costa, Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; DO AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (orgs.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: LEX Editora S.A, 2005, p. 115. SARLET, ao discorrer sobre o contexto histórico-filosófico da dignidade da pessoa humana, ressalta que “no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como a sua natureza, são iguais em dignidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30-31. SOUZA pontua: “Nós temos essa qualidade que nos distingue e esse já é o primeiro sentido da dignidade, é a distinção ou diferença em relação a todos os outros seres criados, mesmo os mais evoluídos”. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Violência e dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, jul-set, 1994, p. 65-66. “O Homem não é uma pedra, não é uma árvore, não é um objeto, mas também não é um animal, não é, por mais evoluído que seja, como o macaco, mas é uma natureza que pela sua própria origem e essência, difere de todas as demais”. Ibid., p. 65.

¹⁹¹ ABBAGNADO apud CORRÊA, op. cit., p. 115. Segundo SARLET, com base no pensamento kantiano, a dignidade, que confere valor próprio aos seres humanos, não permite que estes sejam transformados em meros objetos ou instrumentos. Op. cit., p. 30.

¹⁹² SARLET, op. cit., p. 32-33. Nesse sentido, também LEITE afirma que: “A vontade é a faculdade de agir em conformidade com a representação de certas leis. Todo ser humano racional é possuidor de vontade” (2011, p.497). BRAGATO também discorre que “Em Kant, por exemplo, a autonomia é o fundamento da dignidade humana, justamente porque o conceito kantiano de pessoa está diretamente ligado ao de moralidade, estabelecendo-se, com isso, uma diferenciação entre conceitos de pessoa e de ser humano, na medida em que os últimos não se encontram, ao longo de toda a sua existência, aptos a agirem segundo a representação de leis e, mesmo aqueles que assim se encontrem, podem, por eventos diversos, ter a capacidade de autodeterminação e consciência suprimida ou afetada. Portanto, a dignidade em Kant decorre da autonomia, que, por outro lado, é característica fundamental do conceito de pessoa” (2010, p.86).

¹⁹³ KANT apud SARLET, op. cit., p. 33.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento de que o ser humano é detentor de valor próprio¹⁹⁴, é um fim em si mesmo¹⁹⁵, não sendo permitido, em qualquer hipótese, seu tratamento como objeto, como um mero instrumento, pois é dotado de dignidade¹⁹⁶. Trata-se, na visão de Kant, do impedimento e da instrumentalização do ser humano¹⁹⁷.

Ao ser dotado de dignidade, o ser humano distingue-se de todas as demais coisas que existem no mundo¹⁹⁸. A dignidade faz com que o ser humano não tenha preço¹⁹⁹, não possa ser colocado em confronto com qualquer outra coisa dotada de preço, e, portanto, não detentora de dignidade²⁰⁰.

Desse modo, quando se associa o conteúdo da dignidade com o âmbito sexual, busca-se garantir, nas palavras de Nucci, “a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção neste cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência”²⁰¹.

¹⁹⁴ BALERA, ao apontar conceitos de dignidade e de pessoa, conclui que “Desses primeiros delineamentos do conceito é possível, de plano, identificar a dignidade da pessoa da pessoa humana como um valor” BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da(orgs.)*Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2.ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 474.

¹⁹⁵“Ora, o homem não é uma coisa que possa ser usado simplesmente como meio”. WEBER, Tadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 232-259, 2009, p. 240.

¹⁹⁶ KANT afirma que “A Humanidade é ela própria uma dignidade; pois o homem não pode ser tratado apenas como um meio (nem pelos outros nem sequer por si próprio) mas tem sempre simultaneamente de ser tratado como um fim e é precisamente nisto que consiste a sua dignidade (personalidade)”. KANT apudCORTÊS, 2005, p. 607.

¹⁹⁷KANT apud SARLET, op. cit., p.35. LEITE traz em sua obra o imperativo prático de Kant que veda a instrumentalização do ser humano e da humanidade: “obra de tal modo que uses a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como meio”. KANT apud LEITE, George Salomão. Dever e dignidade humana na fundamentação da metafísica dos costumes de Immanuel Kant. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão; CARBONELL, Miguel Carbonell (orgs.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Editora PODIVM, 2011, p. 498

¹⁹⁸SARLET, op. cit., p.86.

¹⁹⁹KANT remete que no reino dos fins tudo tem seu preço ou sua dignidade. LEITE afirma: “Kant associa a noção da vontade à dignidade. Segundo ele, no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode ser substituído por outro equivalente; no entanto, o que está acima de todo o preço não possui equivalente algum, tem dignidade. O ser racional, porquanto fim em si mesmo, possui dignidade. Trata-se de valor inato ao homem. Deste modo, o ser humano não deve condicionar-se a nenhuma outra vontade, salvo a dele próprio, na condição de legislador universal, por ser dotado de dignidade. Assim, o ser humano é digno por ter autonomia de vontade. ‘A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional’”. LEITE, op. cit., p. 499.

²⁰⁰Ao discorrer sobre autonomia e dignidade em Kant, WEBER afirma “[O homem] tem dignidade. Esta é uma qualidade intrínseca da pessoa humana. Logo, não se pode trocar dignidade por preço. O que tem fim em si mesmo, isto é, a humanidade na minha pessoa e na pessoa de qualquer um, tem valor íntimo” WEBER, op. cit., p.239.

²⁰¹NUCCI, *Crimes contra a dignidade sexual....* cit., p. 14.

Diante disso, tem-se que a proteção da dignidade sexual, que é colocada como objeto jurídico na parte especial do Código Penal brasileiro, aproxima a consideração da dignidade da pessoa humana no âmbito jurídico-criminal²⁰². Nas palavras de Antônio Cortês:

A dignidade humana tende hoje a ser reconhecida não apenas como um direito humano ou fundamental entre outros, mas inclusivamente como referência primeira no domínio dos Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais e, por essa via, como pressuposto incondicionado de todo o Direito²⁰³

Com efeito, verifica-se a colocação da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. A Constituição traz a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental²⁰⁴ do nosso Estado logo no primeiro artigo (art.1º, inciso III)²⁰⁵:

²⁰²NUCCI afirma que “A dignidade da pessoa humana (art.1, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual”. Ibid., p.14.

²⁰³CORTÊS, Antônio. O princípio da dignidade humana em Kant. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 81, 2005. p. 604.

²⁰⁴ Apesar de pouco efeito prático, CRETELLA JÚNIOR ressalta a redundância da expressão princípio fundamental, e conclui que, em verdade, a Constituição não aponta princípios fundamentais, mas postulados com características democráticas. A exegese para explicar os princípios fundamentais é posta da seguinte forma: “Antes de tudo, uma observação. A expressão ‘princípios fundamentais’ é redundante, porque ‘princípios’ são ‘proposições que se colocam nas bases dos sistemas, informando-os, sustentando-os, dando-lhes base, fundamento’. Bastaria, assim, o vocabulário ‘princípios’. Logo depois, vem a expressão ‘objetivos fundamentais’, também criticável, embora não pelo mesmo motivo, invocado para a crítica da expressão anterior. Os fundamentos ou princípios são os cinco enumerados na Carta de 1988. Embora cientistas e filósofos estejam de acordo em que a palavra princípio é muito vaga, também estão de acordo em que não deve ser banida do vocabulário das ciências, e da filosofia, mas que é necessário procurar sair do terreno da incerteza e encontrar termo para designar as posições iniciais, de onde parte a dedução, na ordem da implicação pura, abstração feita das questões de evidência ou de concordância que fazem com que tais ou quais proposições tenham o caráter de axiomas, postulados, de bases experimentais (André Lalande, Vocabulaire, sub você ‘principe’). A palavra princípio é termo análogo, isto é, suscetível de inúmeros sentidos, todos, porém, ligados pelo menos por um ponto de contato comum. Princípio é, antes de tudo, ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência. (...) Sob este aspecto principiológico, a Constituição de 1988, ao enumerar e elevar à categoria de princípios – e princípios fundamentais, a ‘soberania’, a ‘cidadania’, o ‘pluralismo político’, a ‘dignidade da pessoa humana’, os ‘valores sociais’ (do trabalho e da livre iniciativa), confundiu princípios com conotações, postulados com características democráticas”. CRETELLA JÚNIOR, J.. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. I., p. 128-129.

²⁰⁵ASCENSÃO discorre: “Por outro lado, não podemos esquecer que a própria Constituição aponta ‘a dignidade da pessoa humana’ como base da república (juntamente com a vontade popular) logo no art. 1. Dá-lhe assim um relevo particularíssimo, pois todos os restantes preceitos constitucionais lhe estariam subordinados no ponto de vista substancial. É análoga a situação à face do art.1 III da Constituição Federal brasileira, por exemplo. Não são casos isolados. Os apelos à dignidade da pessoa humana multiplicam-se nas constituições, como fundamento geral. Inspiram-se todos no modelo paradigmático da *Grundgesetz* alemã, sem nunca atingirem todavia a grandeza lapidar desta: ‘Die WürdedesMenschenistunantastbar’ (a dignidade da pessoa é inviolável). Abre a própria Constituição, separada de tudo o resto, pois tudo surge como concretização desta grande premissa” ASCENSÃO, op. cit., p. 281.

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. (grifos do autor).

Desse modo, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental, o verdadeiro princípio do Estado, a sua razão de ser, positivado em norma constitucional.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana”²⁰⁶

Colocada a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, conclui-se que ela foi alçada à condição de princípio constitutivo da República (art. 1º, III, da Carta Política), implicando o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político do Estado²⁰⁷.

Canotilho e Moreira aduzem que o valor da dignidade humana é referência unificadora de todos os direitos fundamentais²⁰⁸; trata-se de

valor autônomo e específico inerente aos homens em virtude de sua simples pessoalidade. Consequentemente, a República baseia-se no homem como sujeito e não como objecto dos poderes ou relações de domínio²⁰⁹.

Sobre a referência unificadora da dignidade da pessoa humana, Jorge Miranda ainda aduz que:

²⁰⁶ PIOVESAN, op. cit., p. 58.

²⁰⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225 e SARLET, op. cit., p. 47.

²⁰⁸ Essa afirmação também é feita por RIBEIRO BASTOS e MARTINS: “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.” *Comentários à Constituição do Brasil...cit.*, p. 425.

²⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 59. Cf., no mesmo sentido, SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105.

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor, de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado²¹⁰

A Constituição Federal, momento posterior, no art. 3º, aduz os objetivos fundamentais do Estado:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme ensinamentos de Piovesan, a conjugação do art. 1º com o art. 3º da Constituição Federal traduz-se em um ponto de encontro do princípio do Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais, “fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora”²¹¹

E a relevância conferida na Constituição Federal à dignidade da pessoa humana é notória ao passo que esses objetivos apontados de forma fundamental pela Carta almejam a efetivação prática da dignidade da pessoa humana²¹²

A colocação da dignidade da pessoa humana como fundamento, atrelada aos objetivos do Estado Brasileiro, expõe o dever do Estado em ampliar as possibilidades para que os indivíduos exercitem suas liberdades, de modo a indicar que uma das finalidades do Estado é propiciar condições para que as pessoas tenham dignidade²¹³.

²¹⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, v. 4., p. 166.

²¹¹PIOVESAN, op.cit., p. 58.

²¹²Ibid.

²¹³ Nesse sentido, RIBEIRO BASTOS e MARTINS: “Em última análise, a dignidade tem uma dimensão também moral. São as próprias pessoas que conferem ou não dignidade às suas vidas. Não foi este sentido, todavia, o encampado pelo constituinte. O que ele quis significar é que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana. Portanto, o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas. É de lembrar-se, contudo, que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido. Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade”. Op. cit., p. 425.

Quanto ao dever do Estado para garantir a dignidade da pessoa humana, NOBRE JÚNIOR, referindo-se a ERNESTO BENDA, afirma que “Igualmente, esgrime a afirmativa, de aceitação geral, de competir ao

Desse modo, pode-se afirmar que a **dignidade humana deve vincular de forma imperativa quaisquer órgãos, atividades e funções estatais**, impondo-lhes o dever de respeito e proteção²¹⁴, o que justifica a forma como se dá a atuação Estatal nos crimes contra a dignidade sexual, principalmente nas disposições absolutas que cuidam dos vulneráveis.

A legitimidade de atuação estatal nas condutas que atentam contra a dignidade humana também foi tratada por Cretella Júnior, que afirma que a dignidade do homem faz considerar aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que lhe atente²¹⁵.

Essa mobilização do Estado em torno da dignidade da pessoa humana também pode encontrar justificativa no fato de que a ela, além de estabelecer os valores éticos de uma sociedade, também coloca um parâmetro de exigência de Justiça²¹⁶.

Desse modo, aponta-se o tratamento conferido às vítimas vulneráveis nos crimes contra a dignidade sexual do Código Penal brasileiro como uma forma de o Estado garantir a dignidade da pessoa humana.

Essa conclusão permite compreender a atuação legislativa na questão da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual.

Ousa-se aqui afirmar que é tão somente em razão da magnitude da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico que se justifica a presunção

Estado a procura em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima” NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 33, jan-jun, 2000, p. 140.

²¹⁴ Nesse sentido, SARLET afirma: “É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade, que voltará a ser referida oportunamente”. Op. cit., p. 47.

²¹⁵ “O ser humano, o homem, seja de qual origem for, sem discriminação de raça, sexo, convicção política ou filosófica, tem direito a ser tratado pelos semelhantes como ‘pessoa humana’, fundando-se, o atual Estado de direito, em vários atributos, entre os quais se inclui a ‘dignidade’ do homem, repellido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem”. CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 139.

²¹⁶ PIOVESAN discorre: “Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional. À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (1996, p. 60).

absoluta de violência em face dos vulneráveis. Em que pese a natureza dos princípios não permitir que se conclua sejam eles absolutos²¹⁷, fato é que a dignidade da pessoa humana acaba por exigir uma abordagem diferenciada²¹⁸.

Por ser a dignidade da pessoa humana, como visto, fundamento do próprio Estado, sua mitigação²¹⁹ se torna mais dificultosa do que a de um outro princípio qualquer.

Há quem sustente até mesmo que a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto²²⁰, que não comporta relativização.

Nessa esteira, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio Machado de Almeida Delmanto, ao discorrerem sobre a dignidade da pessoa humana, afirmam que

O valor da Dignidade é o fundamento de todos os direitos fundamentais do ser humano. Ele é ínsito ao reconhecimento de sermos todos igualmente humanos (não importando raça, cor, riqueza, cultura, religião, opção sexual, etnia, nacionalidade etc.), ostentando direitos indisponíveis, inerentes à própria personalidade, ao nosso desenvolvimento como pessoas livres. É valor absoluto, que não comporta relativização. (...) Desse modo, em tempos que nossos Tribunais vêm adotando o chamado ‘princípio da razoabilidade’, e o conceito de que ‘não existe direito

²¹⁷ MIRANDA, citando MENEZES CORDEIRO, ensina que “os princípios, como vectores gerais, não valem sem exceção; outros parâmetros jurídicos podem, em concreto, afastá-los. Os princípios podem entrar em oposição ou contradição entre si, sem com isso se anularem ou perderem âmbito de aplicação. Os princípios não tem pretensão de exclusividade, admitindo que um mesmo efeito por eles preconizado, seja, com conseqüências similares, alcançado por factores diferentes, sem com isso verem em perigo a sua identidade” (1988, p. 253).

²¹⁸ “Como princípio dinâmico, evolutivo e de grande abrangência, o princípio da dignidade da pessoa humana, muito mais do que um mero princípio geral de referência, impõe-se como um verdadeiro critério de ordenação global. A cada um serão reconhecidas a sua singularidade e a sua particularidade por parte de todos os outros. A dignidade pressupõe uma dimensão relacional, de reconhecimento. Na dignidade não existem graus nem hierarquias. Todos, desde o início até o fim de sua existência, usufruem da mesma dignidade.” (MARQUES, 2009, p. 566).

²¹⁹ LIMA afirma: “Ora, se a dignidade é norteadora dos direitos fundamentais e eles sofrem mitigação, ou seja, sendo um desses direitos ponderado com menos relevância em face de outro, pode-se dizer que, a dignidade da pessoa que se encerra no comando do direito ponderado também foi ‘ferida’ e relativizada. Exemplos disso seriam a função social da propriedade privada em relação ao direito fundamental à propriedade, como forma de mitigação; a segurança pública em confronto com a liberdade; a igualdade em confronto com as peculiares desigualdades que ensejam tratamento específico; o direito à intimidade e à vida privada, em face da liberdade de expressão; liberdade em confronto com o direito à vida (exemplo: caso de transfusão de sangue sem consentimento de pessoa cuja ideologia religiosa não a permite, visando por a salvo o valor supremo da vida) dentre tantas outras ponderações. Tais assertivas demonstram que a dignidade, entendida também como a capacidade de autodeterminação e como norteadora da efetividade das liberdades negativas e positivas pode sofrer mitigação”. LIMA, Marina Dehon de. A dignidade da pessoa humana: direito absoluto? *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, v. 17, jul-set, 2009, p. 25-26).

²²⁰ “É pois este o caso da dignidade humana. Ela impõe-se, desde logo, como uma convicção fundadora absolutamente necessária. O seu reconhecimento produz o inestimável efeito de afastar o homem do fascínio da violência. Contudo, o valor da pessoa humana é algo de indemonstrável e de inatingível. Estamos perante um absoluto”. MARQUES, op. cit., p. 563.

absoluto', tudo devendo ser submetido a uma 'ponderação de valores constitucionais', manifestamos, com ênfase, nossa posição de que o princípio da dignidade humana é absoluto.²²¹

Os mesmos autores ainda trazem entendimento firmado por Jacinto de Miranda Coutinho, que remetendo a Kant afirma que “quando relativizamos tudo, tudo é nada; o homem é um fim em si mesmo, não é relativo, não tem preço, não é coisa...”²²²

No entanto, ainda que se coloque a dignidade da pessoa humana em um nível de relatividade – como ocorre em qualquer princípio –, isso não exclui a sua relevância, de modo que, conforme Alexy, ela deve ser sempre “aplicada na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”²²³

Assim, somente uma leitura da dignidade sexual atrelada à dignidade da pessoa humana permite considerar válida a atuação legislativa envolvendo os vulneráveis nos crimes contra a dignidade sexual. Isso porque quando colocada a questão da vulnerabilidade, o Código Penal brasileiro traz disposições absolutas.

No crime de estupro de vulnerável, por exemplo, o legislador afastou a anterior e polêmica figura da presunção relativa de violência, quando praticado ato sexual com menor de quatorze anos, para inserir, de forma absoluta, a figura do estupro de vulnerável.

A figura anterior suscitava polêmica acerca do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência insculpada no Código Penal. Durante muito tempo se discutiu sobre o tema sem chegar a um consenso, o que pode ser percebido com clareza na recente discussão instalada no Superior Tribunal de Justiça do nosso país.

Segundo notícia divulgada no Portal do Superior Tribunal de Justiça:

Para a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a presunção de violência no crime de estupro tem caráter relativo e pode ser afastada diante da realidade concreta. A decisão diz respeito ao artigo 224 do Código Penal (CP), revogado em 2009.

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se refere o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime.

Para a relatora, apesar de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. “Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia de presunção absoluta em fatos

²²¹DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Leis Penais Especiais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, no prelo.

²²²MIRANDA apud DELMANTO et al., op. cit.

²²³ALEXY apud MIRANDA, *Manual de direito constitucional...cit.*, p. 25.

como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado’, afirmou.

‘O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais,[...] não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual -, haja vista constatar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo’, concluiu a relatora.²²⁴

Com o paradigma prático oferecido, denota-se o conturbado cenário em que se apresenta a questão da relatividade no âmbito de proteção penal dos vulneráveis.

Desse modo, na alteração promovida pela Lei 12.015/09, que inseriu a figura do vulnerável no Código Penal, o legislador houve por bem dispor de maneira absoluta a violência nos atos sexuais praticados com menores de quatorze anos, o que, em um primeiro momento, elimina o questionamento acerca da liberdade sexual desses menores de catorze anos que, em razão da idade, são considerados vulneráveis.

Pode-se afirmar nesse momento que o legislador, ao proteger o vulnerável em caráter absoluto, confere a este a dignidade sexual de forma indisponível. Para fazer tal afirmação, obrigatoriamente se atrela a dignidade sexual à dignidade da pessoa humana, sendo esta indisponível por natureza²²⁵.

Sob esse prisma, tem-se que no atual momento a presunção de violência é absoluta quando da prática de atos sexuais com menores de quatorze anos, o que encontra respaldo principiológico, ao passo que a proteção do desenvolvimento da

²²⁴SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175 Acesso em: 27.03.2012.

²²⁵A indisponibilidade da dignidade da pessoa humana pode ser observada no exemplo trazido por TABORDA ao aduzir ao paradigmático caso resolvido pelo Conselho de Estado Francês sobre o arremesso de anões: “O Conselho de Estado Francês, em 27 de outubro de 1995, no exercício de sua competência contenciosa, julgou um caso que se tornou famoso, na medida em que proibiu uma atividade lícita – ‘o jogo de arremesso de anões – sob o argumento de que tal espetáculo atentava ‘contra a dignidade da pessoa humana’, O jogo de arremessar anões consiste em um espetáculo em que os espectadores arremessam o mais longe possível, um anão vestido com um traje que permite ao mesmo tempo prendê-lo pelos pulsos e protegê-lo na queda sobre um tapete de recepção. Tal atração começou a se desenvolver na França, no início dos anos 90, principalmente nas danceterias e provocou uma exploração comercial à qual se prestava a própria pessoa, ao fazer-se seu objeto. Os prefeitos de *Morsang-Sur-Orge* e de *Aix-em-Provence* proibiram o espetáculo. A empresa produtora e um anão chamado *M. Wackeneim* recorreram ao Tribunal Administrativo de *Versailles*, que pronunciou a anulação da decisão, sob o fundamento de que os prefeitos se excederam em seus poderes de polícia. O Conselho do Estado, no entanto, admitiu a legalidade das medidas adotadas pelos prefeitos. Em outras ocasiões, o Conselho de Estado já sublinhara a necessidade de preservar a ‘dignidade da pessoa’ e lembra ‘os princípios deontológicos fundamentais relativos ao respeito à pessoa humana, que se impõe ao médico em sua relação com o paciente e não cessam de se aplicar com a morte deste’ TABORDA, Maren Guimarães. A afirmação do princípio da proteção da dignidade humana como componente da ordem pública. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, out-dez 2008., p. 187.

sexualidade deste menor constitui no reconhecimento de que a afronta a este ponto da dignidade sexual configura verdadeira violação à dignidade da pessoa humana.

A colocação da dignidade sexual no patamar da dignidade da pessoa humana também remete à abrangência inerente a esse valor supremo, porque a dignidade da pessoa humana, nas palavras de Sandra Ribeiro Muradi, “significa direitos sociais, existência digna, justiça social, educação e o preparo da pessoa para o exercício da cidadania”²²⁶, o que coaduna com a proteção da dignidade sexual do vulnerável.

A associação da dignidade da pessoa humana com a dignidade sexual também pode ser bem observada na perspectiva do respeito à dignidade da pessoa humana exposta por Joaquín Arce y Flórez-Valdéz, que vislumbra na dignidade da pessoa humana quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposições subumanas de vida²²⁷

Ao analisar o contexto apresentado para identificar a colocação da dignidade da pessoa humana nos crimes contra a dignidade sexual, traça-se um paralelo necessário de que com esta criminalização – a do estupro de vulnerável – o legislador busca incessantemente proibir a inserção do menor de quatorze anos na relação sexual como mero objeto, desprovido de dignidade, tão somente para servir ao gozo do adulto que, mediante abuso, com ele venha a ter relações sexuais.

No mais, o menor de quatorze anos também recebe um tratamento de proteção especial nos crimes de induzimento do vulnerável a satisfazer a lascívia de outrem e na satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, ousando-se colocar aqui que o legislador assim procede sempre no mesmo intuito de vedar a coisificação do menor pela situação de vulnerabilidade que apresenta.

E essa consideração da fragilidade absoluta do vulnerável também é verificada no tipo incriminador do favorecimento à prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual de vulnerável; no entanto, sob essa rubrica, o conceito de

²²⁶MURADI, Sandra Mara Ribeiro. Conflito de interesses: prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. *Direito e Paz*, Lorena, n. 12, 2005, p. 26.

²²⁷FLÓREZ-VALDÉZ apud NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 140.

vulnerabilidade é diverso²²⁸ (neste tipo não é mais o menor de quatorze anos, mas o menor de dezoito), muito embora o nome atribuído à vítima seja o mesmo.

Frise-se que neste momento o que se destaca é o entrelaçamento existente entre a dignidade da pessoa humana, fundamento do ordenamento jurídico como um todo, e a dignidade sexual na opção legislativa seguida na reforma dos crimes sexuais, produzida na Lei nº 12.015/09.

Com o mesmo escopo se dirige a disposição criminal no tocante ao tráfico de pessoas. Nesse tipo penal, a proteção ao vulnerável se apresenta de forma especial e se orienta pela menoridade de dezoito anos.

Nessa esteira dá-se a criminalização absoluta de condutas atentatórias à dignidade sexual, ora do menor de quatorze anos, ora do menor de dezoito²²⁹, sempre em razão de sua vulnerabilidade, o que estampa a existência de um conceito polissêmico no Código Penal, que reclama delimitação para melhor abordagem.

Dessa feita, elevada a dignidade da pessoa humana como fio condutor²³⁰ das disposições absolutas na questão da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual, importante delimitar a figura do vulnerável trazida pelo legislador na redação atual do Código Penal brasileiro para trabalhar, posteriormente, com a natureza dos conceitos estabelecidos.

4.3 A delimitação do vulnerável

Assentes que os vulneráveis são dignos de proteção penal, o próximo passo que se faz necessário é a delimitação conceitual de vulnerável.

O Código Penal, ao tipificar condutas contra os vulneráveis, assim o fez como se existisse um conceito definido em nosso ordenamento jurídico para tal figura. Ademais, além de trazer essa nova figura à legislação, ainda o fez de forma

²²⁸ A diferenciação entre os conceitos de vulnerabilidade apontados na legislação penal será objetos de apreciação no próximo tópico, destinado à delimitação do vulnerável.

²²⁹ NUCCI pontua que “Do mesmo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos”. NUCCI, op. cit., p. 14.

²³⁰ Para essa conclusão, tem-se na dignidade como valor-guia de toda a ordem jurídica, inspirado, assim, nos ensinamentos de SARLET: “Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa” SARLET, op. cit., p. 74.

diferenciada, de modo que o vulnerável em cada tipo penal adquire contorno próprio, sendo seu conceito variado, empregado em diversos sentidos²³¹.

O primeiro impasse da questão já se apresenta pelo fato de que embora a vulnerabilidade de determinada pessoa seja verificável, a falta de conceito predefinido pode representar em determinadas circunstâncias um óbice para aplicação da lei penal, uma vez que esta está vinculada à estrita legalidade.

Fato é que, embora dificultosa, a figura do vulnerável está colocada nos crimes contra a dignidade sexual, cabendo esforço aos que operam o direito para apontar um limite justo de verificação.

Conforme conceito oferecido pela Enciclopédia do Advogado, vulnerável é aquele “Que é passível de sofrer uma agressão física ou moral. Ponto fraco de uma questão, estudo, matéria, empreendimento, ou do caráter e conduta de uma pessoa”²³²

João José Leal e Rodrigo José Leal, sobre o conceito de vulnerável, discorrem que “o adjetivo vulnerável foi utilizado como função substantiva para indicar o sujeito passivo dessa modalidade de crime sexual mais grave, que, na verdade, será sempre uma pessoa fragilizada, incapacitada física ou mentalmente”²³³

Rassi, por sua vez, afirma que são vulneráveis “as pessoas que merecem maior proteção, porque estão em situação de fragilidade, ensejando diversos efeitos penais em certas condutas praticadas contra elas”²³⁴

Ao tratar da vulnerabilidade, Luca Marafioti afirma ter esta um conceito versátil, e aponta dois aspectos que podem ser verificados: objetivos e subjetivos. Os primeiros derivam do tipo de crime cometido, e não somente da qualidade da vítima, como ocorre com os segundos:

Una vez más nos enfrentamos a un término versátil. Por ejemplo, usted podría optar por un significado ‘objetivo’, derivado del tipo de crimen cometido y no solo de las cualidades personales del ofendido. En este caso la ‘vulnerabilidad’ sería el resultado del modo particular de ejecución de una conducta criminal (el crimen organizado), o de los daños a una propiedad de la vida que es especialmente sensible (la libertad sexual), o de las relaciones interpersonales ente la víctima y el autor del delito (la relación familiar entre el agresor y la víctima).

En su lugar, podría prevalecer la lectura ‘subjetiva’ de los individuos, es decir, la ‘víctima vulnerable’ en consideración a las

²³¹Trata-se da polissemia do conceito de vulnerabilidade, apontada por RASSI, *A questão da vulnerabilidade no Direito penal sexual brasileiro...*cit., p. 62.

²³²SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1994, p. 633.

²³³LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de vulnerável. *Revista IOB de Direito penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 58, v. 10, 2009, p. 29.

²³⁴RASSI, op. cit., p. 69.

cualidades intrínsecas de la persona ofendida, prescindiendo del hecho criminal que está ha sufrido concretamente. En este contexto, la categoría en cuestión podría incluir, por ejemplo, las ‘víctimas extranjeras’ – de manera especial, a los extracomunitarios -, que se encuentran en condición desventajosas por no saber el idioma o porque, tal vez, se encuentran en una situación migratoria irregular, de refugiados o solicitantes de asilo²³⁵

Tourinho Filho refere-se ao vulnerável como sendo aquele de reduzida capacidade psíquica ou física.²³⁶

Embora a legislação peruana não traga expressamente a palavra ‘vulnerável’, ela criminaliza o ato sexual praticado com menor de 14 anos e, para tanto, Javier Boix Reig e Enrique Orts Berenguer justificam referida criminalização pelo

convencimiento de que tales relaciones son nocivas para la evolución del menor y pueden condicionar su ejercicio de la sexualidad en el futuro, y porque cuando se tienen con un adulto es harto probable que haya un prevalimiento de superior experiencia por parte de este y, en definitiva, una instrumentalización del menor de edad²³⁷

De todos os conceitos que se oferecem, pode-se extrair a intenção legislativa de garantir proteção àquelas pessoas mais suscetíveis de sofrer agressão por apresentarem um grau reduzido de capacidade defensiva, de modo a serem consideradas eminentemente frágeis na relação que se estabelece – no presente estudo, as relações voltadas às questões da sexualidade humana.

²³⁵MARAFIOTI, Luca. El menor abusado: víctima y testigo vulnerable. *Revista Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2004 n. 11, 2010, p. 1864. Tradução livre do autor: “Uma vez mais nos deparamos com um termo versátil. Por exemplo, se poderia optar por um significado ‘objetivo’, derivado do tipo de crime cometido, e não somente das qualidades pessoais do ofendido. Neste caso, a ‘vulnerabilidade’ seria resultado do modo particular de execução de uma conduta crimina (o crime organizado) Ou de danos a uma propriedade da vida que é especialmente sensível (a liberdade sexual), ou das relações interpessoais entre a vítima e o autor do delito (a relação familiar entre agressor e vítima) . Em seu lugar, poderia prevalecer a leitura ‘subjetiva’ dos indivíduos, ou seja, a ‘vítima vulnerável’ em consideração às qualidades intrínsecas da pessoa ofendida, prescindiendo do fato criminal que esta sofre concretamente. Neste contexto, a categoria em questão poderia incluir, por exemplo, as vítimas estrangeiras - de maneira especial, aos extracomunitários que se encontrem em uma situação migratória irregular de refugiados ou solicitantes de asilo”.

²³⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Crimes contra a liberdade sexual em face da nova lei. *Revista IOB de Direito penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 60, v. 10, 2010, p. 205-206.

²³⁷BOIX REIG, Javier; BERENGUER, Enrique Orts. Consideraciones sobre los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n.11, volumes 7/8, 2002, p. 155. Tradução livre do autor: “Convencimiento de que tais relações são nocivas para a evolução do menor e podem condicionar seu exercício da sexualidade no futuro, e porque quando se travam com um adulto é muito provável que exista o prevalecimento de sua experiência superior por parte deste e, definitivamente, uma instrumentalização do menor de idade”.

Ainda que não exista um conceito exato de vulnerabilidade para trabalhar as tipificações postas nos crimes contra a dignidade sexual, pode-se socorrer na própria evolução da criminalização, que considera a situação de determinada vítima ou grupo de vítimas mais suscetível à violação, conforme visto do compromisso de combate a esta forma de criminalidade perante a comunidade internacional.

Também não se pode ignorar que nas tipificações dos crimes contra os vulneráveis o legislador aponta as situações de vulnerabilidade da vítima.

No entanto, as imposições legais merecem análise pormenorizada, pois uma vez que se tem a disposição absoluta da lei, há necessidade de verificar se estas imposições não se conflitam no ordenamento jurídico como um todo. Deve-se observar, também, se elas podem ser consideradas teorias relevantes, desenvolvidas ao longo dos anos exatamente para solucionar a questão da criminalidade no âmbito sexual que, como visto, se permeia por diversos elementos que torna difícil estabelecer com exatidão a violação do bem jurídico tutelado.

Desse modo, a vulnerabilidade deve ser tratada a partir da teoria do consentimento e considerar o bem jurídico, pois, dessa forma restará estabelecido o tratamento a ser dado ao bem jurídico tutelado, de titularidade das vítimas vulneráveis²³⁸.

Com um viés voltado estritamente ao texto legal, sobre o conceito de vulnerável Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio Machado de Almeida Delmanto discorrem que

Seu conceito deve ser extraído da análise conjunta dos artigos deste Capítulo II. Assim, são vulneráveis não só os menores de 14 anos (art.214-A, caput, 218 e 218-A), mas também os menores de 18 anos (art.218-B, *caput*, primeira parte, e §2º, inciso I), bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência (arts.217-A, §1º, e 218-B, caput, segunda parte), como nos casos de o autor do crime sexual ser padrasto, tutor, curador da vítima, ou sobre ela exercer o pátrio poder, o que deixa o ofendido em situação vulnerável.²³⁹ (2010, p. 704).

Menos adstrito aos tipos penais, João Paulo. Martinelli divide os vulneráveis em grupos, afirmando que

²³⁸RASSI, op. cit., p. 62.

²³⁹DELMANTO, Roberto et al.. *Código penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Para fins de Direito penal, de tutela do bem jurídico, pode-se dividir os vulneráveis em quatro grandes grupos: (1) crianças e adolescentes; (2) adultos com problemas mentais; (3) adultos temporariamente perturbados; (4) grupos especiais de vulneráveis. A vulnerabilidade das pessoas não é absoluta e irrestrita, pois incide apenas em alguns atos da vida. E justamente tais atos, que podem trazer prejuízo, devem ser evitados pela norma penal²⁴⁰.

Tecendo críticas à disposição do vulnerável no Código Penal, Klelia Aleixo discorre:

Partindo-se do pressuposto de que a crianças e adolescentes menores de 14 anos não têm capacidade jurídica para consentirem na prática de atos sexuais, a legislação penal proibiu-os de se autodeterminarem sexualmente, transformando a natural experiência sexual em crime. A justificativa para tal proibição está assentada no discurso da necessidade de proteção do ‘desenvolvimento regular da sexualidade da criança e do adolescente’ Tal proteção foi posta a partir da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proteção²⁴¹.

Ao analisar o Código penal brasileiro, observa que sob o título “Dos Crimes contra a dignidade sexual”, o legislador previu um capítulo (Capítulo II) que trata dos Crimes contra o vulnerável.

Neste capítulo, o vulnerável é colocado como elemento dos tipos, como se observa da redação dos artigos 217-A e §1º, 218, 218-A, 218-B e §2º, I:

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.

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

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

Parágrafo único.

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

²⁴⁰MARTINELLI, João Paulo. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. *Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 68, v. 11, 2011, p. 14.

²⁴¹ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 209, v. 17, 2010, p. 8.

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.

“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;

Além dessas disposições que trazem o vulnerável como elementares do tipo, observa-se que no Capítulo III do Código Penal, sob a rubrica “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, o legislador traz formas qualificadas e causas específicas de aumento de pena que se utilizam do conceito de vulnerabilidade, como ocorre nos artigos 227, §1º; 228, §1º; 230, §1º; 231, §2º, I, II e 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

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.

(...)

§ 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

Para efeitos de tipificação da conduta do agente, as vítimas tratadas nesses tipos penais devem apresentar uma vulnerabilidade real, a conferir plenitude ao tipo penal incriminador.

No que pese a necessidade de um Direito penal efetivo e contundente nessa seara de proteção, o que exige por vezes a releitura do Direito penal para adquirir um âmbito de proporcionalidade positiva, a fim de se garantir a efetiva proteção ao bem jurídico, a visão do caráter subsidiário do Direito penal com vistas à exclusiva proteção dos bens jurídicos²⁴² se mostra fundamental ao enfrentamento do assunto, a fim de traçar o ponto distintivo entre aquilo que se considera realmente vulnerável daquilo que se estipula vulnerável única e exclusivamente por comando legal.

Da polissemia que se instala no conceito de vulnerabilidade, tem-se que esta comportará diversos graus e, portanto, apontará consequências penais distintas.

Nesse sentido, Rassi afirma que “a vulnerabilidade (ou fragilidade) pode apresentar graus e consequências penais diversas, tendo em vista a avaliação que o legislador faz do grau do nível de abuso dessa condição”²⁴³

²⁴²Nesse sentido, RASSI afirma: “Sob esta ótica, busca-se oferecer soluções aos casos práticos de modo a garantir legitimidade com o Direito penal e sua missão de proteção subsidiária a bens jurídicos”.Op. cit., p. 62.

²⁴³Ibid., p. 69.

Na esfera normativa do Código Penal, pode-se propor para fins analíticos uma divisão voltada à teoria do consentimento, de modo a trabalhar a variedade conceitual do vulnerável sob a ótica de sua natureza jurídica, que ora destacar-se-á como capacidade de compreensão, ora como vício do consentimento²⁴⁴

Desse modo, deve-se passar ao estudo da natureza jurídica da vulnerabilidade a fim de se proceder de forma coerente à tipicidade das condutas incriminadas pelo legislador.

4.4 A vulnerabilidade como falta de capacidade de compreensão

Para trabalhar a capacidade de compreensão como forma de vulnerabilidade, se faz necessária uma breve passagem sobre os elementos do consentimento, na qual a capacidade de compreensão será um deles.

Para trabalhar a capacidade de compreensão como forma de vulnerabilidade, se faz necessária uma breve passagem sobre os elementos do consentimento, na qual a capacidade de compreensão será um deles.

De acordo com João Paulo. Martinelli, a validade do consentimento depende dos seguintes fatores: “(1) autonomia para dispor do bem jurídico; (2) consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente; (3) disponibilidade do bem jurídico”²⁴⁵.

Da ausência de consciência das prováveis consequências do ato para o qual consente, surge a figura do vulnerável, de modo que para este o consentimento será considerado inválido. Assim, o autor aponta que não haverá consentimento válido quando faltar discernimento, houver falsa percepção da realidade, coerção ou situação de fragilidade e ausência de opções para supri-la²⁴⁶. Da falta de discernimento, que invalida o consentimento, tem-se a capacidade de compreensão como pressuposto de consentimento válido e eficaz.

Ao analisar a figura de vítima vulnerável utilizada pelo legislador na reforma deflagrada pela Lei n. 12.015/09, percebe-se sua utilização para compor o tipo penal em determinados casos que se denota a falta de capacidade de compreensão.

²⁴⁴Ibid., p. 70.

²⁴⁵ MARTINELLI, op. cit., p. 14.

²⁴⁶ Ibid., p.17.

Assim, como o “consentimento deve ser visto como uma expressão da liberdade geral, inexistente por parte de quem não tem suficiente entendimento do sentido e das consequências do ato sexual”²⁴⁷, tem-se a vulnerabilidade da vítima sob este aspecto.

A vulnerabilidade como falta de capacidade de compreensão abarca os crimes sexuais envolvendo casos de menoridade, de debilidade mental, de enfermidade e de outros modos que impossibilitem o oferecimento de resistência da vítima, causas estas que denotam a ausência de entendimento suficiente por parte da vítima para dotá-la de liberdade de autodeterminação.

A opção legislativa, a fim de minar a questão existente acerca da presunção de violência²⁴⁸, apresenta a vulnerabilidade da vítima como integrante da descrição típica, de modo que, se há alguma presunção atualmente, ela não é de violência, mas sim de vulnerabilidade.

A falta de capacidade de compreensão é utilizada para conferir o *status* de vulnerável no crime de estupro de vulnerável, *caput* e parágrafo primeiro. Neste tipo são abarcadas as causas de vulnerabilidade acima elencadas: menoridade, debilidade mental e outras causas que impossibilitem a resistência da vítima.

Quanto à menoridade de 14 anos, instituída pelo legislador de forma absoluta, a criminalizar a conduta daquele que tiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso diverso com essa qualidade de vítima, parte-se da premissa de que os menores de 14 anos não têm capacidade de compreensão²⁴⁹.

A previsão parece não abrir exceção; todavia, voltar-se à realidade sempre auxilia na tipificação, de modo que, se constatada patente liberdade de autodeterminação da vítima e nítido entendimento do sentido e das consequências do ato sexual, a melhor solução seria afastar a qualidade de vulnerável (uma vez que esta não seria real).

Entretanto, tal relativização encontra alguns óbices insuperáveis. O primeiro dele consiste no fato de que a lei não confere oportunidade de avaliar o caso concreto, de modo que a proteção do menor de 14 anos se posta absoluta.

²⁴⁷ RASSI, op.cit., p. 71.

²⁴⁸ Cf. Discussão do tema em 4.6.

²⁴⁹ Nesse sentido, JOÃO PAULO ORCESI MARTINELLI esclarece que “A falta de discernimento fundamenta a intervenção penal porque o consentimento é concedido sem a reflexão necessária e sem conhecimento dos fatos. Quem não tem maturidade suficiente não pode fazer determinadas opções que possam levar o indivíduo a um prejuízo moral ou material”. Op.cit., p.18.

Para se enfrentar este primeiro obstáculo, poder-se-ia traçar um paralelo da interpretação que se fazia acerca da presunção de violência do antigo art. 224 do CP. Porém, voltar a esta forma de solução seria negar a evolução legislativa que tutela a dignidade sexual em detrimento aos costumes, e que instituiu propositadamente uma qualidade de vítima que se demonstra frequentemente desprovida de proteção, o vulnerável.

A segunda barreira que se coloca na relativização da vulnerabilidade em relação aos menores guarda relação com o motivo pelo qual se deixa considerar vulnerável um menor de 14 anos.

A primeira linha que sustenta referida argumentação traça um paralelo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança o menor de 12 anos e não de 14. Desse modo, o menor entre 12 e 14 anos poderia ter alguma capacidade de compreensão, o que esvaziaria a natureza da vulnerabilidade a ele conferida, e neste compasso, poderia ser relativizada.

É importante destacar que, apesar dos argumentos que sustentem esta linha teórica, parecem apegar da contradição existente entre os diplomas, pois “as leis são autônomas e, portanto, no caso, não têm influência recíproca”²⁵⁰.

Ademais, o Código Penal também não se utilizou do termo “criança”, mas sim menor de 14 anos²⁵¹, de modo que interpretar este claro ponto da lei de maneira diversa pode constituir afronta à legalidade.

Outra motivação que sustenta a relativização é a experiência da vítima em relações sexuais. Muitas são consideradas experientes, não absolutamente inocentes, etc.

Apesar da autoridade dos argumentos nesse sentido, parece que a orientação maior na tutela da dignidade sexual, e incluída nesta tutela as vítimas vulneráveis – que inclusive surgiram quando desta tutela –, é a dignidade da pessoa humana, a impedir qualquer argumento que permita a colocação de um ser humano em uma relação sexual como mero objeto, como se coisa fosse.

A debilidade e enfermidade se traduzem em critérios mais seguros de aferição da vulnerabilidade, uma vez que a constatação é científica. Desse modo, devidamente

²⁵⁰ GRECO e RASSI, *Crimes Contra a Dignidade Sexual...*cit., p.151.

²⁵¹ DELMANTO et al., op. cit., p. 705.

atestada, tem-se a vulnerabilidade da vítima que encontra como natureza a falta de capacidade de compreensão.

A colocação do débil mental em situação de vulnerabilidade também conta com a verificação do abuso existente daquele que prospecta o débil mental pela sua nítida fragilidade, prevalecendo-se da superioridade intelectual.

Nesse sentido, Sequeros Sazatornil discorre:

En el concepto de abuso ha de incluirse no solo toda maquinación ingeniosa o manipulación engañosa de los sentimientos o ideas y delirios del enajenado, sino también el prevalimiento de la superioridad intelectual que las personas normales tienen sobre los deficientes mentales. Esto es, la utilización de la menor capacidad psíquica o intelectual del enajenado para captar su voluntad o hacer inútiles sus negativas, podría subsumirse en el concepto de ‘abuso’”²⁵²

Também a conferir a falta da capacidade de compreensão que sustenta a vulnerabilidade são outros caso em que a vítima não tenha possibilidade de oferecer resistência.

A dificuldade de delimitação deste dispositivo é patente, ao passo que sua inserção no tipo ocorre em nítida intenção de abertura, a fim de garantir maior amplitude ao âmbito de proteção da norma.

Como critério seguro de verificação da vulnerabilidade, nestes casos se apresenta a situação de abuso. Segundo Rassi, com base em Inês Ferreira Leite, “a existência do abuso implica, segundo Leite, em um aproveitamento, por parte do agente, ‘de uma circunstância pré-existente susceptível de colocar a vítima numa situação de fragilidade, para alcançar um objectivo ou conseguir uma prestação de outrem que, de outra forma, nunca aconteceria’”²⁵³.

Dessa forma apresentam-se os tipos penais que consideram a falta de capacidade de compreensão como natureza da vulnerabilidade nos crimes sexuais.

²⁵² SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, El Delito de Violacion: Necesidad de dar cobertura a supuestos especiales, ACTUALIDAD PENAL Publicacion Tecnico-Juridica de Derecho Penal, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1994. Actualidad Penal nº3/17 – 23 enero 1994, p. 48-49. Tradução livre do autor: “No conceito de abuso deve-se incluir não somente toda maquinação engenhosa ou manipulação enganosa dos sentimentos, ideias ou delírios do doente mental, senão também o prevalecimento da superioridade intelectual que as pessoas normais tem sobre os deficientes mentais. Isso é, a utilização da menor capacidade psíquica ou intelectual do doente mental para captar sua vontade ou fazer inúteis suas negativas, poderia subsumir-se no conceito de ‘abuso’”.

²⁵³ RASSI, op. cit., p. 76-77.

Todavia, ainda há casos em que se verifica a capacidade de compreensão da vítima, mas pela situação de abuso e de exploração, é constatada sua situação de vulnerabilidade, de modo que eventual consentimento prestado nesta situação é tido por viciado. Assim, surge uma natureza diversa da vulnerabilidade, sua consideração como vício de consentimento.

4.5 A vulnerabilidade como vício do consentimento

A doutrina penal considera como vícios do consentimento a fraude e a violência (física ou moral). No entanto, ao instituir a vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual, criou-se uma figura *sui generis* de vício de consentimento.

Isso porque, fora os casos em que a vítima vulnerável não tem capacidade de compreensão, o legislador introduziu com a Lei nº 12.015/09 algumas causas de vulnerabilidade que, embora fora do contexto de fraude e violência, invalidam o consentimento.

João Paulo Martinelli afirma que “a vulnerabilidade é capaz de invalidar o consentimento. Diversos fatores podem contribuir para um consentimento forçado, contrário à vontade real do indivíduo”²⁵⁴.

São casos em que a vítima maior de 18 anos, ou maior de 14 anos e menor de 18, com capacidade de discernimento, ainda assim contam com a proteção da lei, que as considerando vulneráveis, e punindo condutas contra elas praticadas, “ainda que com o seu consentimento, desde que tenha havido abuso ou exploração na relação sexual”²⁵⁵.

Essa exegese é feita partindo-se do Aditivo ao Protocolo de Palermo (decreto 5.017/2004), que prevê que o tráfico de pessoas pode ser caracterizado quando haja emprego de violência e grave ameaça, ou ainda em casos em que a vítima esteja em situação de vulnerabilidade²⁵⁶.

²⁵⁴ MARTINELLI, op.cit., p. 18.

²⁵⁵ RASSI, op. cit., p. 82.

²⁵⁶ Art.3º, alínea b, do Decreto 5.017/2004.

A contemplar essa possibilidade, institui-se a figura do vulnerável do art. 218-B, que cuida do favorecimento à prostituição ou outras formas de exploração sexual do vulnerável, aqui compreendido o menor de 18 anos, e o enfermo e o doente mental que não tenham o necessário discernimento para prática do ato.

Nesta esteira, apesar de encontrar-se elencado fora do capítulo próprio destinado ao vulnerável na tutela da dignidade sexual, o art.231 do CP também institui uma modalidade de vulnerável que comporta como natureza o vício do consentimento. Isso ocorre em atendimento ao compromisso internacional firmado pelo Brasil no Aditivo ao Protocolo de Palermo, de modo que o consentimento de vítimas vulneráveis em casos de tráfico de pessoas torna-se inválido, de acordo com a orientação do referido diploma.

Conforme aponta Rassi, surge a dúvida acerca de como “identificar o sentido da vulnerabilidade da vítima que consente com o tráfico, sendo ela maior e capaz, conceito considerado vago e de difícil delimitação”²⁵⁷. A mesma questão é posta como dilema por Alessandra Greco, que aduz:

A questão gira em torno de um dilema: se a pessoa é maior e capaz, qual a legitimidade de o Direito Penal incriminar condutas em face do poder de autodeterminação de cada um e em face da disponibilidade dos direitos individuais?”²⁵⁸

Desta feita, alavanca-se como critério norteador da vulnerabilidade a situação de abuso, onde se verifica um aproveitamento do traficante frente ao traficado²⁵⁹, a fim de conferir segurança na tipificação do delito em comento. Assim, Rassi sintetiza a consideração do Protocolo de Palermo acerca da vulnerabilidade em casos de tráfico de pessoas da seguinte forma:

Considerou o Protocolo – e assim devem ser compreendidos os citados dispositivos penais correspondentes – que o consentimento da pessoa traficada deve ser desconsiderado nos casos em que ela esteja em uma situação de precariedade, podendo facilmente ser submetida à exploração,

²⁵⁷ RASSI, op. cit., p. 84.

²⁵⁸ GRECO, Alessandra Orcesi, Da autocolocação da vítima em risco e o Tráfico de Pessoas. In: *Tráfico de Pessoas...*cit., p.29

²⁵⁹ RASSI discorre com base em Mayordomo Rodrigo: “...o importante é identificar a situação de desigualdade objetiva, entre p traficante e o traficado, havendo o abuso do primeiro. Tal abuso, entendido como aproveitamento da situação de necessidade existente, deve ser provado, não sendo suficiente apenas a demonstração da necessidade em que se encontra a vítima”. Op.cit., p.85.

seja porque tem poucas defesas, seja porque não possui meios para exercê-las. A vulnerabilidade, portanto, poderá ser social, especialmente a econômica, e a psicológica. É bem de ver que a entrega ou aceitação de vantagem para obter o consentimento de uma pessoa não deixa de ser expressão de vulnerabilidade da vítima, em confronto com o poder econômico do agente²⁶⁰.

Alessandra Greco, por seu turno, afirma que “tal proteção pessoal é legítima, na medida em que a vítima, ainda que não na situação de incapacidade, apresenta alguma fragilidade especial que a expõe mais facilmente à ação de pessoas ou grupos que, aproveitando-se dessa situação, auferem vantagens”²⁶¹.

Pode-se afirmar, portanto, que a colocação da vulnerabilidade como vício do consentimento dá azo ao surgimento de uma condição de vulnerabilidade que fundamenta a própria existência do crime. Sobre a vulnerabilidade como fundamento do próprio crime, prossegue a autora:

Ademais, há crimes em que a condição de vulnerabilidade da vítima fundamenta a própria existência do crime, como o tráfico de pessoas, seja para trabalho escravo ou análogo, seja para a exploração sexual²⁶².

Deste modo, apresenta-se esta outra forma de vulnerabilidade consistente em causa de vício de consentimento.

4.6 A presunção de violência e a vítima vulnerável nos crimes contra a dignidade sexual

Com a vigência da Lei nº. 12.015/09, pretendeu-se por fim à extensa discussão acerca da presunção de violência que marcadamente permeava as discussões no âmbito dos crimes sexuais.

Isso porque, antes dessa lei que introduziu a dignidade sexual em substituição à tutela jurídica dada aos costumes, a redação do Código Penal previa nas disposições

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ GRECO, op. cit., p.29

²⁶² Ibid.

gerais dos crimes contra os costumes, em seu artigo 224, a presunção da violência com base na qualidade das vítimas, com a seguinte redação:

Presunção de violência

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

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

Uma primeira indagação sobre o tema pairava acerca da constitucionalidade do dispositivo. Havia o entendimento de que a norma seria inconstitucional porque não se poderia haver presunção em matéria penal.

Um ponto a ser considerado é se a instituição da presunção de violência consistiria, por si só, em ofensa à culpabilidade. Ao analisar a violência presumida em casos envolvendo menores de 14 anos, Kronenberg Hartmann aborda a questão sob o seguinte prisma:

Em realidade, o que surgiu foi somente uma presunção de violência do ato, decorrente da incapacidade do menor em consentir na prática de atos sexuais, e não uma presunção da culpabilidade do autor, como é sustentado por estes doutrinadores.²⁶³

Em que pesem argumentos existentes, fato é que a inconstitucionalidade do texto não foi reconhecida, sendo, portanto, superada a questão.

Desse modo, restava a questão acerca do caráter da presunção de violência insculpada na lei; se seria absoluta (*iuris et de iure*) ou relativa (*iuris tantum*).

A presunção de violência, como ocorria no ponto legislativo em comento, decorre de uma ficção jurídica que toma por base qualidades e condições de vítimas, de modo a adequar tipicamente o comportamento em face destas vítimas, ainda que não imbuídos de violência física ou moral.²⁶⁴

Nas palavras de Magalhães Noronha, “tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima, e, como sói acontecer, maior se torna então a

²⁶³HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Responsabilidade Penal Objetiva e a Presunção de Violência. *Revista da UMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 6, n.21, 2003, p. 208.

²⁶⁴RASSI, João Daniel. Novas perspectivas acerca da presunção de violência nos crimes sexuais. *REVIJUR*, Campo Grande, ano X, n. 11, 2009, p. 32-33.

defesa pública, através de lei, onde a defesa particular existe ou é por demais precária”²⁶⁵

Como se vê, esse raciocínio desponta a desconsiderar a existência de consentimento a determinadas vítimas. No entanto, a crítica que comporta o referido raciocínio reside no fato de que há casos em que não se trata exatamente da ausência de consentimento, em sentido naturalístico, mas sim na ausência de consentimento válido. Nesse sentido, continua o citado autor concluindo, com fundamento em Nelson Hungria:

A teoria tem sido bastante criticada, já que não se pode afirmar que falta o consentimento em se tratando de impúberes ou dementes. O consentimento, em sentido naturalístico, pode existir, e, na maioria dos casos, existe, embora não seja juridicamente válido²⁶⁶

Pode-se depreender, portanto, que a presunção de violência surge como um sistema,²⁶⁷ a considerar típica a conduta em casos que falte a capacidade de resistência ou que ausente o consentimento válido.

Em uma primeira leitura do texto legal, e inclusive voltando-se os olhos ao espírito da lei, ter-se-ia que a presunção de violência nos crimes sexuais seria de caráter absoluto. Conforme assevera Luiz Flávio Gomes,

Se a exposição de Motivos que acompanhou o Código penal de 1940 fosse concebida como interpretação autêntica, que na realidade não é, não haveria dúvida de que a presunção de violência contida no art.224 do CP ...seria pela doutrina e jurisprudência majoritárias como de natureza absoluta, isto é, *iuris et de iure*, sem nenhuma possibilidade de prova em sentido contrário²⁶⁸

Isso porque, a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código penal dispõe que

²⁶⁵ MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Direito penal*. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, v. 3, p. 212.

²⁶⁶ HUNGRIA apud DA COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Editora DPJ, 2007, p. 726.

²⁶⁷ GOMES aponta dois sistemas para tutela penal em casos de abuso, sendo eles a presunção de violência e a equiparação à violência a falta de consentimento válido, e é o primeiro sistema a ser utilizado na legislação de 1940 antes da reforma pela lei 12.015/09. *Norma e bem jurídico no Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

²⁶⁸ Ibid., p. 15-16

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *inocência consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inconsciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. [...] Estendendo a presunção de violência nos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubiea dem ratio, ibia dem dispositio*.

A principal sustentação desta linha teórica, utilizando-se das palavras de Rassi, seria “a concepção positivista-legalista de que o legislador não deixou ao critério do aplicador da lei a aferição, em cada caso, da maturidade do menor, pouco importando suas condições individuais, sequer a prévia experiência sexual, mesmo sendo leviana”²⁶⁹

Nessa esteira, não cabe ao legislador apreciar as condições em que se deram as relações sexuais e conjugar elementos de modo a afastar a tipicidade, uma vez que a lei assim não permite. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “o juiz não estaria autorizado a rever ou questionar a idade (de catorze anos) estabelecida pelo legislador”²⁷⁰

Ao carrear uma coletânea de julgados no sentido de que a presunção de violência seria absoluta, o autor aponta os principais argumentos que sustentam essa linha: “o consentimento da ofendida e sua experiência anterior não destituem a tipicidade de tal fato criminoso” (STF, relator Min. Antonio Neder, RTJ 68/735); “Inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantenha coito carnal com menor de 14 anos, sob a alegação de ter sido por ela provocado e incitado para o ato. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, a menor merece toda a proteção legal” (TJSP, relator Des. Carlos Ortiz, RT 444/296); “A levianidade de uma menor de catorze anos não autoriza ninguém a dela se aproveitar, satisfazendo seus instintos sexuais. Sua imaturidade para consentir em ato de tal relevo para sua vida torna criminosa a ação, pela qual seu autor responde penalmente” (TJSP, Rel. Des. Thomaz Carvalhal, RT 348/81)²⁷¹

Desse modo, o conflito de valores existentes estaria apto a justificar a existência da presunção de violência na legislação, a fim de alçar determinados valores a serem colididos com outros de magnitude já consagrada. No entanto, a fim de garantir coerência ao instituto, deve-se permitir sua relativização, ou melhor, deve

²⁶⁹RASSI, João Daniel, *Novas perspectivas...cit.*, p. 36.

²⁷⁰GOMES, op. cit., p. 20.

²⁷¹Ibid., p. 21.

comportar a possibilidade de um suposto autor de um crime com violência presumida comprove a ausência de vício em seu comportamento.

Nesse prisma, surge a corrente que adotava a presunção de violência relativa (*iuris tantum*) nos crimes sexuais.

A relativização da presunção de violência surge em um primeiro momento como uma necessidade imperiosa de se aproximar o instituto da presunção da violência com a realidade, tarefa de difícil demonstração.

Fragoso já discorria, ao criticar o instituto da presunção de violência, que esta deveria “desaparecer da lei, pois dá lugar a soluções injustas, não tendo correspondências, por vezes, na realidade”²⁷²

Também invocando aspectos cotidianos que reclamam uma presunção de violência relativa, Paulo José da Costa Jr. afirma que o agente deve conhecer a situação de debilidade mental da vítima:

Isto porque, muitos dos casos de doença mental passam despercebidos aos leigos. Outras causas, transitórias ou permanentes (art.224, c), poderão igualmente determinar a incapacidade de resistência por parte da vítima: enfermidade, paralisia, idade avançada, embriaguez, desmaio, ingestão de entorpecentes, soporíferos ou anestésicos, etc. A presunção é sempre relativa, admitindo prova em contrário.²⁷³

Os ensinamentos de Nelson Hungria são no sentido de que:

Segundo justamente opina Magalhães Noronha, a presunção estabelecida na letra a) do art.224 não é absoluta, mas relativa. É decisivo em tal sentido o elemento histórico.²⁷⁴

Desse modo, a sustentação de que o caráter da presunção de violência é relativo, além de trazer proximidade à realidade, conforma a intransigência com um modelo que não admite prova em contrário.

Nesse sentido, Magalhães Noronha faz crítica aos adeptos da presunção de violência absoluta, ao afirmar que “Os que se batem pela presunção absoluta devem

²⁷²FRAGOSO, Cláudio Heleno.

²⁷³DA COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal Comentado...*cit., p. 727.

²⁷⁴HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.VIII, p. 239-240.

lembrar-se que, mesmo entre os práticos, os mais severos, se admitia a prova em contrário”²⁷⁵

A controvérsia sobre a natureza absoluta ou relativa da presunção de violência não se encerrou apenas em aspectos dogmáticos. A atividade jurisdicional pátria demonstra que, ao contrário do que muitos afirmam²⁷⁶, a questão nunca foi pacificada, de modo que até mesmo hoje, com vigência de outra lei, os julgados inerentes à lei antiga ainda despertam acalorados debates.

A jurisprudência sobre o tema é vasta. A fim de demonstrar a controvérsia existente, passa-se a análise de alguns paradigmas que são recorrentemente utilizados a firmar os posicionamentos tanto pelo caráter absoluto quanto pelo relativo da presunção de violência.

Uma das primeiras tomadas de posição do Supremo Tribunal Federal foi marcada por acórdão polêmico que revestem decisões tomadas até os dias atuais.

Trata-se do *habeas corpus* 73.662-MG, da 2ª Turma, que, em 1996, em julgado não unânime de relatoria da lavra do Ministro Marco Aurélio de Mello, no qual foi concedida a ordem para absolver acusado do crime de estupro com violência presumida, utilizando-se da relativização do instituto sob os seguintes fundamentos:

A presunção de violência prevista no art.224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação dos 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 pela dessemelhança. 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.[...] 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 consequências que lhes podem advir.[...]. Portanto, é de se ver que já não socorrem à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida

²⁷⁵ MAGALHÃES NORONHA, op. cit., p. 226.

²⁷⁶ Apesar de em determinados momentos haver uma posição predominante, o tema persiste em constante alteração.

pelo 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?. De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento, e, à medida 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 às 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 reconhecimento no seu depoimento e era de conhecimento público*” (grifo nosso).[...] Por outro lado, destacou o Min. Carlos Velloso: “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 de 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. [...]. 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. [...] O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o 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 da imaturidade. Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, elas tentariam se defender, parece moça austera, circumspecta.

Apesar de ser objeto de severas críticas, referido julgado serviu durante muito tempo de sustentação de ambas as teses, aqueles que defendem o caráter relativo perfilam-se ao entendimento do relator Marco Aurélio, e os que são pelo caráter absoluto trataram de desenvolver tese paralela aos votos vencidos que foram declarados pelos Ministros Nery da Silveira e Carlos Velloso.

Apesar do paradigmático julgado, isso não significa pacificação sobre o tema. A cisão sobre o tema se reflete na divisão de posicionamento que marcou durante muito tempo o Superior Tribunal de Justiça. As duas turmas competentes à apreciação de matéria penal, quinta e sexta turmas, adotavam posicionamento antagônico.

Enquanto a quinta turma empolgava julgados pela presunção de violência relativa, a sexta sustentava o caráter absoluto.

E assim foi durante até quase os dias de hoje, quando em julgado paradigmático de relatoria da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, nos autos de embargos de divergência em recurso especial, a 3ª Seção se posicionou, por maioria de votos, pelo caráter relativo. O voto condutor possui o seguinte fundamento:

...o tema relativo á 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 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 idéia de presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado. (...)

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 (...) Destarte, 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 tem 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 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.*

(...)

Vencidos os Ministros Gilson Dipp, Sebastião Reis Junior e Laurita Vaz, os dois primeiros apresentaram voto-vista e a última acompanhou o voto do primeiro Ministro.

A sustentar sua tese pela presunção absoluta de violência, Gilson Dipp apresentou os seguintes fundamentos:

...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 a 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, costumadamente 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 invariavelmente ressaltam 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 expresso de criminalização prescrito na Constituição no art. 227, §4º, deve ser interpretada como absoluto rigor de modo a lograr a mais completa efetividade desse valor constitucional. [...] 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 dos menores. 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 da tipicidade.

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.

Sebastião Reis Júnior, por sua vez, fundamentou-se na necessidade de uniformização de entendimento, a fim de gerar segurança jurídica, exarando voto-vista nos seguinte termos:

Considerando, portanto, que a vinculação ao precedente é fundamental para que a 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 pessoa, acompanho a divergência instaurada pelo Ministro Gilson Dipp.

Ao afastar os argumentos vencedores e coadunar-se com o entendimento vencido, Pedro Henrique Demercian pontua a necessidade de não excluir da proteção penal os desfavorecidos na ordem social, sendo de rigor a proteção dos mais carentes e hipossuficientes para garantir a dignidade:

...não se pode esquecer que quem vive em situação de penúria, sem estrutura familiar sólida, bem sempre pode desenvolver o sentimento de recato que a convivência familiar propicia. Esse estado de pobreza – e a notória situação irregular das adolescentes – poderia justificar sua adesão às propostas libidinosas.

Bem por isso, o conceito de pudor não pode ser formulado com abstração do ambiente a que está exposta a jovem. Não é curial ampliar a desdita da vítima negando o potencial de corrupção ínsito ao comportamento dos agressores, que normalmente são homens feitos e experientes. (...) Excluir da incidência do tipo em apreço moças que não têm família nem lar bem formado importa subtração do próprio fim que o legitima. Afinal que não tem o apoio dos familiares nem pôde desenvolver critérios para sua própria proteção, só pode contar com a força tutelar do Estado, ao qual a Constituição da República impõe o dever de assegurar ao adolescente o direito á dignidade e à preservação contra toda forma de exploração (CF, art.227, *caput*).²⁷⁷

Desse modo, tem-se que os principais argumentos a sustentar a presunção absoluta guardam relação com a dignidade, valor fundamental do Estado a justificar a atuação do Direito penal. E ao tutelar a sexualidade humana com vistas ao próprio conceito de dignidade, está-se a impedir a coisificação do ser humano, a sua utilização como mero meio na relação sexual, mormente aqueles que apresentam maior fragilidade, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes.

Ao abordar a dignidade e respeito de crianças e adolescentes, Martha de Toledo Machado afirma que

a dignidade, no sentido lato, poderia ser vista um dos valores tutelados pela lei penal, nos chamados crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Num plano mais geral, o desvalor que a lei reprova nas figuras de abuso sexual – como no estupro ou no atentado violento ao pudor – é a redução da criança ou do adolescente a meio, a instrumento da lascívia do agente; a vítima desprezada nos seus atributos humanos mais essenciais, relacionados ao respeito que a peculiar condição de crianças e adolescentes demanda.²⁷⁸

²⁷⁷ Artigo publicado no site da Associação Paulista do Ministério Público sob o domínio 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

²⁷⁸ MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no Direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2008, p. 142-143.

E ao final, a autora pontua a relevância da atividade jurisdicional a fim de consagrar a tutela neste âmbito da dignidade:

Em suma, há uma lesividade penal específica nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes e essa lesividade específica condiciona a atividade estatal de conformação da lei penal e a atividade estatal de sua aplicação, ou seja, condiciona as instâncias de persecução e o Poder Jurisdicional na interpretação da lei penal.²⁷⁹

Em retomada de posicionamento, atualmente o Supremo Tribunal Federal adota entendimento diverso de outrora: em casos de crimes sexuais cometidos antes da vigência da Lei nº 12.015/09, o caráter da presunção de violência é absoluto, o que vem sido reiteradamente decidido pela Suprema Corte de forma unânime, conforme se expõe no paradigma ora elencado, consistente no julgamento do *Habeas Corpus* 105.558/PR, de relatoria da Ministra Rosa Weber, onde são citados também os precedentes HC 97052/PR e HC 14.12.2010, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, bem como HC 101456, de relatoria do Ministro Eros Grau:

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 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.

Como se vê, não foi ao acaso que a reforma ocorrida com a Lei nº. 12.015/09 excluiu do texto legal a presunção de violência.

Fato é que a Lei nº. 12.015/09 tinha (e tem, porque ainda em vigor) o escopo de dirimir questões existentes sobre a constitucionalidade da presunção de violência, bem como se a presunção seria absoluta ou relativa.

Com a introdução do vulnerável como uma qualidade de vítima a compor inclusive elemento do tipo em alguns crimes contra a dignidade sexual, ousa-se afirmar que a nova redação tem o objetivo de por fim às especulações instaladas desde então nessa seara, para se utilizar da vulnerabilidade como critério definitivo, a minar qualquer hipótese de validade de consentimento.

²⁷⁹Ibid., p. 144-145.

Conforme se apontou, sob o viés constitucional, não resta dúvida acerca da legitimidade do novo texto, pois ao aproximar a dignidade sexual da dignidade da pessoa humana, sendo esta o fundamento do nosso Estado, a magnitude do bem jurídico tutelado se demonstra incontroversa.

Ademais, a introdução do vulnerável do Código Penal, também conforme já explanado, guarda relação estreita com mandado de criminalização, de modo que a figura além de ser incontroversamente constitucional ainda evita a deficiência na proteção do bem jurídico, garantindo-se a proporcionalidade positiva que esta esfera demanda.

A dificuldade, no entanto, se instala na indagação de se a referida reforma legislativa colocou fim à discussão acerca do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência.

Caso se observe estritamente o texto legal, poder-se-ia dizer que não há mais presunção de violência. Primeiro, porque o próprio *nomem iuris* foi derogado não havendo mais menção expressa sob a rubrica “presunção de violência”, e segundo porque os dispositivos legais que envolvem os vulneráveis – figura esta que de sua análise conceitual pode-se depreender ser equiparada às vítimas passíveis de violência presumida na legislação revogada – traz a criminalização expressa de condutas em face das vítimas vulneráveis, não se abrindo margem no texto da lei para interpretar acerca de haver ou não a presunção de violência, bem como se esta presunção teria caráter absoluto ou relativo.

Ao tecer crítica ao abandono da regra da presunção legal de violência, José João Leal e Rodrigo José Leal afirmam que

A experiência demonstra que certas pessoas (crianças até uma certa idade) não possuem capacidade psíquica de entender o caráter lascivo para manifestar a sua livre anuência ao ato libidinoso a ser praticado e que outras (doentes mentais em geral) não possuem sequer condições de normalidade psíquica para querer e desejar livremente a prática de relação sexual com alguém. A experiência demonstra, também, que há pessoas incapazes fisicamente (seja a incapacidade momentânea ou permanente) de resistir a eventuais atentados a sua liberdade sexual.²⁸⁰

Como o assunto é relativamente novo, pois a reforma é de 2009, ainda não se sabe ao certo quais caminhos serão seguidos. Pela apreciação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, pode-se afirmar que existe a vontade de se interpretar o

²⁸⁰LEAL e LEAL, op. cit., p. 27-28.

dispositivo com aproximação da presunção de violência absoluta. A Ministra Rosa Weber no julgado acima comentado, Habeas Corpus nº 105558/PR, ao tratar do texto dado pela Lei nº 12.015/09, já fez alusão de que tipicidade das condutas contra os vulneráveis põe fim à questão:

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 libidinosos com menor de 14 anos.

No Superior Tribunal de Justiça, embora vencido, o Ministro Gilson Dipp, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634/SP, apresenta linha de argumento que coaduna com os preceitos da reforma, e já adiantou seu posicionamento acerca da nova lei, que ora se repete:

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, 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.

Nos tribunais estaduais, destacam-se decisões antagônicas do Tribunal de Justiça de São Paulo, a demonstrar a premência de pacificação de entendimento nesta seara. Em julgamento de Apelação Criminal nº 0009073-16.2010.8.26.0270, a 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestou-se pela presunção de violência absoluta na redação dada ao estupro de vulnerável pela Lei nº 12.015/09, na esteira do voto condutor de relatoria do Desembargador Luis Soares de Mello, do qual se destacam os seguintes fundamentos:

mesmo antes do advento da L.12.015/09, a jurisprudência já entendia que é absoluta a presunção de violência na prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menores de 14 anos de idade

Assim, observa-se que, mesmo apreciando casos similares sob a incidência da legislação pretérita, nossos Tribunais Superiores já reconheciam o caráter absoluto da presunção de violência.

E a redação conferida ao art.217-A do Código Penal pela L.12.015/09, muito mais enxuta e objetiva que a redação original Estatuto Repressivo, não deixa margem à dúvidas ou questionamentos, pois requer, para a caracterização do delito, apenas e tão somente a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Ou seja, a legislação vigente desconsidera quaisquer questionamentos acerca do comportamento da vítima, encerrando controvérsias suscitadas antes da reforma do capítulo do Cód. Penal

dedicado aos crimes sexuais. [...]Fixada essa premissa, a análise do caso concreto comporta uma breve análise acerca da situação particular da vítima nesses autos.

Ao contrário do que sustenta a defesa, a experiência sexual pretérita da vítima, bem como o histórico de abusos sexuais contra ela praticados pelo seu próprio pai – devidamente registrados nos autos – não constituem óbice a que lhe seja reconhecida a condição de vítima em crimes contra a dignidade sexual. Ao contrário. Tal circunstância caracteriza, na verdade, uma dupla vulnerabilidade da vítima, decorrente, em primeiro lugar, da simples condição de menor de 14 anos à época dos fatos e, ainda, do abuso incestuoso que sofreu e das sequelas psicológicas daí remanescentes – reconhecendo que ninguém passaria incólume por tal situação.

De forma que não é possível, nem justo, negar o reconhecimento à dignidade sexual da vítima, estigmatizando-a ao decretar que não há dignidade sexual a ser protegida, com fundamento em situações pretéritas em que foi também vítima”.

Com esta decisão, coloca-se a questão da vulnerabilidade da vítima como critério absoluto utilizado pelo legislador para resolver a antiga controvérsia existente nos crimes sexuais quanto ao caráter da presunção. Define-se, outrossim, que a exclusão, ou desamparo, social da vítima não pode afastar a incidência penal, sob pena de instituir-se uma dupla vitimização, e negar à vítima a dignidade sexual da qual é detentora.

Sob outro prisma, a 16ª Câmara Criminal do mesmo Tribunal, em acórdão da lavra de Souza Nucci que julgou a apelação criminal nº 990.10.042955-8, reafirma a permanência da controvérsia com a redação dada pela Lei 12.015/09, a qual apenas descola o debate para a relativização da vulnerabilidade da vítima, do qual destacam-se as seguintes colocações:

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, ser absoluta, como regra, a presunção de vulnerabilidade tão somente em relação às crianças, ou seja, aos menores de 12 anos. Ao contrário, é possível discutir-se a relativização da vulnerabilidade em se tratando de adolescentes (maiores de 12 anos).”.

Desse modo, lança-se o entendimento de relativização com amparo normativo; ou seja, se o Estatuto da Criança e do Adolescente acaba por diferenciar a

maturidade de menores de 12 anos, fixa-se esta idade como um marco relevante para a proteção do menor.

Contrariando o diploma protetivo próprio da criança e do adolescente, o Código Penal estipula de forma absoluta a violência nas condutas sexuais que envolvam menores de 14 anos, negando o critério lá utilizado.

Quanto à discrepância existente entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código penal, Alessandra Greco e Rassi discorrem:

“O §1º institui as situações equivalentes à menoridade inferior a 14 anos, ou seja, a incapacidade de resistência e a vítima 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. Essa causa pode ser permanente ou transitória, pode ser induzida ou criada pelo agente ou pode ser inerente à condição de pessoa. Essas situações são também de vulnerabilidade no sentido legal, daí a equiparação das figuras. As alterações do Código, mantendo a idade de 14 anos, não acompanharam o conceito de criança do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual a idade da criança vai somente até 12 anos. As leis são autônomas e, portanto, no caso, não têm influência recíproca”²⁸¹

Sobre o assunto, João José Leal e Rodrigo José Leal afirmam que

“O Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa até os 12 anos de idade, mas o CP estende a proteção penal integral, também, aos adolescentes menores de 14 anos. Pelo conteúdo formal da norma, a liberdade sexual desses seres ainda em formação é assegurada de modo absoluto e sem exceções”²⁸².

Evidentemente, a fim de conferir coesão ao sistema jurídico pátrio e evitar contradições, até mesmo porque o direito não admite contradição lógica, deveria o legislativo atentar-se para igualar a idade nos diplomas. A idade de 14 anos não se impõe por critério aleatório. Além se considerar a *inocentia consilli*, há observância em termos da legislação mundial que adota os 14 anos por predominância.

²⁸¹GRECO e RASSI, op. cit.,p.151.

²⁸²LEAL e LEAL, op. cit.,p.30.

Isso pode ser verificado no relato de Magalhães Noronha quanto à estipulação de violência presumida em face de menor de 14 anos, conforme ocorria na legislação antes da vigência da Lei 12.015/09:

Tomou o Código como critério, no primeiro caso, a menoridade de quatorze anos. A fixação de um limite de idade tem sido norma geralmente seguida pelas legislações, embora variando esse limite. O Código Italiano passado adotou o de doze anos e o atual fixa em quatorze. A lei espanhola presume a violência quando a vítima for menor de doze anos, igual critério seguindo também o atual Código argentino. [...] O Código Penal soviético esposou critério da maturidade sexual, punindo as relações carnavais com a vítima que ainda a não atingiu. [...] Nossa lei, como se vê, seguiu a grande maioria das legislações, marcando um limite abaixo do qual não aceita a adesão ou o consentimento do menor, tendo-o antes como violentado pelo sujeito ativo do crime. ”²⁸³

Com base na investigação que ora se faz do tema, a fim de se poder concluir em futuro próximo qual seria o caminho mais adequado a se percorrer, não se pode olvidar que a *novatio legis* trouxe uma nova perspectiva ao assunto.

O fato de não haver mais a figura da presunção de violência não pode ser ignorado; o legislador houve por bem abolir do texto legal esta figura.

Esta exclusão elimina expressamente a problemática de presunção em matéria penal. O que se tem hoje não é mais presunção, mas a tipificação de uma conduta, o que não elimina a análise de prova em contrário e avaliação de tipicidade material da conduta; todavia, estas atividades não se tratam de relativização, mas tão-somente de avaliação da tipicidade.

²⁸³MAGALHÃES NORONHA, op.cit., p. 213.

5 CONCLUSÕES

A lei n. 10.015/09 reformou a parte dos crimes sexuais do Código Penal brasileiro, que passou a prever os crimes contra a dignidade sexual, revogando-se as antigas disposições que tratavam dos crimes contra os costumes.

A *novatio legis* introduziu no Código Penal a figura do vulnerável como sendo uma vítima específica que se apresenta como elemento constitutivo do tipo em determinados crimes contra a dignidade sexual.

A reforma legislativa empreendida é fruto de tendência normativa no âmbito transnacional e decorre de compromisso firmado pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Para compreender a opção do legislador na tutela do vulnerável, verificou-se a análise da tutela penal da sexualidade humana.

A tutela penal da sexualidade humana guarda estreita relação cultural, consuetudinária e axiológica da sociedade que a preconiza, correspondendo diferentemente às influências multiculturais.

Devido aos vínculos sociais inerentes à sexualidade humana, o Direito penal moderno influenciou no caráter expansionista que adquiriu o Direito penal sexual nos últimos tempos, fruto de um Direito penal de emergência.

Também decorrente da notória influência social que permeia o tema, o Direito penal sexual encontra-se inevitavelmente atrelado a certa carga moral. Apesar disso, o Direito penal sexual deve impor limites intransponíveis à moral, a fim de se evitar um viés paternalista censurável no tratamento do assunto.

Sob este prisma, percebe-se a evolução do Direito penal voltado à valoração da situação e do comportamento da vítima, o que levou ao enfrentamento da questão do consentimento.

A análise do consentimento parte do conceito de bem jurídico envolvido nos crimes sexuais para, a partir de então, se estabelecer as justificativas da repressão penal nesta seara.

O bem jurídico deve orientar o ordenamento jurídico penal como um todo, sendo a sua lesão o fundamento legítimo do Direito penal.

Diversas teorias trataram e tratam o bem jurídico como elemento fundamentador do Direito penal, umas acolhendo-o, outras afastando-o.

Na esteira destas reflexões, para o desenvolvimento do Direito penal no seio de um Estado Social e Democrático de Direito deve haver lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem jurídico.

A maior dificuldade do âmbito de proteção penal recai sobre os bens jurídicos suoprindividuais, cuja lesão afeta a sociedade como um todo. Isso porque, apesar de sensível quando de sua afetação, o bem jurídico suoprindividual apresenta contorno indefinido, o que dificulta a atuação efetiva do Direito penal nos clássicos moldes que é apresentado.

A proteção efetiva de bens jurídicos pelo Direito penal reclama uma releitura de determinados princípios, sob pena de se ter uma proteção deficiente por parte do Estado.

Conciliar a efetividade do Direito penal e a consagração de seus princípios fundamentais é a dificultosa – porém possível – tarefa nesta senda; apesar da necessidade de proteção penal, existe uma pauta mínima de direitos humanos a ser seguida.

A dignidade sexual desponta como bem jurídico de suma relevância e de dificuldade de proteção penal. A colocação da dignidade sexual como bem jurídico tutelado nos crimes sexuais pressupõe o abandono de um molde voltado aos aspectos morais para dar lugar à proteção do homem na vertente mais importante em nosso ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade sexual pode abarcar diversos conceitos, sempre voltado à liberdade de autodeterminação sexual, com respeito à dignidade dos indivíduos envolvidos na relação, o que compreende a proteção conferida às vítimas vulneráveis.

Sua inserção no ordenamento jurídico reflete observância às responsabilidades sociais traçadas e determinadas pelo texto constitucional.

Diante do elemento “liberdade”, envolvido na proteção penal da sexualidade humana, passou-se à análise do consentimento, uma vez que o dissenso é a base dos crimes sexuais. O consentimento oferece diretrizes para o enfrentamento da vulnerabilidade.

A primeira diretriz que o consentimento oferece consiste na consideração e valorização da vítima no Direito penal. Assim como o dissenso é a base do crime sexual, o comportamento da vítima é a base da teoria do consentimento.

A consideração da vítima pelo Direito penal institui uma nova perspectiva do fenômeno criminal, que abandona a antiga concepção delito-delinquente-pena para observar a relação delinquente-vítima.

É nesta nova concepção que se move o Direito penal para considerar a peculiaridade de determinados grupos de vítimas, como ocorre na criminalização de condutas em face de vulneráveis.

O consentimento também oferece como diretriz a análise de sua natureza jurídica; podendo ser ora visto como elemento a obstar a tipicidade, ora visto como causa justificante.

O consentimento como atipicidade não pode prescindir da disponibilidade do bem jurídico tutelado, que não deve ser lesado para sua constatação. Enquanto causa de justificação, o consentimento pode ser avaliado ainda que haja lesão ao bem jurídico tutelado, porém, deve haver uma renúncia a este bem jurídico, com base na autodeterminação individual, que decorre de vontade juridicamente válida.

A validade do consentimento passa pelo crivo dos pressupostos de eficácia do consentimento justificante, daí a relevância de sua análise.

Só há consentimento eficaz quando este existe inequivocamente e é manifestado, de modo que a ausência de manifestação poderá ensejar a presunção do consentimento quando não for possível a manifestação ou houver perigo na demora.

A criminalização de condutas em face de vítimas vulneráveis consiste em obrigatoriedade do Estado frente à existência de mandado explícito de criminalização (decorrentes da própria Constituição Federal e da observância a tratado).

A existência de mandados de criminalização não é pacífica; no entanto, uma leitura estritamente constitucional do Direito penal, bem como a adoção da teoria do bem jurídico, parecem abarcar a ideia de que em determinadas situações o Estado se vê obrigado a recorrer ao Direito penal.

Além da observância aos mandados, tem-se que a vulnerabilidade aproxima a dignidade da pessoa humana para a tutela penal, de escopo eminentemente constitucional, e que constitui cerne de direitos humanos do nosso Estado.

A aproximação da dignidade da pessoa humana justifica a presunção absoluta de vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual em que estas vítimas constituam o tipo.

A uma, porque a dignidade da pessoa humana constitui fundamento maior do nosso Estado, servindo, inclusive, como orientador aos demais princípios, o que exige uma abordagem diferenciada. A duas, porque ao arrimar a dignidade sexual, a dignidade da pessoa humana afasta qualquer forma de exploração e abuso, impedido a colocação do homem como mero objeto nas relações sociais e, portanto, sua coisificação.

A dignidade é única aos seres humanos, e serve para distingui-los, fornecendo, também, autonomia da vontade, atributo de seres racionais, e deve vincular de forma imperativa quaisquer órgãos, atividades e funções estatais, porque faz considerar aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que lhe atente.

Desse modo, aponta-se o tratamento conferido às vítimas vulneráveis nos crimes contra a dignidade sexual do Código Penal brasileiro como uma forma de o Estado garantir a dignidade da pessoa humana.

Assente que os vulneráveis são merecedores de tutela penal diferenciada, é necessário identifica-los diante da polissemia conceitual que abrange na previsão legislativa.

A vítima vulnerável sempre se apresentará desta maneira ou porque lhe falta capacidade de compreensão, ou porque a situação em que se encontra vicia eventual consentimento oferecido.

A interpretação da vulnerabilidade guarda estreita relação com a interpretação que se dava à presunção de violência normativa.

A questão de alta indagação que se apresenta toca à possibilidade de interpretar a vulnerabilidade como sendo relativa, traçando-se um paralelo com a presunção de violência relativa, que predominou durante muito tempo na doutrina e na jurisprudência.

Em que pese a possibilidade de se fazer a mesma exegese que se fazia para relativizar a vulnerabilidade, esta não se demonstra adequada.

A vulnerabilidade afastou do texto legal a figura da presunção, motivo que por si só já teria o condão de minar a questão, e surge como correspondência da dignidade da pessoa humana nos crimes contra a dignidade sexual.

Sua relativização importa, necessariamente, no aumento da desdita da vítima, a provocar um seletivo Direito penal com viés a desproteger os menos favorecidos.

A constatação da vulnerabilidade real não importa em relativização de seu conceito, mas sim de adequação à realidade, em momento posterior, com base empírica e fundamentação idônea, que não acabe por violar a dignidade da pessoa humana, fator orientador da reforma instituída.

Apesar dos tribunais superiores não terem enfrentado ainda diretamente a questão, há clara tendência ao reconhecimento do caráter absoluto da vulnerabilidade nos julgados de presunção de violência da lei antiga.

Até o presente momento, para sustentar a relativização da vulnerabilidade, os argumentos apontam uma faceta preconceituosa, de arbitrária exclusão social, a ignorar a dignidade da pessoa humana, que, como visto, legitima a proteção penal conferida aos vulneráveis.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 209, v. 17, 2010, p. 8-9.

ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 103, 2008, p. 277-299.

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da(orgs.) *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2.ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 473-491.

BAPTISTA, Mirian Pereira. *Vitimologia*. 1997. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997.

BEREGER, Enrique Orts; RODRÍGUEZ, Carlos Suárez-Mira. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

BERISTAIN, Antonio. *Derecho penal, criminología y victimología*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BOIX REIG, Javier; BERENGUER, Enrique Orts. Consideraciones sobre los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n.11, volumes 7/8, 2002, p. 145-174.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, out/dez. 2010, p. 86.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; PIJOAN, Elena Larauri. *Victimología: presente e futuro*. Barcelona: PPU, 1993.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “victimodogmatica” em la teoria del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 25, , jan-mar 1999, p. 23-57

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CORRÊA, André L. Costa, Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; DO AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (orgs.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: LEX Editora S.A, 2005, p.115-123.

CORTÊS, António. O princípio da dignidade humana em Kant. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 81, 2005. p. 601-63

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo no Direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, J.. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. I.

DA COSTA JR., Paulo José, DA COSTA, Fernando José. *Curso de direito constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DA COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Editora DPJ, 2007.

DA COSTA JR., Paulo José, DA COSTA, Fernando José. *Curso de Direito penal*. 12ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DE CARVALHO, Marcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do Direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

DE LANZA, Suzana Montoza. *Programas de assistência a vítimas de delitos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, jan-mar 2001, p. 203-216

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do Direito*. 5ª Ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

DELMANTO, Roberto et al.. *Código penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Leis Penais Especiais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, no prelo.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Presunção de violência e a lei 12.015/09*. 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>. Acesso em: 09.08.2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal: parte geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e Direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, , out. 2007, p.17-18.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, tomo I.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito penal: parte especial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GALENCE, Victoriano Panizo. El ciber-acoso con intención sexual y el *child-grooming* In: *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n. 15, 2011, pp. 22-33.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Delegacia da mulher, vitimodogmática, autocolocação da vítima em risco e consentimento ofendido. In: REALE JÚNIOR, M; PASCHOAL, J. (Org.). *Mulher e Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5-28.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Responsabilidade Penal Objetiva e a Presunção de Violência. *Revista da UMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 6, n.21, 2003, p. 205-210.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S.A., 1984.

HASSEMER, Winfried. Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHI, Roland (org.). *La teoria del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-105.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.VIII.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de vulnerável. *Revista IOB de Direito penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 58, v. 10, 2009, p. 17-42.

LEITE, George Salomão. Dever e dignidade humana na fundamentação da metafísica dos costumes de Immanuel Kant. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão; CARBONELL, Miguel Carbonell (orgs.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Editora PODIVM, 2011.

LIMA, Marina Dehon de. A dignidade da pessoa humana: direito absoluto? *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, v. 17, jul-set, 2009, p. 25-26.

LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 2ª ed. Madrid: Editorial REUS, 1927, Tomo II.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Superior Tribunal de Justiça, 2006, v. 1.

LÓPEZ MESA, Marcelo; CESANO, José Daniel; PASARIN, Carolina A.; BIBIANA OJEDA, Mirta. *Antijuricidad y causas de justificación: contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Montevideo: B. de F., 2010.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no Direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2008.

MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Direito penal*. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, v. 3.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINELLI, João Paulo. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. *Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 68, v. 11, 2011, p. 7-24.

MARAFIOTI, Luca. El menor abusado: víctima y testigo vulnerable. *Revista Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2004 n. 11, 2010, p. 1863-1870.

MARQUES, Mário Reis. *A dignidade humana como prius axiomático: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, v. IV.

MAYR, Eduardo. Vitimologia e Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, jan-mar 2002, p. 235-239.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B.de F, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, v. 4.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B. de F, 2003.

MURADI, Sandra Mara Ribeiro. Conflito de interesses: prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. *Direito e Paz*, Lorena, n. 12, 2005, p. 9-26.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 33, jan-jun, 2000, p. 137-151.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218 – B, introduzidos pela Lei 12.015/2009). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, v. 18, 2010, p. 9-35.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito penal: o crime precipitado ou programado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense, civil e penal*. São Paulo: Atheneu Editora, 2003.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Criança e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da.(orgs.).*Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2.ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 1037-1058.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIERANGELI, José Henrique; DE SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo, Editora Max Limonad, 1996.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general, teoria jurídica del delito*. Barcelona: Bosch, 2000, t. 2, v. 1.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Considerações críticas acerca das disposições gerais relativas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. *Revista IOB de Direito penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano IX, n. 52, p.76-93, out-nov 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Larte (orgs.). *Tráfico de Pessoas*. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 219-248.

RASSI, João Daniel, Novas perspectivas acerca da presunção de violência nos crimes sexuais. *REVIJUR*, Campo Grande, ano X, n. 11, 2009, p. 30-59.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito penal sexual brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 92, set-out 2011, p. 61-93.

RIBEIRO BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, V, I.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F, 2005.

RODRIGO, Virginia Mayordomo. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Madrid: Iustel, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. 2ª ed. Madrid: THOMSON CIVITAS, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. Debate online mediado pelo IBCCrIm sobre o tema Vitimologia. São Paulo: 02.04.2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras - Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2009.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHI, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 69-95.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, El Delito de Violacion: Necesidad de dar cobertura a supuestos especiales. *ACTUALIDAD PENAL Publicacion Tecnico-Juridica de Derecho Penal*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1994. Actualidad Penal nº3/17 – 23 enero 1994, p. 37-53.

SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da Intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 6, f. 2, abr-jul 1996.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito penal sexual*. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O bem jurídico e a constituição Federal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 03.08.2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, v. 7, n. 20, out. 2004, p. 393-394.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1994.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Violência e dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, jul-set, 1994, p. 65-72.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175 Acesso em: 27.03.2012.

TABORDA, Maren Guimarães. A afirmação do princípio da proteção da dignidade humana como componente da ordem pública. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, out-dez 2008, p. 186-203.

TAVARES, Juarez E. X. Bien jurídico y función en derecho penal. In: SOLOKAR, Alejandro (org.). *Claves del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Crimes contra a liberdade sexual em face da nova lei. *Revista IOB de Direito penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 60, v. 10, 2010, p. 203-208.

VIEIRA, Renato Stanziola. Requerimento n 756, de 2011, do Senado Federal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 227, out 2011, p. 02-03.

VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões podem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, 2007, p. 11-28.

WEBER, Tadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 232-259, 2009.

ZEPEDA, Rubén Quintito. *El libre desarrollo de la personalidad y la explotación sexual comercial infantil a la luz del derecho penal moderno*. Mexico, D.F.: Ubijus, 2010.

ZORRILLA, Maider. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. *Cuaderno deusto de derechos humanos*, Bilbao, n. 34, 2005.

ANEXOS

ANEXO I - - Decreto 5016 de 12.03.2004 - Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 5.016, DE 12 DE MARÇO DE 2004.

Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

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 ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, 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 ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, 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 AO COMBATE AO
TRÁFICO DE MIGRANTES POR VIA TERRESTRE, MARÍTIMA E AÉREA

PREÂMBULO

Os Estados Partes no presente Protocolo,

Declarando que uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea exige uma abordagem internacional abrangente, incluindo a cooperação, a troca de informações e outras medidas apropriadas, especialmente medidas sócio-econômicas de alcance nacional, regional e internacional,

Relembrando a Resolução 54/212 da Assembleia Geral, de 22 de Dezembro de 1999, na qual a Assembleia instou os Estados Membros e os organismos das Nações Unidas a reforçarem a cooperação internacional no domínio das migrações internacionais e do desenvolvimento, de forma a combater as causas profundas das migrações, especialmente aquelas ligadas à pobreza, e a otimizar os benefícios que as migrações internacionais proporcionam aos interessados e a incentivar, quando pertinente, os mecanismos inter-regionais, regionais e sub-regionais a continuar a tratar da questão da migrações e do desenvolvimento,

Convencidos da necessidade de tratar os migrantes com humanidade e proteger plenamente seus direitos,

Tendo em conta que, apesar do trabalho efetuado em outras instâncias internacionais, não existe um instrumento universal que trate de todos os aspectos do tráfico ilícito de migrantes e de outras questões conexas,

Preocupados com o aumento significativo das atividades dos grupos criminosos organizados relacionadas com tráfico ilícito de migrantes e outras atividades criminosas conexas, enunciadas no presente Protocolo, que causam grandes prejuízos aos Estados afetados,

Preocupados também com fato de o tráfico ilícito de migrantes poder pôr em risco as vidas ou a segurança dos migrantes envolvidos,

Recordando a Resolução 53/111 da Assembleia Geral, de 9 de Dezembro de 1998, na qual a Assembleia decidiu criar um comitê intergovernamental especial, de composição aberta, encarregado de elaborar uma convenção internacional global contra o crime organizado transnacional e de examinar a possibilidade de elaborar,

entre outros (ou inter alia), um instrumento internacional de luta contra o tráfico e o transporte ilícito de migrantes, inclusive por via marítima,

Convencidos de que a suplementação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional com um instrumento internacional de combate ao tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, aérea e marítima ajudará a prevenir e a combater esse tipo de crime,

Acordaram o seguinte:

I Disposições gerais

Artigo 1

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

1. O presente Protocolo complementa 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 disposição em contrário.

3. As infrações estabelecidas em conformidade com o Artigo 6 do presente Protocolo serão consideradas como infrações estabelecidas em conformidade com a Convenção.

Artigo 2

Objetivo

O objetivo do presente Protocolo é prevenir e combater o tráfico de migrantes, bem como promover a cooperação entre os Estados Partes com esse fim, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes objeto desse tráfico.

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão "tráfico de migrantes" significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente;

b) A expressão "entrada ilegal" significa a passagem de fronteiras sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento.

c) A expressão "documento de viagem ou de identidade fraudulento" significa qualquer documento de viagem ou de identificação:

(i) Que tenha sido falsificado ou alterado de forma substancial por uma pessoa ou uma entidade que não esteja legalmente autorizada a fazer ou emitir documentos de viagem ou de identidade em nome de um Estado; ou

(ii) Que tenha sido emitido ou obtido de forma irregular, através de falsas declarações, corrupção ou coação ou qualquer outro meio ilícito; ou

(iii) Que seja utilizado por uma pessoa que não seja seu titular legítimo;

d) O termo "navio" significa todo o tipo de embarcação, incluindo embarcações sem calado e hidroaviões, utilizados ou que possam ser utilizados como meio de transporte sobre a água, com exceção dos vasos de guerra, navios auxiliares da armada ou outras embarcações pertencentes a um Governo ou por ele exploradas, desde que sejam utilizadas exclusivamente por um serviço público não comercial.

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 6 do presente Protocolo, quando essas infrações forem de natureza transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado, bem como à proteção dos direitos das pessoas que foram objeto dessas infrações.

Artigo 5

Responsabilidade penal dos migrantes

Os migrantes não estarão sujeitos a processos criminais nos termos do presente Protocolo, pelo fato de terem sido objeto dos atos enunciados no seu Artigo 6.

Artigo 6

Criminalização

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente e de forma a obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material:

a) O tráfico de migrantes;

b) Os seguintes atos quando praticados com o objetivo de possibilitar o tráfico ilícito de migrantes:

(i) Elaboração de documento de viagem ou de identidade fraudulento;

(ii) Obtenção, fornecimento ou posse tal documento;

c) Viabilizar a permanência, no Estado em causa, de uma pessoa que não seja nacional ou residente permanente, sem preencher as condições necessárias para permanecer legalmente no Estado, recorrendo aos meios referidos na alínea b) do presente parágrafo ou de qualquer outro meio ilegal.

2. Cada Estado Parte adotará também medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal:

a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de praticar infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo;

b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com as alíneas a), b) (i) ou c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com a alínea b) (ii) do parágrafo 1 do presente Artigo;

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.

3. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias, para considerar como agravantes das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas a), b) (i) e c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas b) e c) do parágrafo 2 do presente Artigo, as circunstâncias:

a) Que ponham em perigo ou ameaçar pôr em perigo a vida e a segurança dos migrantes em causa; ou

b) Que acarretem o tratamento desumano ou degradante desses migrantes, incluindo sua exploração.

4. Nenhuma disposição do presente Protocolo impedirá um Estado Parte de tomar medidas contra uma pessoa cuja conduta constitua uma infração nos termos do seu direito interno.

II Tráfico de migrantes por via marítima

Artigo 7

Cooperação

Os Estados Partes cooperarão, na medida do possível, para prevenir e suprimir o tráfico de migrantes por via marítima, em conformidade com o direito internacional do mar.

Artigo 8

Medidas contra o tráfico de migrantes por via marítima

1. Um Estado Parte que tenha motivos razoáveis para suspeitar que um navio que, sem nacionalidade, arvore o seu pavilhão ou invoque o registro de matrícula neste Estado ou que, apesar de arvorar um pavilhão estrangeiro ou recusar mostrar o seu pavilhão, tenha na verdade a nacionalidade do Estado Parte em questão, se encontra envolvido no tráfico ilícito de migrantes por via marítima, poderá pedir o auxílio de outros Estados Partes para pôr termo à utilização do referido navio para esse fim. Os Estados Partes aos quais tenham sido solicitado o auxílio prestá-lo-ão, na medida do possível, tendo em conta os meios disponíveis.

2. Um Estado Parte que tenha motivos razoáveis para suspeitar que um navio que exerce a liberdade de navegação em conformidade com o direito internacional e arvora o pavilhão ou exhibe sinais de matrícula de outro Estado Parte se encontra envolvido no tráfico ilícito de migrantes por via marítima pode notificar o Estado do pavilhão, solicitar a confirmação do registro da matrícula e, se este se confirmar, solicitar autorização a esse Estado para tomar as medidas apropriadas relativamente ao navio. O Estado do pavilhão pode, entre outras medidas, autorizar o Estado requerente a:

a) Abordar o navio;

b) Revistar o navio; e

c) Se forem encontradas provas de que o navio se encontra envolvido no tráfico de migrantes por via marítima, tomar as medidas que considere apropriadas relativamente ao navio, às pessoas e à carga que se encontrem a bordo, nos termos em que foi autorizado pelo Estado do pavilhão.

3. Um Estado Parte que tenha tomado qualquer medida em conformidade com o parágrafo 2 do presente Artigo informará imediatamente o Estado do pavilhão em causa sobre os resultados das referidas medidas.

4. Um Estado Parte responderá imediatamente a qualquer pedido de outro Estado Parte com vista a determinar se um navio que invoca o registro da matrícula neste Estado ou arvore o seu pavilhão está autorizada a fazê-lo, bem como a um pedido de autorização efetuado em conformidade com o parágrafo 2 do presente Artigo.

5. O Estado do pavilhão pode, em conformidade com o Artigo 7 do presente Protocolo, condicionar sua autorização a termos a serem acordados entre ele e o Estado requerente, inclusive a condições relativas à responsabilidade e ao alcance das medidas efetivas a tomar. Um Estado Parte não tomará medidas adicionais sem a autorização expressa do Estado do pavilhão, exceto aquelas que se considerem necessárias para afastar um perigo iminente para a vida das pessoas ou aquelas que resultem de acordos bilaterais ou multilaterais pertinentes.

6. Cada Estado Parte designará uma ou mais autoridades, se necessário, para receber e responder a pedidos de auxílio de confirmação de registro de matrícula ou do direito de uma embarcação arvorar o seu pavilhão e a pedidos de autorização para tomar as medidas apropriadas. Essa designação será notificada pelo Secretário-Geral a todos os outros Estados Partes no prazo de um mês após a designação.

7. Um Estado Parte que tenha motivos razoáveis para suspeitar que um navio se encontra envolvido no tráfico de migrantes por via marítima e não tem nacionalidade ou é equiparado a um navio sem nacionalidade pode abordá-lo e revistá-lo. Se forem encontradas provas que confirmem a suspeita, esse Estado Parte tomará as medidas apropriadas em conformidade com o direito interno e internacional aplicáveis.

Artigo 9

Cláusulas de proteção

1. Quando um Estado Parte tomar medidas contra um navio em conformidade com o Artigo 8 do presente Protocolo:

- a) Velará pela segurança e pelo tratamento humano das pessoas a bordo;
- b) Terá devidamente em conta a necessidade de não pôr em perigo a segurança do navio ou da sua carga;
- c) Terá devidamente em conta a necessidade de não prejudicar os interesses comerciais ou os direitos do Estado do pavilhão ou de qualquer outro Estado interessado;
- d) Velará para que, na medida do possível, quaisquer medidas tomadas em relação ao navio sejam ecologicamente razoáveis.

2. Se os motivos das medidas tomadas em conformidade com o Artigo 8 do presente Protocolo se revelarem infundados, o navio será indenizado por qualquer eventual prejuízo ou dano, desde que o navio não tenha praticado nenhum ato que tenha justificado a medida tomada.

3. Qualquer medida tomada, adotada ou aplicada em conformidade com o presente capítulo, terá devidamente em conta a necessidade de não prejudicar ou afetar:

- a) Os direitos e obrigações dos Estados costeiros e o exercício da sua jurisdição em conformidade com o direito internacional do mar; ou
- b) O poder do Estado do pavilhão de exercer jurisdição e controle relativamente às questões administrativas, técnicas e sociais relacionadas com o navio.

4. Qualquer medida tomada no mar, em conformidade com o disposto no presente capítulo, será executada apenas por navios de guerra ou aeronaves militares, ou por

outros navios ou aeronaves devidamente autorizados para esse efeito, que ostentem sinais claros e identificáveis de que estão a serviço do Estado.

III Prevenção, cooperação e outras medidas

Artigo 10

Informação

1. Sem prejuízo do disposto nos Artigos 27 e 28 da Convenção, os Estados Partes, em especial aqueles com fronteiras comuns ou situados em itinerários utilizados para o tráfico de migrantes, trocarão entre si, para lograr os objetivos do presente Protocolo, e em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos e administrativos internos, informações pertinentes, tais como:

a) Os pontos de embarque e de destino, bem como os itinerários, os transportadores e os meios de transporte, dos quais se tenha conhecimento ou suspeita de serem utilizados por um grupo criminoso organizado que pratique atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo;

b) A identidade e os métodos de organizações ou grupos criminosos organizados dos quais se tenha conhecimento ou suspeita de envolvimento na prática de atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo;

c) A autenticidade e as características dos documentos de viagem emitidos por um Estado Parte e o furto ou a utilização indevida de documentos de viagem ou de identidade em branco;

d) Os meios e métodos de dissimulação e transporte de pessoas, a modificação, a reprodução ou a aquisição ilícitas ou outra utilização indevida de documentos de viagem ou de identidade utilizados nos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo e formas de detectá-los;

e) Elementos da experiência legislativa, bem como práticas e medidas para prevenir e combater os atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo; e

f) Questões científicas e tecnológicas úteis para a investigação e a repressão, a fim de reforçar mutuamente a capacidade de prevenir e detectar os atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo, conduzir investigações sobre esses atos e processar os seus autores.

2. Um Estado Parte que tenha recebido informações respeitará qualquer pedido do Estado Parte que transmitiu essas informações, no sentido de restringir a 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 controlos fronteiriços que considerem necessários para prevenir e detectar o tráfico ilícito de migrantes.

2. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras medidas apropriadas para prevenir, na medida do possível, a utilização de meios de transporte explorados por transportadores comerciais para a prática da infração estabelecida em conformidade com a alínea a) do parágrafo 1 do Artigo 6 do presente Protocolo.

3. Quando se considere apropriado, e sem prejuízo das convenções internacionais aplicáveis, essas medidas consistirão, entre outras, na obrigação dos transportadores comerciais, inclusive as empresas de transportes, os proprietários ou os operadores de qualquer meio de transporte, verificarem que todos os passageiros são 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 prever sanções nos casos de violação 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 seu 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 considerarão a possibilidade de reforçar a cooperação entre os serviços de controle de fronteiras, inclusive mediante a criação e a manutenção de canais de comunicação diretos.

Artigo 12

Segurança e controle de documentos

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

a) Assegurar a qualidade dos documentos de viagem ou de identidade que emitir, de forma a 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 emitidos pelo Estado Parte ou em seu nome 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 presumidamente emitidos em seu nome e que suspeite terem sido utilizados para a prática dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo.

Artigo 14

Formação e cooperação técnica

1. Os Estados Partes assegurarão ou reforçarão a formação especializada dos agentes dos serviços de imigração e de outros agentes competentes para a prevenção dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo e o tratamento humano dos migrantes que foram objeto desses atos, respeitando os direitos que lhes são reconhecidos no presente Protocolo.

2. Os Estados Partes cooperarão entre si e com organizações internacionais, organizações não-governamentais, outras organizações competentes e outros elementos da sociedade civil, na medida do possível, para assegurar treinamento adequado do pessoal nos respectivos territórios com vistas a prevenir, combater e erradicar os atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo e proteger os direitos dos migrantes que foram objeto desses atos. Esse treinamento incluirá:

- a) A melhoria da segurança e da qualidade dos documentos de viagem;
- b) O reconhecimento e detecção de documentos de viagem e de identidade fraudulentos;
- c) A coleta de informações de caráter criminal, especialmente relacionada com a identificação de grupos criminosos organizados dos quais se tem conhecimento ou suspeita de envolvimento na prática dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo, os métodos utilizados no transporte de migrantes objeto de tráfico, a utilização indevida de documentos de viagem ou de identidade para a prática dos atos estabelecidos no Artigo 6 e os meios de dissimulação utilizados no tráfico de migrantes;
- d) A melhoria de procedimentos para a detecção de pessoas vítimas de tráfico nos pontos de entrada e de saída tradicionais e não tradicionais; e
- e) O tratamento humano de migrantes e a proteção dos direitos que lhes são reconhecidos no presente Protocolo.

3. Os Estados Partes que tenham conhecimentos especializados relevantes considerarão a possibilidade de prestar assistência técnica aos Estados que são freqüentemente países de origem ou de trânsito de pessoas que foram objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo. Os Estados Partes envidarão esforços para fornecer os recursos necessários, tais como veículos, sistemas de informática e leitores de documentos, para combater os atos estabelecidos no Artigo 6.

Artigo 15

Outras medidas de prevenção

1. Cada Estado Parte tomará medidas destinadas a instituir ou a reforçar programas de informação para sensibilizar o público para o fato de os atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo constituírem uma atividade criminosa freqüentemente perpetrada por grupos criminosos organizados com fins lucrativos e que apresentam grande risco para os migrantes em questão.

2. Em conformidade com o disposto no Artigo 31 da Convenção, os Estados Partes cooperarão no domínio da informação a fim de impedir que potenciais migrantes se tornem vítimas de grupos criminosos organizados.

3. Cada Estado Parte promoverá ou reforçará, de forma apropriada, programas de desenvolvimento e cooperação em âmbito nacional, regional e internacional, tendo em conta as realidades sócio-econômicas das migrações e prestando especial atenção a zonas econômica e socialmente desfavorecidas, de forma a combater as causas profundas do tráfico de migrantes, tais como a pobreza e o subdesenvolvimento.

Artigo 16

Medidas de proteção e de assistência

1. Ao aplicar o presente Protocolo, cada Estado Parte adotará, em conformidade com as obrigações que lhe incumbem nos termos do direito internacional, todas as medidas apropriadas, incluindo as medidas legislativas que considere necessárias a fim de preservar e proteger os direitos das pessoas que foram objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo, que lhes são reconhecidos pelo direito internacional aplicável, especialmente o direito à vida e o direito a não ser submetido a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

2. Cada Estado Parte tomará as medidas apropriadas para conceder aos migrantes uma proteção adequada contra a violência que lhes possa ser infligida tanto por pessoas como por grupos, pelo fato de terem sido objeto dos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo.

3. Cada Estado Parte concederá uma assistência adequada aos migrantes, cuja vida ou segurança tenham sido postas em perigo pelo fato de terem sido objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo.

4. Ao aplicar as disposições do presente Artigo, os Estados Partes terão em conta as necessidades específicas das mulheres e das crianças.

5. No caso de detenção de uma pessoa que foi objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo, cada Estado Parte dará cumprimento às obrigações que lhe incumbam nos termos da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, quando aplicável, incluindo a obrigação de informar sem demora a pessoa em causa sobre as disposições relativas à notificação e comunicação aos funcionários consulares.

Artigo 17

Acordos e ajustes

Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos bilaterais ou regionais, ajustes operacionais ou entendimentos com o objetivo de:

- a) Estabelecer as medidas mais apropriadas e eficazes para prevenir e combater os atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo; ou
- b) Desenvolver entre si as disposições constantes do presente Protocolo.

Artigo 18

Regresso de migrantes objeto do tráfico

1. Cada Estado Parte acorda em facilitar e aceitar, sem demora indevida ou injustificada, o regresso de uma pessoa que tenha sido objeto dos atos estabelecido no Artigo 6 do presente Protocolo e que seja seu nacional ou que tenha o direito de residência permanente no seu território no momento do regresso.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de facilitar e aceitar, em conformidade com o seu direito interno, o regresso de uma pessoa que tenha sido objeto de um ato estabelecido no Artigo 6 do presente Protocolo e que tenha o direito de residência permanente no território do Estado Parte no momento da sua entrada no Estado de acolhimento.

3. A pedido do Estado Parte de acolhimento, um Estado Parte requerido verificará, sem demora indevida ou injustificada, se uma pessoa que foi objeto dos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo é nacional desse Estado Parte ou se tem o direito de residência permanente no seu território.

4. A fim de facilitar o regresso de uma pessoa que tenha sido objeto dos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo e não possui os documentos devidos, o Estado Parte do qual essa pessoa é nacional ou no qual tem direito de residência permanente aceitará emitir, a pedido do Estado Parte de acolhimento, os documentos de viagem ou qualquer outra autorização que considere necessária para permitir à pessoa viajar e ser readmitida no seu território.

5. Cada Estado Parte envolvido no regresso de uma pessoa que tenha sido objeto dos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo adotará todas as medidas apropriadas para organizar esse regresso de forma ordenada e tendo devidamente em conta a segurança e a dignidade da pessoa.

6. Os Estados Partes podem cooperar com organizações internacionais competentes na execução do presente Artigo.

7. O disposto no presente Artigo não prejudica qualquer direito reconhecido às pessoas, nos termos da legislação do Estado Parte de acolhimento, que tenham sido objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo.

8. O presente Artigo não prejudica as obrigações decorrentes de qualquer outro tratado bilateral ou multilateral aplicável ou qualquer outro acordo operacional que regule, no todo ou em parte, o regresso das pessoas que tenham sido objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo.

Disposições finais

Artigo 19

Cláusula de Salvaguarda

1. Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará outros direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e dos particulares nos termos do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, em particular, quando aplicáveis, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto do Refugiado 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 tenham sido objeto dos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo não sejam discriminadas. A interpretação e aplicação das referidas medidas serão efetuadas em conformidade com os princípios da não discriminação internacionalmente reconhecidos.

Artigo 20

Resolução de controvérsias

1. Os Estados Partes envidarão esforços para resolver os controvérsias relativos à interpretação e à aplicação do presente Protocolo por via negocial.

2. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Partes relativa à aplicação ou interpretação do presente Protocolo que não possa ser resolvido pela via negocial dentro de um prazo razoável será submetido, 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 litígio 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 adesão ao mesmo, declarar que não se considera vinculado ao parágrafo 2 do presente Artigo. Os outros Estados Partes não ficarão vinculados ao parágrafo 2 do presente Artigo em relação a qualquer outro Estado Parte que tenha formulado essa reserva.

4. Qualquer Estado Parte que tenha formulado uma reserva nos termos do parágrafo 3 do presente Artigo poderá, a qualquer momento, retirar essa reserva através de notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 21

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, posteriormente, na sede 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 económica, desde 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, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral das Nações Unidas. Uma organização regional de integração económica 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 ou 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 no âmbito da sua competência.

4. O presente Protocolo está aberto à adesão de qualquer Estado ou de qualquer organização regional de integração económica 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 económica declarará o âmbito da sua competência relativamente às questões reguladas pelo presente Protocolo. Informará igualmente o depositário de qualquer modificação relevante do âmbito da sua competência.

Artigo 22

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 entrará em vigor antes da entrada em vigor da Convenção. Para efeitos do presente parágrafo, nenhum instrumento depositado por uma organização regional de integração económica será somado aos que foram depositados pelos Estados membros dessa organização.

2. Em relação a cada Estado ou organização regional de integração económica 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 ao depósito desse instrumento por parte do referido 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 23

Emendas

1. Cinco anos após a entrada em vigor do presente Protocolo, um Estado Parte pode propor uma emenda e depositar o texto junto do Secretário-Geral das Nações Unidas que, em seguida, comunicará a emenda proposta 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 em Conferência das Partes, farão todos os esforços para chegarem a um consenso sobre qualquer emenda. Se forem esgotados todos os esforços sem que se tenha chegado a um acordo, será necessário, em último caso, para que a emenda seja adotada, uma maioria de dois terços dos votos expressos dos Estados Partes no presente Protocolo presentes 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 o seu direito de voto se os 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 em relação a um Estado Parte noventa dias após a data do depósito do instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação da referida emenda junto do Secretário-Geral das Nações Unidas.

5. A entrada em vigor de uma emenda vincula todos os Estados Partes que tenham manifestado seu consentimento em vincular-se por essa emenda. Os outros Estados Partes permanecerão vinculados pelas disposições do presente Protocolo bem como por qualquer emenda anterior que tenham ratificado, aceito ou aprovado.

Artigo 24

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 25

Depositário e línguas

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 do Secretário-Geral das Nações Unidas.

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

ANEXO II - Decreto n. 2740 de 20.08.1998 - Promulga a convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores assinada na cidade do México em 18.03.1994

**Presidência da República
Subchefia para Assuntos Jurídicos
DECRETO Nº 2.740, DE 20 DE AGOSTO DE 1998.**

Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal,

CONSIDERANDO que a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, foi assinada na Cidade do México, em 18 de março de 1994;

CONSIDERANDO que o ato multilateral em epígrafe foi oportunamente submetido ao Congresso Nacional, que o aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 105, de 30 de outubro de 1996;

CONSIDERANDO que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 15 de agosto de 1997;

CONSIDERANDO que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação da Convenção, em 8 de julho de 1997, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 15 de agosto de 1997, na forma de seu artigo 33.

DECRETA:

Art 1º - A Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México, em 18 de março de 1994, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 20 de agosto de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Luiz Felipe Lampreia

Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores

Os Estados Partes nesta Convenção,

Considerando a importância de assegurar proteção integral e efetiva ao menor, mediante a implementação de mecanismos adequados que garantam o respeito aos seus direitos;

Conscientes de que o tráfico internacional de menores constitui uma preocupação universal;

Levando em conta o direito convencional em matéria de proteção internacional do menor e, em especial, o disposto nos Artigos 11 e 35 da Convenção sobre os Direitos do Menor, adotada pela Assembléia Geral da Nações Unidas em 20 de novembro de 1989;

Convencidos da necessidade de regular os aspectos civis e penais do tráfico internacional de menores; e

Reafirmando a importância da cooperação internacional no sentido de proteger eficazmente os interesses superiores do menor,

Convêm no seguinte:

CAPÍTULO PRIMEIRO

Disposições Gerais

Artigo 1

O objeto desta Convenção, com vistas à proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, é a prevenção e sanção do tráfico internacional de menores, bem como a regulamentação de seus aspectos civis e penais.

Neste sentido, os Estados Partes obrigam-se a:

- a) garantir a proteção do menor, levando em consideração os seus interesses superiores;
- b) instituir entre os Estados Partes um sistema de cooperação jurídica que consagre a prevenção e a sanção do tráfico internacional de menores, bem como a adoção das disposições jurídicas e administrativas sobre a referida matéria com essa finalidade;
- c) assegurar a pronta restituição do menor vítima do tráfico internacional ao Estado onde tem residência habitual, levando em conta os interesses superiores do menor.

Artigo 2

Esta Convenção aplicar-se-á a qualquer menor que resida habitualmente em um Estado Parte ou nele se encontre no momento em que ocorra um ato de tráfico internacional de menores que o afete.

Para os efeitos desta Convenção, entende-se:

- a) por "menor", todo ser humano menor de 18 anos de idade;
- b) por "tráfico internacional de menores", a subtração, a transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos;
- c) por "propósitos ilícitos", entre outros, prostituição, exploração sexual, servidão ou qualquer outro propósito ilícito, seja no Estado em que o menor resida habitualmente, ou no Estado Parte em que este se encontre; e
- d) por "meios ilícitos", entre outros, o seqüestro, o consentimento mediante coação ou fraude, a entrega ou o recebimento de pagamentos ou benefícios ilícitos com vistas a obter o consentimento dos pais, das pessoas ou da instituição responsáveis pelo menor, ou qualquer outro meio ilícito utilizado seja no Estado de residência habitual do menor ou no Estado Parte em que este se encontre.

Artigo 3

Esta Convenção também abrangerá os aspectos civis não previstos da subtração, transferência e retenção ilícitas de menores no âmbito internacional, não previstos em outras convenções internacionais sobre a matéria.

Artigo 4

Os Estados Partes cooperarão com os Estados não Partes, na medida do possível, na prevenção e sanção do tráfico internacional de menores e na proteção e cuidado dos menores vítimas do fato ilícito.

Nesse sentido, as autoridades competentes dos Estados Partes deverão notificar as autoridades competentes de um Estado não Parte, nos casos em que se encontrar em seu território um menor que tenha sido vítima do tráfico internacional de menores.

Artigo 5

Para os efeitos desta Convenção, cada Estado Parte designará uma Autoridade Central e comunicará essa designação à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Um Estado federal, um Estado em que vigorem diferentes sistemas jurídicos ou um Estado com unidades territoriais autônomas pode designar mais de uma Autoridade Central e especificar a extensão jurídica ou territorial de suas funções. O Estado que fizer uso dessa faculdade designará a Autoridade Central a que possam ser dirigidas todas as comunicações.

O Estado Parte que designar mais de uma Autoridade Central enviará a pertinente comunicação à Secretaria-Geral da organização dos Estados Americanos.

Artigo 6

Os Estados Partes cuidarão do interesse do menor, mantendo os procedimentos de aplicação desta Convenção sempre confidenciais.

CAPÍTULO II

Aspectos Penais

Artigo 7

Os Estados Partes comprometem-se a adotar, em conformidade com seu direito interno, medidas eficazes para prevenir e sancionar severamente a ocorrência de tráfico internacional de menores definido nesta Convenção.

Artigo 8

Os Estados Partes comprometem-se a:

a) prestar, por meio de suas autoridades centrais e observados os limites da lei interna de cada Estado Parte e os tratados internacionais aplicáveis, pronta e expedita assistência mútua para as diligências judiciais e administrativas, obtenção de provas e demais atos processuais necessários ao cumprimento dos objetivos desta Convenção;

b) estabelecer, por meio de suas autoridades centrais, mecanismos de intercâmbio de informação sobre legislação nacional, jurisprudência, práticas administrativas, estatísticas e modalidades que tenha assumido o tráfico internacional de menores em seu territórios; e

c) dispor sobre as medidas necessárias para a remoção dos obstáculos capazes de afetar a aplicação desta Convenção em seus respectivos Estados.

Artigo 9

Serão competentes para conhecer de delitos relativos ao tráfico internacional de menores:

- a) o Estado Parte em que tenha ocorrido a conduta ilícita;
- b) o Estado Parte em que o menor resida habitualmente;
- c) o Estado Parte em que se encontre o suposto delinqüente, no caso de não ter sido extraditado; e
- d) o Estado Parte em que se encontre o menor vítima de tráfico.

Para os efeitos do parágrafo anterior, ficará prevento o Estado Parte que haja sido o primeiro a conhecer do fato ilícito.

Artigo 10

O Estado Parte que, ao condicionar a extradição à existência de tratado, receber pedido de extradição de outro Estado Parte com a qual não mantenha tratado de extradição ou, se o mantiver, este não inclua o tráfico internacional de menores como delito que possibilite a extradição, poderá considerar esta Convenção como a base jurídica necessária para concedê-la no caso de tráfico internacional de menores.

Além disso, os Estados Partes que não condicionam a extradição à existência de tratado reconhecerão, entre si, o tráfico internacional de menores como causa de extradição.

Na inexistência de tratado de extradição, esta ficará sujeita às demais condições exigíveis pelo direito interno do Estado requerido.

Artigo 11

As ações instauradas em conformidade com o disposto neste Capítulo não impedem que as autoridades competentes do Estado Parte em que encontre o menor determinem, a qualquer momento, em consideração aos seus interesses superiores, sua imediata restituição ao Estado em que resida habitualmente.

CAPÍTULO III

Aspectos Civis

Artigo 12

A solicitação de localização e restituição do menor decorrente desta Convenção será promovida pelos titulares determinados pelo direito do Estado de residência habitual do mesmo.

Artigo 13

São competentes para conhecer da solicitação de localização e de restituição, por opção dos reclamantes, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Parte de residência habitual do menor ou as do Estado Parte onde se encontrar ou se presuma encontrar-se retido.

Quando, a juízo dos reclamantes, existirem motivos de urgência, a solicitação também poderá ser submetida às autoridades judiciais ou administrativas do local onde tenha ocorrido o ato ilícito.

Artigo 14

A solicitação de localização e de restituição será tramitada por intermédio das Autoridades Centrais ou diretamente perante as autoridades competentes indicadas no Artigo 13 desta Convenção. As autoridades requeridas estabelecerão os procedimentos mais expedidos para torná-la efetiva.

Recebida a respectiva solicitação, a autoridade requerida estipulará as medidas que, de acordo com seu direito interno, sejam necessárias para iniciar, facilitar e coadjuvar os procedimentos judiciais e administrativos referentes à localização e restituição do menor. Adotar-se-ão, ademais, as medidas para providenciar a imediata restituição do menor e, conforme o caso, assegurar sua proteção, custódia ou guarda provisória, de acordo com as circunstâncias, bem como as medidas preventivas para impedir que o menor seja indevidamente transferido para outro Estado.

As solicitações de localização e de restituição, devidamente fundamentadas, será formulada dentro dos 120 dias de conhecida a subtração, transferência ou retenção ilícitas do menor. Quando a solicitação de localização e de restituição partir de um Estado Parte, este disporá do prazo de 180 dias para sua apresentação.

Havendo necessidade prévia de localizar o menor, o prazo anterior será contado a partir do dia em que o titular da ação tiver tomado conhecimento da respectiva localização.

Não obstante o disposto nos parágrafos anteriores, as autoridades do Estado Parte em que o menor tenha sido retido poderão, a qualquer momento, determinar sua restituição, atendendo aos interesses superiores do mesmo.

Artigo 15

Os pedidos de cooperação previstos nesta Convenção, formulados por via consular ou diplomática ou por intermédio das Autoridades Centrais, dispensarão o requisito de legalização ou outras formalidades semelhantes. Os pedidos de cooperação formulados diretamente entre tribunais das áreas fronteiriças dos Estados Partes também dispensarão legalização. Ademais, estarão isentos de legalização, para efeitos de validade jurídica no Estado solicitante, os documentos pertinentes que sejam devolvidos por essas mesmas vias.

Os pedidos deverão estar traduzidos, em cada caso, para o idioma oficial ou idiomas oficiais do Estado Parte ao qual esteja dirigido. Com relação aos anexos, é suficiente a tradução de um sumário, contendo os dados essenciais.

Artigo 16

As autoridades competentes de um Estado Parte que constatem, no território sujeito à sua jurisdição, a presença de um menor vítima de tráfico internacional deverão adotar as medidas imediatas necessárias para sua proteção, inclusive as que tenham caráter preventivo e impeçam a transferência indevida do menor para outro Estado.

Estas medidas serão comunicadas por intermédio das Autoridades Centrais às autoridades competentes do Estado onde o menor tenha tido, anteriormente, sua residência habitual. As autoridades intervenientes adotarão todas as providências necessárias para comunicar as medidas adotadas aos titulares das ações de localização e restituição do menor.

Artigo 17

Em conformidade com os objetivos desta Convenção, as Autoridades Centrais dos Estados Partes intercambiarão informação e colaborarão com suas competentes autoridades judiciais e administrativas em tudo o que se refira ao controle de saída de menores de seu território e de sua entrada no mesmo.

Artigo 18

As adoções internacionais e outros institutos afins, constituídos em um Estado Parte, serão passíveis de anulação quando tiveram como origem ou objetivo o tráfico internacional de menores.

Na respectiva ação de anulação, levar-se-ão sempre em conta os interesses superiores do menor.

A anulação será submetida à lei e às autoridades do Estado de constituição da adoção ou do instituto de que se trate.

Artigo 19

A guarda ou custódia será passível de revogação quando sua origem ou objetivo for o tráfico internacional de menores, nas mesmas condições previstas no artigo anterior.

Artigo 20

A solicitação de localização e de restituição do menor poderá ser apresentada sem prejuízo da ação de anulação e revogação previstas nos Artigos 18 e 19.

Artigo 21

Em qualquer procedimento previsto neste Capítulo, a autoridade competente poderá determinar que a pessoa física ou jurídica responsável pelo tráfico internacional de menores pague os gastos e as despesas de localização e restituição, contanto que essa pessoa física ou jurídica tenha sido parte desse procedimento.

Os titulares da ação ou, se for o caso, qualquer autoridade competente, poderão propor ação civil para ressarcir-se das despesas, nestas incluídas os honorários advocatícios e os gastos de localização e restituição do menor, a não ser que estas tenham sido fixadas em ação penal ou em processo de restituição, nos termos desta Convenção.

A autoridade competente ou qualquer parte prejudicada poderá propor ação civil objetivando perdas e danos contra as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelo tráfico internacional do menor.

Artigo 22

Os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para possibilitar gratuidade aos procedimentos de restituição do menor, nos termos de seu direito interno, e informarão aos legítimos interessados na respectiva restituição os benefícios decorrentes de pobreza e quando possam ter direito à assistência gratuita, em conformidade com as suas leis e regulamentos.

CAPÍTULO IV

Disposições Finais

Artigo 23

Os Estados Partes poderão declarar, seja no momento da assinatura e da ratificação desta Convenção ou da adesão à mesma, ou posteriormente, que reconhecerão e executarão as sentenças penais proferidas em outro Estado Parte no que se refere à indenização por perdas e danos decorrentes do tráfico internacional de menores.

Artigo 24

Com relação a um Estado que, relativamente a questões tratadas nesta Convenção, tenha dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis em unidades territoriais diferentes:

a) toda referência à lei do Estado será interpretada com referência à lei correspondente à respectiva unidade territorial;

b) toda referência à residência habitual no referido Estado será interpretada como à residência habitual em uma unidade territorial do estado mencionado;

c) toda referência às autoridades competentes do referido Estado será entendida em relação às autoridades competentes para agir na respectiva unidade territorial.

Artigo 25

Os Estados que tenham duas ou mais unidades territoriais onde se apliquem sistemas jurídicos diferentes a questões tratadas nesta Convenção poderão declarar, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, que a Convenção se aplicará a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais.

Tais declarações podem ser modificadas mediante declarações posteriores, que especificarão expressamente a unidade territorial ou as unidades territoriais a que se aplicará esta Convenção. Essas declarações posteriores serão encaminhadas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos e produzirão efeito noventa dias a partir da data do recebimento.

Artigo 26

Os Estados Partes poderão declarar, no momento da assinatura e ratificação desta Convenção ou de adesão à mesma, ou posteriormente, que não se poderá opor em juízo civil deste Estado Parte exceção ou defesa alguma que tenda a demonstrar a inexistência do delito ou eximir de responsabilidade uma pessoa quando houver sentença condenatória proferida por outro Estado Parte em conexão com este delito e já transitada em julgado.

Artigo 27

As autoridades competentes das zonas fronteiriças dos Estados Partes poderão acordar, diretamente e a qualquer momento, com relação a procedimentos de localização e restituição mais expeditos que os previstos nesta Convenção e sem prejuízo desta.

O disposto nesta Convenção não será interpretado no sentido de restringir as práticas mais favoráveis que as autoridades competentes dos Estados Partes puderem observar entre si, para os propósitos desta Convenção.

Artigo 28

Esta Convenção está aberta à assinatura de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 29

Esta Convenção está sujeita à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 30

Esta Convenção ficará aberta à adesão de qualquer outro Estado, uma vez que entre em vigor. Os instrumentos de adesão serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 31

Cada Estado poderá formular reservas a esta Convenção, no momento de assiná-la, ratificá-la ou de a ela aderir, desde que a reserva se refira a uma ou mais disposições específicas e que não seja incompatível com o objetivo e fins desta Convenção.

Artigo 32

Nenhuma cláusula desta Convenção será interpretada de modo a restringir outros tratados bilaterais ou multilaterais ou outros acordos subscritos pelas partes.

Artigo 33

Para os Estados ratificantes, esta Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que haja sido depositado o segundo instrumento de ratificação.

Para cada Estado que ratificar esta Convenção ou a ela aderir depois de haver sido depositado o segundo instrumento de ratificação, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que tal Estado haja depositado seu instrumento de ratificação ou de adesão.

Artigo 34

Esta Convenção vigorará por prazo indeterminado, mas qualquer dos Estados Partes poderá denunciá-la. O instrumento de denúncia será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Transcorrido um ano da data do depósito do instrumento de denúncia, os efeitos da Convenção cessarão para o Estado denunciante.

Artigo 35

O instrumento original desta Convenção, cujos textos em português, espanhol, francês e inglês são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, que enviará cópia autenticada do seu texto à Secretaria das Nações Unidas para seu registro e publicação, de conformidade com o Artigo 102 da sua Carta constitutiva. A Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos notificará aos Estados membros da referida Organização e aos Estados que houverem aderido à Convenção, as assinaturas e os depósitos de instrumentos de ratificação, adesão e denúncia, bem como as reservas existentes e a retirada destas.

Em fé do que os plenipotenciários infra-assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinam esta Convenção.

Expedida na Cidade do México, D.F., México, no dia dezoito de março de mil novecentos e noventa e quatro.

ANEXO III – Decreto n. 4388 de 25.09.2002 - Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002.

Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

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

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002;

Considerando que o mencionado Ato Internacional entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, e passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002, nos termos de seu art. 126;

DECRETA:

Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 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 Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

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

Brasília, 25 de setembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Luiz Augusto Soint-Brisson de Araujo Castro

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 26.9.2002

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

Preâmbulo

Os Estados Partes no presente Estatuto.

Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade,

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,

Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,

Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,

Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,

Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional,

Convieram no seguinte:

Capítulo I

Criação do Tribunal

Artigo 1º

O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Artigo 2º

Relação do Tribunal com as Nações Unidas

A relação entre o Tribunal e as Nações Unidas será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembléia dos Estados Partes no presente Estatuto e, em seguida, concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

Artigo 3º

Sede do Tribunal

1. A sede do Tribunal será na Haia, Países Baixos ("o Estado anfitrião").
2. O Tribunal estabelecerá um acordo de sede com o Estado anfitrião, a ser aprovado pela Assembléia dos Estados Partes e em seguida concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.
3. Sempre que entender conveniente, o Tribunal poderá funcionar em outro local, nos termos do presente Estatuto.

Artigo 4º

Regime Jurídico e Poderes do Tribunal

1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos.
2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.

Capítulo II

Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável

Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
 - a) O crime de genocídio;
 - b) Crimes contra a humanidade;
 - c) Crimes de guerra;
 - d) O crime de agressão.
2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Artigo 6º

Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Artigo 7º

Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de *apartheid*" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Artigo 8º

Crimes de Guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

- i) Homicídio doloso;
- ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
- iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
- iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
- v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;
- vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
- vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;
- viii) Tomada de reféns;

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

- i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;
- ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;
- iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;
- v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;
- vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;
- vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;
- viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;

ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde;

xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo;

xii) Declarar que não será dado quartel;

xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra;

xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;

xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;

xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;

xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

xx) Utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123;

xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 7º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra;

xxiii) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;

ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

iii) A tomada de reféns;

iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.

d) A alínea c) do parágrafo 2º do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante;

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;

iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 7º; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra;

vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;

x) Declarar que não será dado quartel;

xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;

xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;

f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3. O disposto nas alíneas c) e e) do parágrafo 2º, em nada afetará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado, e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

Artigo 9º

Elementos Constitutivos dos Crimes

1. Os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do presente Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

2. As alterações aos elementos constitutivos dos crimes poderão ser propostas por:

a) Qualquer Estado Parte;

b) Os juízes, através de deliberação tomada por maioria absoluta;

c) O Procurador.

As referidas alterações entram em vigor depois de aprovadas por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

3. Os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto.

Artigo 10

Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.

Artigo 11

Competência *Ratione Temporis*

1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3º do artigo 12.

Artigo 12

Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

Artigo 13

Exercício da Jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

Artigo 14

Denúncia por um Estado Parte

1. Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes.

2. O Estado que proceder à denúncia deverá, tanto quanto possível, especificar as circunstâncias relevantes do caso e anexar toda a documentação de que disponha.

Artigo 15

Procurador

1. O Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal.

2. O Procurador apreciará a seriedade da informação recebida. Para tal, poderá recolher informações suplementares junto aos Estados, aos órgãos da Organização das Nações Unidas, às Organizações Intergovernamentais ou Não Governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal.

3. Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o Procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao Juízo de Instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido. As vítimas poderão apresentar representações no Juízo de Instrução, de acordo com o Regulamento Processual.

4. Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o Juízo de Instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um Inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade.

5. A recusa do Juízo de Instrução em autorizar a abertura do inquérito não impedirá o Procurador de formular ulteriormente outro pedido com base em novos fatos ou provas respeitantes à mesma situação.

6. Se, depois da análise preliminar a que se referem os parágrafos 1º e 2º, o Procurador concluir que a informação apresentada não constitui fundamento suficiente para um inquérito, o Procurador informará quem a tiver apresentado de tal entendimento. Tal não impede que o Procurador examine, à luz de novos fatos ou provas, qualquer outra informação que lhe venha a ser comunicada sobre o mesmo caso.

Artigo 16

Adiamento do Inquérito e do Procedimento Criminal

Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

Artigo 17

Questões Relativas à Admissibilidade

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;

b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;

c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;

d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;

b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;

c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Artigo 18

Decisões Preliminares sobre Admissibilidade

1. Se uma situação for denunciada ao Tribunal nos termos do artigo 13, parágrafo a), e o Procurador determinar que existem fundamentos para abrir um inquérito ou der início a um inquérito de acordo com os artigos 13, parágrafo c) e 15, deverá notificar todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre esses crimes. O Procurador poderá proceder à notificação a título confidencial e, sempre que o considere necessário com vista a proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga de pessoas, poderá limitar o âmbito da informação a transmitir aos Estados.

2. No prazo de um mês após a recepção da referida notificação, qualquer Estado poderá informar o Tribunal de que está procedendo, ou já procedeu, a um inquérito sobre nacionais seus ou outras pessoas sob a sua jurisdição, por atos que possam constituir crimes a que se refere o artigo 5º e digam respeito à informação constante na respectiva notificação. A pedido desse Estado, o Procurador transferirá para ele o inquérito sobre essas pessoas, a menos que, a pedido do Procurador, o Juízo de Instrução decida autorizar o inquérito.

3. A transferência do inquérito poderá ser reexaminada pelo Procurador seis meses após a data em que tiver sido decidida ou, a todo o momento, quando tenha ocorrido uma alteração

significativa de circunstâncias, decorrente da falta de vontade ou da incapacidade efetiva do Estado de levar a cabo o inquérito.

4. O Estado interessado ou o Procurador poderão interpor recurso para o Juízo de Recursos da decisão proferida por um Juízo de Instrução, tal como previsto no artigo 82. Este recurso poderá seguir uma forma sumária.

5. Se o Procurador transferir o inquérito, nos termos do parágrafo 2º, poderá solicitar ao Estado interessado que o informe periodicamente do andamento do mesmo e de qualquer outro procedimento subsequente. Os Estados Partes responderão a estes pedidos sem atrasos injustificados.

6. O Procurador poderá, enquanto aguardar uma decisão a proferir no Juízo de Instrução, ou a todo o momento se tiver transferido o inquérito nos termos do presente artigo, solicitar ao tribunal de instrução, a título excepcional, que o autorize a efetuar as investigações que considere necessárias para preservar elementos de prova, quando exista uma oportunidade única de obter provas relevantes ou um risco significativo de que essas provas possam não estar disponíveis numa fase ulterior.

7. O Estado que tenha recorrido de uma decisão do Juízo de Instrução nos termos do presente artigo poderá impugnar a admissibilidade de um caso nos termos do artigo 19, invocando fatos novos relevantes ou uma alteração significativa de circunstâncias.

Artigo 19

Impugnação da Jurisdição do Tribunal ou da Admissibilidade do Caso

1. O Tribunal deverá certificar-se de que detém jurisdição sobre todos os casos que lhe sejam submetidos. O Tribunal poderá pronunciar-se de ofício sobre a admissibilidade do caso em conformidade com o artigo 17.

2. Poderão impugnar a admissibilidade do caso, por um dos motivos referidos no artigo 17, ou impugnar a jurisdição do Tribunal:

a) O acusado ou a pessoa contra a qual tenha sido emitido um mandado ou ordem de detenção ou de comparecimento, nos termos do artigo 58;

b) Um Estado que detenha o poder de jurisdição sobre um caso, pelo fato de o estar investigando ou julgando, ou por já o ter feito antes; ou

c) Um Estado cuja aceitação da competência do Tribunal seja exigida, de acordo com o artigo 12.

3. O Procurador poderá solicitar ao Tribunal que se pronuncie sobre questões de jurisdição ou admissibilidade. Nas ações relativas a jurisdição ou admissibilidade, aqueles que tiverem denunciado um caso ao abrigo do artigo 13, bem como as vítimas, poderão também apresentar as suas observações ao Tribunal.

4. A admissibilidade de um caso ou a jurisdição do Tribunal só poderão ser impugnadas uma única vez por qualquer pessoa ou Estado a que se faz referência no parágrafo 2º. A impugnação deverá ser feita antes do julgamento ou no seu início. Em circunstâncias excepcionais, o Tribunal poderá autorizar que a impugnação se faça mais de uma vez ou depois do início do julgamento. As impugnações à admissibilidade de um caso feitas no início do julgamento, ou posteriormente com a autorização do Tribunal, só poderão fundamentar-se no disposto no parágrafo 1º, alínea c) do artigo 17.

5. Os Estados a que se referem as alíneas b) e c) do parágrafo 2º do presente artigo deverão deduzir impugnação logo que possível.

6. Antes da confirmação da acusação, a impugnação da admissibilidade de um caso ou da jurisdição do Tribunal será submetida ao Juízo de Instrução e, após confirmação, ao Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Das decisões relativas à jurisdição ou admissibilidade caberá recurso para o Juízo de Recursos, de acordo com o artigo 82.

7. Se a impugnação for feita pelo Estado referido nas alíneas b) e c) do parágrafo 2º, o Procurador suspenderá o inquérito até que o Tribunal decida em conformidade com o artigo 17.

8. Enquanto aguardar uma decisão, o Procurador poderá solicitar ao Tribunal autorização para:

- a) Proceder às investigações necessárias previstas no parágrafo 6º do artigo 18;
- b) Recolher declarações ou o depoimento de uma testemunha ou completar o recolhimento e o exame das provas que tenha iniciado antes da impugnação; e
- c) Impedir, em colaboração com os Estados interessados, a fuga de pessoas em relação às quais já tenha solicitado um mandado de detenção, nos termos do artigo 58.

9. A impugnação não afetará a validade de nenhum ato realizado pelo Procurador, nem de nenhuma decisão ou mandado anteriormente emitido pelo Tribunal.

10. Se o Tribunal tiver declarado que um caso não é admissível, de acordo com o artigo 17, o Procurador poderá pedir a revisão dessa decisão, após se ter certificado de que surgiram novos fatos que invalidam os motivos pelos quais o caso havia sido considerado inadmissível nos termos do artigo 17.

11. Se o Procurador, tendo em consideração as questões referidas no artigo 17, decidir transferir um inquérito, poderá pedir ao Estado em questão que o mantenha informado do seguimento do processo. Esta informação deverá, se esse Estado o solicitar, ser mantida confidencial. Se o Procurador decidir, posteriormente, abrir um inquérito, comunicará a sua decisão ao Estado para o qual foi transferido o processo.

Artigo 20

Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

- a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
- b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Artigo 21

Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

Capítulo III

Princípios Gerais de Direito Penal

Artigo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23

Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Artigo 24

Não retroatividade ratione personae

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

Artigo 25

Responsabilidade Criminal Individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;

c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;

d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:

i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou

ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;

e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;

f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumar devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Artigo 26

Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos

O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

Artigo 27

Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Artigo 28

Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Artigo 30

Elementos Psicológicos

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:

a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la;

b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos .

3. Nos termos do presente artigo, entende-se por "conhecimento" a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões "ter conhecimento" e "com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.

Artigo 31

Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal

Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:

a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;

b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;

c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;

d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá:

i) Ter sido feita por outras pessoas; ou

ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.

2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão aplicáveis no caso em apreço.

3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.

Artigo 32

Erro de Fato ou Erro de Direito

1. O erro de fato só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.

2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33 do presente Estatuto.

Artigo 33

Decisão Hierárquica e Disposições Legais

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:

a) Estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;

b) Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e

c) A decisão não fosse manifestamente ilegal.

2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

Capítulo IV

Composição e Administração do Tribunal

Artigo 34

Órgãos do Tribunal

O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

a) A Presidência;

b) Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução;

c) O Gabinete do Procurador;

d) A Secretaria.

Artigo 35

Exercício das Funções de Juiz

1. Os juízes serão eleitos membros do Tribunal para exercer funções em regime de exclusividade e deverão estar disponíveis para desempenhar o respectivo cargo desde o início do seu mandato.
2. Os juízes que comporão a Presidência desempenharão as suas funções em regime de exclusividade desde a sua eleição.
3. A Presidência poderá, em função do volume de trabalho do Tribunal, e após consulta dos seus membros, decidir periodicamente em que medida é que será necessário que os restantes juízes desempenhem as suas funções em regime de exclusividade. Estas decisões não prejudicarão o disposto no artigo 40.
4. Os ajustes de ordem financeira relativos aos juízes que não tenham de exercer os respectivos cargos em regime de exclusividade serão adotadas em conformidade com o disposto no artigo 49.

Artigo 36

Qualificações, Candidatura e Eleição dos Juízes

1. Sob reserva do disposto no parágrafo 2º, o Tribunal será composto por 18 juízes.
2. a) A Presidência, agindo em nome do Tribunal, poderá propor o aumento do número de juízes referido no parágrafo 1º fundamentando as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. O Secretário comunicará imediatamente a proposta a todos os Estados Partes;
- b) A proposta será seguidamente apreciada em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada nos termos do artigo 112 e deverá ser considerada adotada se for aprovada na sessão por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes; a proposta entrará em vigor na data fixada pela Assembléia dos Estados Partes;
- c) i) Logo que seja aprovada a proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto na alínea b), a eleição dos juízes adicionais terá lugar no período seguinte de sessões da Assembléia dos Estados Partes, nos termos dos parágrafos 3º a 8º do presente artigo e do parágrafo 2º do artigo 37;
- ii) Após a aprovação e a entrada em vigor de uma proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto nas alíneas b) e c) i), a Presidência poderá, a qualquer momento, se o volume de trabalho do Tribunal assim o justificar, propor que o número de juízes seja reduzido, mas nunca para um número inferior ao fixado no parágrafo 1º. A proposta será apreciada de acordo com o procedimento definido nas alíneas a) e b). Caso a proposta seja aprovada, o número de juízes será progressivamente reduzido, à medida que expirem os mandatos e até que se alcance o número previsto.
3. a) Os juízes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnem os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países.
- b) Os candidatos a juízes deverão possuir:
 - i) Reconhecida competência em direito penal e direito processual penal e a necessária experiência em processos penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante; ou

ii) Reconhecida competência em matérias relevantes de direito internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos, assim como vasta experiência em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal;

c) Os candidatos a juízes deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. a) Qualquer Estado Parte no presente Estatuto poderá propor candidatos às eleições para juiz do Tribunal mediante:

i) O procedimento previsto para propor candidatos aos mais altos cargos judiciais do país;
ou

ii) O procedimento previsto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça para propor candidatos a esse Tribunal.

As propostas de candidatura deverão ser acompanhadas de uma exposição detalhada comprovativa de que o candidato possui os requisitos enunciados no parágrafo 3º;

b) Qualquer Estado Parte poderá apresentar uma candidatura de uma pessoa que não tenha necessariamente a sua nacionalidade, mas que seja nacional de um Estado Parte;

c) A Assembléia dos Estados Partes poderá decidir constituir, se apropriado, uma Comissão consultiva para o exame das candidaturas, neste caso, a Assembléia dos Estados Partes determinará a composição e o mandato da Comissão.

5. Para efeitos da eleição, serão estabelecidas duas listas de candidatos:

A lista A, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) i) do parágrafo 3º; e

A lista B, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) ii) do parágrafo 3º.

O candidato que reúna os requisitos constantes de ambas as listas, poderá escolher em qual delas deseja figurar. Na primeira eleição de membros do Tribunal, pelo menos nove juízes serão eleitos entre os candidatos da lista A e pelo menos cinco entre os candidatos da lista B. As eleições subsequentes serão organizadas por forma a que se mantenha no Tribunal uma proporção equivalente de juízes de ambas as listas.

6. a) Os juízes serão eleitos por escrutínio secreto, em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada para esse efeito, nos termos do artigo 112. Sob reserva do disposto no parágrafo 7, serão eleitos os 18 candidatos que obtenham o maior número de votos e uma maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes;

b) No caso em que da primeira votação não resulte eleito um número suficiente de juízes, proceder-se-á a nova votação, de acordo com os procedimentos estabelecidos na alínea a), até provimento dos lugares restantes.

7. O Tribunal não poderá ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado. Para este efeito, a pessoa que for considerada nacional de mais de um Estado será considerada nacional do Estado onde exerce habitualmente os seus direitos civis e políticos.

8. a) Na seleção dos juízes, os Estados Partes ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua:

- i) A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo;
- ii) Uma representação geográfica eqüitativa; e
- iii) Uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino;

b) Os Estados Partes levarão igualmente em consideração a necessidade de assegurar a presença de juízes especializados em determinadas matérias incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças.

9. a) Salvo o disposto na alínea b), os juízes serão eleitos por um mandato de nove anos e não poderão ser reeleitos, salvo o disposto na alínea c) e no parágrafo 2º do artigo 37;

b) Na primeira eleição, um terço dos juízes eleitos será selecionado por sorteio para exercer um mandato de três anos; outro terço será selecionado, também por sorteio, para exercer um mandato de seis anos; e os restantes exercerão um mandato de nove anos;

c) Um juiz selecionado para exercer um mandato de três anos, em conformidade com a alínea b), poderá ser reeleito para um mandato completo.

10. Não obstante o disposto no parágrafo 9, um juiz afeto a um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou de Recurso, em conformidade com o artigo 39, permanecerá em funções até à conclusão do julgamento ou do recurso dos casos que tiver a seu cargo.

Artigo 37

Vagas

1. Caso ocorra uma vaga, realizar-se-á uma eleição para o seu provimento, de acordo com o artigo 36.

2. O juiz eleito para prover uma vaga, concluirá o mandato do seu antecessor e, se esse período for igual ou inferior a três anos, poderá ser reeleito para um mandato completo, nos termos do artigo 36.

Artigo 38

A Presidência

1. O Presidente, o Primeiro Vice-Presidente e o Segundo Vice-Presidente serão eleitos por maioria absoluta dos juízes. Cada um desempenhará o respectivo cargo por um período de três anos ou até ao termo do seu mandato como juiz, conforme o que expirar em primeiro lugar. Poderão ser reeleitos uma única vez.

2. O Primeiro Vice-Presidente substituirá o Presidente em caso de impossibilidade ou recusa deste. O Segundo Vice-Presidente substituirá o Presidente em caso de impedimento ou recusa deste ou do Primeiro Vice-Presidente.

3. O Presidente, o Primeiro Vice-Presidente e o Segundo Vice-Presidente constituirão a Presidência, que ficará encarregada:

- a) Da adequada administração do Tribunal, com exceção do Gabinete do Procurador; e
- b) Das restantes funções que lhe forem conferidas de acordo com o presente Estatuto.

4. Embora eximindo-se da sua responsabilidade nos termos do parágrafo 3º a), a Presidência atuará em coordenação com o Gabinete do Procurador e deverá obter a aprovação deste em todos os assuntos de interesse comum.

Artigo 39

Juizes

1. Após a eleição dos juizes e logo que possível, o Tribunal deverá organizar-se nas seções referidas no artigo 34 b). A Seção de Recursos será composta pelo Presidente e quatro juizes, a Seção de Julgamento em Primeira Instância por, pelo menos, seis juizes e a Seção de Instrução por, pelo menos, seis juizes. Os juizes serão adstritos às Seções de acordo com a natureza das funções que corresponderem a cada um e com as respectivas qualificações e experiência, por forma a que cada Seção disponha de um conjunto adequado de especialistas em direito penal e processual penal e em direito internacional. A Seção de Julgamento em Primeira Instância e a Seção de Instrução serão predominantemente compostas por juizes com experiência em processo penal.

2. a) As funções judiciais do Tribunal serão desempenhadas em cada Seção pelos juizes.

b) i) O Juízo de Recursos será composto por todos os juizes da Seção de Recursos;

ii) As funções do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão desempenhadas por três juizes da Seção de Julgamento em Primeira Instância;

iii) As funções do Juízo de Instrução serão desempenhadas por três juizes da Seção de Instrução ou por um só juiz da referida Seção, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual;

c) Nada no presente número obstará a que se constituam simultaneamente mais de um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou Juízo de Instrução, sempre que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exigir.

3. a) Os juizes adstritos às Seções de Julgamento em Primeira Instância e de Instrução desempenharão o cargo nessas Seções por um período de três anos ou, decorrido esse período, até à conclusão dos casos que lhes tenham sido cometidos pela respectiva Seção;

b) Os juizes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo nessa Seção durante todo o seu mandato.

4. Os juizes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo unicamente nessa Seção. Nada no presente artigo obstará a que sejam adstritos temporariamente juizes da Seção de Julgamento em Primeira Instância à Seção de Instrução, ou inversamente, se a Presidência entender que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exige; porém, o juiz que tenha participado na fase instrutória não poderá, em caso algum, fazer parte do Juízo de Julgamento em Primeira Instância encarregado do caso.

Artigo 40

Independência dos Juizes

1. Os juizes serão independentes no desempenho das suas funções.

2. Os juizes não desenvolverão qualquer atividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência.

3. Os juízes que devam desempenhar os seus cargos em regime de exclusividade na sede do Tribunal não poderão ter qualquer outra ocupação de natureza profissional.

4. As questões relativas à aplicação dos parágrafos 2º e 3º serão decididas por maioria absoluta dos juízes. Nenhum juiz participará na decisão de uma questão que lhe diga respeito.

Artigo 41

Impedimento e Desqualificação de Juízes

1. A Presidência poderá, a pedido de um juiz, declarar seu impedimento para o exercício de alguma das funções que lhe confere o presente Estatuto, em conformidade com o Regulamento Processual.

2. a) Nenhum juiz pode participar num caso em que, por qualquer motivo, seja posta em dúvida a sua imparcialidade. Será desqualificado, em conformidade com o disposto neste número, entre outras razões, se tiver intervindo anteriormente, a qualquer título, em um caso submetido ao Tribunal ou em um procedimento criminal conexo em nível nacional que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal. Pode ser igualmente desqualificado por qualquer outro dos motivos definidos no Regulamento Processual;

b) O Procurador ou a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar a desqualificação de um juiz em virtude do disposto no presente número;

c) As questões relativas à desqualificação de juízes serão decididas por maioria absoluta dos juízes. O juiz cuja desqualificação for solicitada, poderá pronunciar-se sobre a questão, mas não poderá tomar parte na decisão.

Artigo 42

O Gabinete do Procurador

1. O Gabinete do Procurador atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal. Competir-lhe-á recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.

2. O Gabinete do Procurador será presidido pelo Procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos. O Procurador será coadjuvado por um ou mais Procuradores-Adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade com o disposto no presente Estatuto. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão o respectivo cargo em regime de exclusividade.

3. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. O Procurador será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes. Os Procuradores-Adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo Procurador. O Procurador proporá três candidatos para cada cargo de Procurador-Adjunto a prover. A menos que, ao tempo da eleição, seja fixado um período mais curto, o Procurador e os Procuradores-Adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não deverão desenvolver qualquer atividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência e não poderão desempenhar qualquer outra função de caráter profissional.

6. A Presidência poderá, a pedido do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, escusá-lo de intervir num determinado caso.

7. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não poderão participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa. Serão recusados, em conformidade com o disposto no presente número, entre outras razões, se tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento crime conexo em nível nacional, que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal.

8. As questões relativas à recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto serão decididas pelo Juízo de Recursos.

a) A pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar, a todo o momento, a recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, pelos motivos previstos no presente artigo;

b) O Procurador ou o Procurador-Adjunto, segundo o caso, poderão pronunciar-se sobre a questão.

9. O Procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinadas áreas incluindo, entre outras, as da violência sexual ou violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e da violência contra as crianças.

Artigo 43

A Secretaria

1. A Secretaria será responsável pelos aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal, sem prejuízo das funções e atribuições do Procurador definidas no artigo 42.

2. A Secretaria será dirigida pelo Secretário, principal responsável administrativo do Tribunal. O Secretário exercerá as suas funções na dependência do Presidente do Tribunal.

3. O Secretário e o Secretário-Adjunto deverão ser pessoas de elevada idoneidade moral e possuir um elevado nível de competência e um excelente conhecimento e domínio de, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. Os juízes elegerão o Secretário em escrutínio secreto, por maioria absoluta, tendo em consideração as recomendações da Assembléia dos Estados Partes. Se necessário, elegerão um Secretário-Adjunto, por recomendação do Secretário e pela mesma forma.

5. O Secretário será eleito por um período de cinco anos para exercer funções em regime de exclusividade e só poderá ser reeleito uma vez. O Secretário-Adjunto será eleito por um período de cinco anos, ou por um período mais curto se assim o decidirem os juízes por deliberação tomada por maioria absoluta, e exercerá as suas funções de acordo com as exigências de serviço.

6. O Secretário criará, no âmbito da Secretaria, uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas. Esta Unidade, em conjunto com o Gabinete do Procurador, adotará medidas de proteção e dispositivos de segurança e prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas. A Unidade incluirá pessoal especializado para atender as vítimas de traumas, nomeadamente os relacionados com crimes de violência sexual.

Artigo 44

O Pessoal

1. O Procurador e o Secretário nomearão o pessoal qualificado necessário aos respectivos serviços, nomeadamente, no caso do Procurador, o pessoal encarregado de efetuar diligências no âmbito do inquérito.

2. No tocante ao recrutamento de pessoal, o Procurador e o Secretário assegurarão os mais altos padrões de eficiência, competência e integridade, tendo em consideração, *mutatis mutandis*, os critérios estabelecidos no parágrafo 8 do artigo 36.

3. O Secretário, com o acordo da Presidência e do Procurador, proporá o Estatuto do Pessoal, que fixará as condições de nomeação, remuneração e cessação de funções do pessoal do Tribunal. O Estatuto do Pessoal será aprovado pela Assembléia dos Estados Partes.

4. O Tribunal poderá, em circunstâncias excepcionais, recorrer aos serviços de pessoal colocado à sua disposição, a título gratuito, pelos Estados Partes, organizações intergovernamentais e organizações não governamentais, com vista a colaborar com qualquer um dos órgãos do Tribunal. O Procurador poderá anuir a tal eventualidade em nome do Gabinete do Procurador. A utilização do pessoal disponibilizado a título gratuito ficará sujeita às diretivas estabelecidas pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 45

Compromisso Solene

Antes de assumir as funções previstas no presente Estatuto, os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-Adjunto declararão solenemente, em sessão pública,

que exercerão as suas funções imparcial e conscienciosamente.

Artigo 46

Cessação de Funções

1. Um Juiz, o Procurador, um Procurador-Adjunto, o Secretário ou o Secretário-Adjunto cessará as respectivas funções, por decisão adotada de acordo com o disposto no parágrafo 2º, nos casos em que:

a) Se conclua que a pessoa em causa incorreu em falta grave ou incumprimento grave das funções conferidas pelo presente Estatuto, de acordo com o previsto no Regulamento Processual; ou

b) A pessoa em causa se encontre impossibilitada de desempenhar as funções definidas no presente Estatuto.

2. A decisão relativa à cessação de funções de um juiz, do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, de acordo com o parágrafo 1º, será adotada pela Assembléia dos Estados Partes em escrutínio secreto:

a) No caso de um juiz, por maioria de dois terços dos Estados Partes, com base em recomendação adotada por maioria de dois terços dos restantes juízes;

b) No caso do Procurador, por maioria absoluta dos Estados Partes;

c) No caso de um Procurador-Adjunto, por maioria absoluta dos Estados Partes, com base na recomendação do Procurador.

3. A decisão relativa à cessação de funções do Secretário ou do Secretário-Adjunto, será adotada por maioria absoluta de votos dos juízes.

4. Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto, cuja conduta ou idoneidade para o exercício das funções inerentes ao cargo em conformidade com o presente Estatuto tiver sido contestada ao abrigo do presente artigo, terão plena possibilidade de apresentar e obter meios de prova e produzir alegações de acordo com o Regulamento Processual; não poderão, no entanto, participar, de qualquer outra forma, na apreciação do caso.

Artigo 47

Medidas Disciplinares

Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto que tiverem cometido uma falta menos grave que a prevista no parágrafo 1º do artigo 46 incorrerão em responsabilidade disciplinar nos termos do Regulamento Processual.

Artigo 48

Privilégios e Imunidades

1. O Tribunal gozará, no território dos Estados Partes, dos privilégios e imunidades que se mostrem necessários ao cumprimento das suas funções.

2. Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos e o Secretário gozarão, no exercício das suas funções ou em relação a estas, dos mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas, continuando a usufruir de absoluta imunidade judicial relativamente às suas declarações, orais ou escritas, e aos atos que pratiquem no desempenho de funções oficiais após o termo do respectivo mandato.

3. O Secretário-Adjunto, o pessoal do Gabinete do Procurador e o pessoal da Secretaria gozarão dos mesmos privilégios e imunidades e das facilidades necessárias ao cumprimento das respectivas funções, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

4. Os advogados, peritos, testemunhas e outras pessoas, cuja presença seja requerida na sede do Tribunal, beneficiarão do tratamento que se mostre necessário ao funcionamento adequado deste, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

5. Os privilégios e imunidades poderão ser levantados:

a) No caso de um juiz ou do Procurador, por decisão adotada por maioria absoluta dos juízes;

b) No caso do Secretário, pela Presidência;

c) No caso dos Procuradores-Adjuntos e do pessoal do Gabinete do Procurador, pelo Procurador;

d) No caso do Secretário-Adjunto e do pessoal da Secretaria, pelo Secretário.

Artigo 49

Vencimentos, Subsídios e Despesas

Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-Adjunto auferirão os vencimentos e terão direito aos subsídios e ao reembolso de despesas que forem estabelecidos em Assembléia dos Estados Partes. Estes vencimentos e subsídios não serão reduzidos no decurso do mandato.

Artigo 50

Línguas Oficiais e Línguas de Trabalho

1. As línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa serão as línguas oficiais do Tribunal. As sentenças proferidas pelo Tribunal, bem como outras decisões sobre questões fundamentais submetidas ao Tribunal, serão publicadas nas línguas oficiais. A Presidência, de acordo com os critérios definidos no Regulamento Processual, determinará quais as decisões que poderão ser consideradas como decisões sobre questões fundamentais, para os efeitos do presente parágrafo.

2. As línguas francesa e inglesa serão as línguas de trabalho do Tribunal. O Regulamento Processual definirá os casos em que outras línguas oficiais poderão ser usadas como línguas de trabalho.

3. A pedido de qualquer Parte ou qualquer Estado que tenha sido admitido a intervir num processo, o Tribunal autorizará o uso de uma língua que não seja a francesa ou a inglesa, sempre que considere que tal autorização se justifica.

Artigo 51

Regulamento Processual

1. O Regulamento Processual entrará em vigor mediante a sua aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

2. Poderão propor alterações ao Regulamento Processual:

- a) Qualquer Estado Parte;
- b) Os juízes, por maioria absoluta; ou
- c) O Procurador.

Estas alterações entrarão em vigor mediante a aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados partes.

3. Após a aprovação do Regulamento Processual, em casos urgentes em que a situação concreta suscitada em Tribunal não se encontre prevista no Regulamento Processual, os juízes poderão, por maioria de dois terços, estabelecer normas provisórias a serem aplicadas até que a Assembléia dos Estados Partes as aprove, altere ou rejeite na sessão ordinária ou extraordinária seguinte.

4. O Regulamento Processual, e respectivas alterações, bem como quaisquer normas provisórias, deverão estar em consonância com o presente Estatuto. As alterações ao Regulamento Processual, assim como as normas provisórias aprovadas em conformidade com o parágrafo 3º, não serão aplicadas com caráter retroativo em detrimento de qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal, ou que tenha sido condenada.

5. Em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá.

Artigo 52

Regimento do Tribunal

1. De acordo com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual, os juízes aprovarão, por maioria absoluta, o Regimento necessário ao normal funcionamento do Tribunal.
2. O Procurador e o Secretário serão consultados sobre a elaboração do Regimento ou sobre qualquer alteração que lhe seja introduzida.
3. O Regimento do Tribunal e qualquer alteração posterior entrarão em vigor mediante a sua aprovação, salvo decisão em contrário dos juízes. Imediatamente após a adoção, serão circulados pelos Estados Partes para observações e continuarão em vigor se, dentro de seis meses, não forem formuladas objeções pela maioria dos Estados Partes.

Capítulo V

Inquérito e Procedimento Criminal

Artigo 53

Abertura do Inquérito

1. O Procurador, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para proceder ao mesmo. Na sua decisão, o Procurador terá em conta se:

- a) A informação de que dispõe constitui fundamento razoável para crer que foi, ou está sendo, cometido um crime da competência do Tribunal;
- b) O caso é ou seria admissível nos termos do artigo 17; e
- c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça.

Se decidir que não há motivo razoável para abrir um inquérito e se esta decisão se basear unicamente no disposto na alínea c), o Procurador informará o Juízo de Instrução.

2. Se, concluído o inquérito, o Procurador chegar à conclusão de que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente, na medida em que:

- a) Não existam elementos suficientes, de fato ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparência, de acordo com o artigo 58;
- b) O caso seja inadmissível, de acordo com o artigo 17; ou
- c) O procedimento não serviria o interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime, comunicará a sua decisão, devidamente fundamentada, ao Juízo de Instrução e ao Estado que lhe submeteu o caso, de acordo com o artigo 14, ou ao Conselho de Segurança, se se tratar de um caso previsto no parágrafo b) do artigo 13.

3. a) A pedido do Estado que tiver submetido o caso, nos termos do artigo 14, ou do Conselho de Segurança, nos termos do parágrafo b) do artigo 13, o Juízo de Instrução poderá examinar a decisão do Procurador de não proceder criminalmente em conformidade com os parágrafos 1º ou 2º e solicitar-lhe que reconsidere essa decisão;

b) Além disso, o Juízo de Instrução poderá, oficiosamente, examinar a decisão do Procurador de não proceder criminalmente, se essa decisão se basear unicamente no disposto no parágrafo 1º, alínea c), e no parágrafo 2º, alínea c). Nesse caso, a decisão do Procurador só produzirá efeitos se confirmada pelo Juízo de Instrução.

4. O Procurador poderá, a todo o momento, reconsiderar a sua decisão de abrir um inquérito ou proceder criminalmente, com base em novos fatos ou novas informações.

Artigo 54

Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito

1. O Procurador deverá:

a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa;

b) Adotar as medidas adequadas para assegurar a eficácia do inquérito e do procedimento criminal relativamente aos crimes da jurisdição do Tribunal e, na sua atuação, o Procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde; terá igualmente em conta a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual, violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e violência contra as crianças; e

c) Respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo presente Estatuto.

2. O Procurador poderá realizar investigações no âmbito de um inquérito no território de um Estado:

a) De acordo com o disposto na Parte IX; ou

b) Mediante autorização do Juízo de Instrução, dada nos termos do parágrafo 3º, alínea d), do artigo 57.

3. O Procurador poderá:

a) Reunir e examinar provas;

b) Convocar e interrogar pessoas objeto de inquérito e convocar e tomar o depoimento de vítimas e testemunhas;

c) Procurar obter a cooperação de qualquer Estado ou organização intergovernamental ou instrumento intergovernamental, de acordo com a respectiva competência e/ou mandato;

d) Celebrar acordos ou convênios compatíveis com o presente Estatuto, que se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa;

e) Concordar em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu caráter confidencial e com o objetivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação; e

f) Adotar ou requerer que se adotem as medidas necessárias para assegurar o caráter confidencial da informação, a proteção de pessoas ou a preservação da prova.

Artigo 55

Direitos das Pessoas no Decurso do Inquérito

1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto:

- a) Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada;
- b) Nenhuma pessoa poderá ser submetida a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; e
- c) Qualquer pessoa que for interrogada numa língua que não compreenda ou não fale fluentemente, será assistida, gratuitamente, por um intérprete competente e disporá das traduções que são necessárias às exigências de equidade;
- d) Nenhuma pessoa poderá ser presa ou detida arbitrariamente, nem ser privada da sua liberdade, salvo pelos motivos previstos no presente Estatuto e em conformidade com os procedimentos nele estabelecidos.

2. Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo Procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos:

- a) A ser informada antes de ser interrogada de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do Tribunal;
- b) A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência;
- c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor dativo, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar; e
- d) A ser interrogada na presença do seu advogado, a menos que tenha renunciado voluntariamente ao direito de ser assistida por um advogado.

Artigo 56

Intervenção do Juízo de Instrução em Caso de Oportunidade Única

de Proceder a um Inquérito

1. a) Sempre que considere que um inquérito oferece uma oportunidade única de recolher depoimentos ou declarações de uma testemunha ou de examinar, reunir ou verificar provas, o Procurador comunicará esse fato ao Juízo de Instrução;

b) Nesse caso, o Juízo de Instrução, a pedido do Procurador, poderá adotar as medidas que entender necessárias para assegurar a eficácia e a integridade do processo e, em particular, para proteger os direitos de defesa;

c) Salvo decisão em contrário do Juízo de Instrução, o Procurador transmitirá a informação relevante à pessoa que tenha sido detida, ou que tenha comparecido na seqüência de notificação emitida no âmbito do inquérito a que se refere a alínea a), para que possa ser ouvida sobre a matéria em causa.

2. As medidas a que se faz referência na alínea b) do parágrafo 1º poderão consistir em:

- a) Fazer recomendações ou proferir despachos sobre o procedimento a seguir;
- b) Ordenar que seja lavrado o processo;
- c) Nomear um perito;

d) Autorizar o advogado de defesa do detido, ou de quem tiver comparecido no Tribunal na sequência de notificação, a participar no processo ou, no caso dessa detenção ou comparecimento não se ter ainda verificado ou não tiver ainda sido designado advogado, a nomear outro defensor que se encarregará dos interesses da defesa e os representará;

e) Encarregar um dos seus membros ou, se necessário, outro juiz disponível da Seção de Instrução ou da Seção de Julgamento em Primeira Instância, de formular recomendações ou proferir despachos sobre o recolhimento e a preservação de meios de prova e a inquirição de pessoas;

f) Adotar todas as medidas necessárias para reunir ou preservar meios de prova.

3. a) Se o Procurador não tiver solicitado as medidas previstas no presente artigo mas o Juízo de Instrução considerar que tais medidas serão necessárias para preservar meios de prova que lhe pareçam essenciais para a defesa no julgamento, o Juízo consultará o Procurador a fim de saber se existem motivos poderosos para este não requerer as referidas medidas. Se, após consulta, o Juízo concluir que a omissão de requerimento de tais medidas é injustificada, poderá adotar essas medidas de ofício.

b) O Procurador poderá recorrer da decisão do Juízo de Instrução de ofício, nos termos do presente número. O recurso seguirá uma forma sumária.

4. A admissibilidade dos meios de prova preservados ou recolhidos para efeitos do processo ou o respectivo registro, em conformidade com o presente artigo, reger-se-ão, em julgamento, pelo disposto no artigo 69, e terão o valor que lhes for atribuído pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

Artigo 57

Funções e Poderes do Juízo de Instrução

1. Salvo disposição em contrário contida no presente Estatuto, o Juízo de Instrução exercerá as suas funções em conformidade com o presente artigo.

2. a) Para os despachos do Juízo de Instrução proferidos ao abrigo dos artigos 15, 18, 19, 54, parágrafo 2º, 61, parágrafo 7, e 72, deve concorrer maioria de votos dos juízes que o compõem;

b) Em todos os outros casos, um único juiz do Juízo de Instrução poderá exercer as funções definidas no presente Estatuto, salvo disposição em contrário contida no Regulamento Processual ou decisão em contrário do Juízo de Instrução tomada por maioria de votos.

3. Independentemente das outras funções conferidas pelo presente Estatuto, o Juízo de Instrução poderá:

a) A pedido do Procurador, proferir os despachos e emitir os mandados que se revelem necessários para um inquérito;

b) A pedido de qualquer pessoa que tenha sido detida ou tenha comparecido na sequência de notificação expedida nos termos do artigo 58, proferir despachos, incluindo medidas tais como as

indicadas no artigo 56, ou procurar obter, nos termos do disposto na Parte IX, a cooperação necessária para auxiliar essa pessoa a preparar a sua defesa;

c) Sempre que necessário, assegurar a proteção e o respeito pela privacidade de vítimas e testemunhas, a preservação da prova, a proteção de pessoas detidas ou que tenham comparecido na sequência de notificação para comparecimento, assim como a proteção de informação que afete a segurança nacional;

d) Autorizar o Procurador a adotar medidas específicas no âmbito de um inquérito, no território de um Estado Parte sem ter obtido a cooperação deste nos termos do disposto na Parte IX, caso o Juízo de Instrução determine que, tendo em consideração, na medida do possível, a posição do referido Estado, este último não está manifestamente em condições de satisfazer um pedido de cooperação face à incapacidade de todas as autoridades ou órgãos do seu sistema judiciário com competência para dar seguimento a um pedido de cooperação formulado nos termos do disposto na Parte IX.

e) Quando tiver emitido um mandado de detenção ou uma notificação para comparecimento nos termos do artigo 58, e levando em consideração o valor das provas e os direitos das partes em questão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto e no Regulamento Processual, procurar obter a cooperação dos Estados, nos termos do parágrafo 1º, alínea k) do artigo 93, para adoção de medidas cautelares que visem à apreensão, em particular no interesse superior das vítimas.

Artigo 58

Mandado de Detenção e Notificação para Comparecimento do Juízo de Instrução

1. A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Procurador, considerar que:

- a) Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e
- b) A detenção dessa pessoa se mostra necessária para:
 - i) Garantir o seu comparecimento em tribunal;
 - ii) Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal; ou
 - iii) Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.

2. Do requerimento do Procurador deverão constar os seguintes elementos:

- a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
- b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que a pessoa tenha presumivelmente cometido;
- c) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime;
- d) Um resumo das provas e de qualquer outra informação que constitua motivo suficiente para crer que a pessoa cometeu o crime; e

e) Os motivos pelos quais o Procurador considere necessário proceder à detenção daquela pessoa.

3. Do mandado de detenção deverão constar os seguintes elementos:

- a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
- b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que justifique o pedido de detenção; e
- c) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime.

4. O mandado de detenção manter-se-á válido até decisão em contrário do Tribunal.

5. Com base no mandado de detenção, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva ou a detenção e entrega da pessoa em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto.

6. O Procurador poderá solicitar ao Juízo de Instrução que altere o mandado de detenção no sentido de requalificar os crimes aí indicados ou de adicionar outros. O Juízo de Instrução alterará o mandado de detenção se considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu quer os crimes na forma que se indica nessa requalificação, quer os novos crimes.

7. O Procurador poderá solicitar ao Juízo de Instrução que, em vez de um mandado de detenção, emita uma notificação para comparecimento. Se o Juízo considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu o crime que lhe é imputado e que uma notificação para comparecimento será suficiente para garantir a sua presença efetiva em tribunal, emitirá uma notificação para que a pessoa compareça, com ou sem a imposição de medidas restritivas de liberdade (distintas da detenção) se previstas no direito interno. Da notificação para comparecimento deverão constar os seguintes elementos:

- a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
- b) A data de comparecimento;
- c) A referência precisa ao crime da competência do Tribunal que a pessoa alegadamente tenha cometido; e
- d) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime.

Esta notificação será diretamente feita à pessoa em causa.

Artigo 59

Procedimento de Detenção no Estado da Detenção

1. O Estado Parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega, adotará imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o respectivo direito interno e com o disposto na Parte IX.

2. O detido será imediatamente levado à presença da autoridade judiciária competente do Estado da detenção que determinará se, de acordo com a legislação desse Estado:

- a) O mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa;
- b) A detenção foi executada de acordo com a lei;

c) Os direitos do detido foram respeitados,

3. O detido terá direito a solicitar à autoridade competente do Estado da detenção autorização para aguardar a sua entrega em liberdade.

4. Ao decidir sobre o pedido, a autoridade competente do Estado da detenção determinará se, em face da gravidade dos crimes imputados, se verificam circunstâncias urgentes e excepcionais que justifiquem a liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estado de detenção possa cumprir a sua obrigação de entregar a pessoa ao Tribunal. Essa autoridade não terá competência para examinar se o mandado de detenção foi regularmente emitido, nos termos das alíneas *a)* e *b)* do parágrafo 1º do artigo 58.

5. O pedido de liberdade provisória será notificado ao Juízo de Instrução, o qual fará recomendações à autoridade competente do Estado da detenção. Antes de tomar uma decisão, a autoridade competente do Estado da detenção terá em conta essas recomendações, incluindo as relativas a medidas adequadas para impedir a fuga da pessoa.

6. Se a liberdade provisória for concedida, o Juízo de Instrução poderá solicitar informações periódicas sobre a situação de liberdade provisória.

7. Uma vez que o Estado da detenção tenha ordenado a entrega, o detido será colocado, o mais rapidamente possível, à disposição do Tribunal.

Artigo 60

Início da Fase Instrutória

1. Logo que uma pessoa seja entregue ao Tribunal ou nele compareça voluntariamente em cumprimento de uma notificação para comparecimento, o Juízo de Instrução deverá assegurar-se de que essa pessoa foi informada dos crimes que lhe são imputados e dos direitos que o presente Estatuto lhe confere, incluindo o direito de solicitar autorização para aguardar o julgamento em liberdade.

2. A pessoa objeto de um mandado de detenção poderá solicitar autorização para aguardar julgamento em liberdade. Se o Juízo de Instrução considerar verificadas as condições enunciadas no parágrafo 1º do artigo 58, a detenção será mantida. Caso contrário, a pessoa será posta em liberdade, com ou sem condições.

3. O Juízo de Instrução reexaminará periodicamente a sua decisão quanto à liberdade provisória ou à detenção, podendo fazê-lo a todo o momento, a pedido do Procurador ou do interessado. Ao tempo da revisão, o Juízo poderá modificar a sua decisão quanto à detenção, à liberdade provisória ou às condições desta, se considerar que a alteração das circunstâncias o justifica.

4. O Juízo de Instrução certificar-se-á de que a detenção não será prolongada por período não razoável devido a demora injustificada por parte do Procurador. Caso se produza a referida demora, o Tribunal considerará a possibilidade de por o interessado em liberdade, com ou sem condições.

5. Se necessário, o Juízo de Instrução poderá emitir um mandado de detenção para garantir o comparecimento de uma pessoa que tenha sido posta em liberdade.

Artigo 61

Apreciação da Acusação Antes do Julgamento

1. Salvo o disposto no parágrafo 2º, e em um prazo razoável após a entrega da pessoa ao Tribunal ou ao seu comparecimento voluntário perante este, o Juízo de Instrução realizará uma audiência para apreciar os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende

requerer o julgamento. A audiência ocorrerá lugar na presença do Procurador e do acusado, assim como do defensor deste.

2. O Juízo de Instrução, de ofício ou a pedido do Procurador, poderá realizar a audiência na ausência do acusado, a fim de apreciar os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento, se o acusado:

- a) Tiver renunciado ao seu direito a estar presente; ou
- b) Tiver fugido ou não for possível encontrá-lo, tendo sido tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar o seu comparecimento em Tribunal e para o informar dos fatos constantes da acusação e da realização de uma audiência para apreciação dos mesmos.

Neste caso, o acusado será representado por um defensor, se o Juízo de Instrução decidir que tal servirá os interesses da justiça.

3. Num prazo razoável antes da audiência, o acusado:

- a) Receberá uma cópia do documento especificando os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento; e
- b) Será informado das provas que o Procurador pretende apresentar em audiência.

O Juízo de Instrução poderá proferir despacho sobre a divulgação de informação para efeitos da audiência.

4. Antes da audiência, o Procurador poderá reabrir o inquérito e alterar ou retirar parte dos fatos constantes da acusação. O acusado será notificado de qualquer alteração ou retirada em tempo razoável, antes da realização da audiência. No caso de retirada de parte dos fatos constantes da acusação, o Procurador informará o Juízo de Instrução dos motivos da mesma.

5. Na audiência, o Procurador produzirá provas satisfatórias dos fatos constantes da acusação, nos quais baseou a sua convicção de que o acusado cometeu o crime que lhe é imputado. O Procurador poderá basear-se em provas documentais ou um resumo das provas, não sendo obrigado a chamar as testemunhas que irão depor no julgamento.

6. Na audiência, o acusado poderá:

- a) Contestar as acusações;
- b) Impugnar as provas apresentadas pelo Procurador; e
- c) Apresentar provas.

7. Com base nos fatos apreciados durante a audiência, o Juízo de Instrução decidirá se existem provas suficientes de que o acusado cometeu os crimes que lhe são imputados. De acordo com essa decisão, o Juízo de Instrução:

- a) Declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou terem sido reunidas provas suficientes e remeterá o acusado para o juízo de Julgamento em Primeira Instância, a fim de aí ser julgado pelos fatos confirmados;
- b) Não declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou não terem sido reunidas provas suficientes;
- c) Adiará a audiência e solicitará ao Procurador que considere a possibilidade de:

i) Apresentar novas provas ou efetuar novo inquérito relativamente a um determinado fato constante da acusação; ou

ii) Modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime distinto, da competência do Tribunal, foi cometido.

8. A declaração de não procedência relativamente a parte de uma acusação, proferida pelo Juízo de Instrução, não obstará a que o Procurador solicite novamente a sua apreciação, na condição de apresentar provas adicionais.

9. Tendo os fatos constantes da acusação sido declarados procedentes, e antes do início do julgamento, o Procurador poderá, mediante autorização do Juízo de Instrução e notificação prévia do acusado, alterar alguns fatos constantes da acusação. Se o Procurador pretender acrescentar novos fatos ou substituí-los por outros de natureza mais grave, deverá, nos termos do presente artigo, requerer uma audiência para a respectiva apreciação. Após o início do julgamento, o Procurador poderá retirar a acusação, com autorização do Juízo de Instrução.

10. Qualquer mandado emitido deixará de ser válido relativamente aos fatos constantes da acusação que tenham sido declarados não procedentes pelo Juízo de Instrução ou que tenham sido retirados pelo Procurador.

11. Tendo a acusação sido declarada procedente nos termos do presente artigo, a Presidência designará um Juízo de Julgamento em Primeira Instância que, sob reserva do disposto no parágrafo 9 do presente artigo e no parágrafo 4º do artigo 64, se encarregará da fase seguinte do processo e poderá exercer as funções do Juízo de Instrução que se mostrem pertinentes e apropriadas nessa fase do processo.

Capítulo VI

O Julgamento

Artigo 62

Local do Julgamento

Salvo decisão em contrário, o julgamento terá lugar na sede do Tribunal.

Artigo 63

Presença do Acusado em Julgamento

1. O acusado estará presente durante o julgamento.

2. Se o acusado, presente em tribunal, perturbar persistentemente a audiência, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá ordenar a sua remoção da sala e providenciar para que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação. Estas medidas só serão adotadas em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis.

Artigo 64

Funções e Poderes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância

1. As funções e poderes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, enunciadas no presente artigo, deverão ser exercidas em conformidade com o presente Estatuto e o Regulamento Processual.

2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância zelará para que o julgamento seja conduzido de maneira eqüitativa e célere, com total respeito dos direitos do acusado e tendo em devida conta a proteção das vítimas e testemunhas.

3. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância a que seja submetido um caso nos termos do presente Estatuto:

a) Consultará as partes e adotará as medidas necessárias para que o processo se desenrole de maneira eqüitativa e célere;

b) Determinará qual a língua, ou quais as línguas, a utilizar no julgamento; e

c) Sob reserva de qualquer outra disposição pertinente do presente Estatuto, providenciará pela revelação de quaisquer documentos ou da informação que não tenha sido divulgada anteriormente, com suficiente antecedência relativamente ao início do julgamento, a fim de permitir a sua preparação adequada para o julgamento.

4. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, se mostrar necessário para o seu funcionamento eficaz e imparcial, remeter questões preliminares ao Juízo de Instrução ou, se necessário, a um outro juiz disponível da Seção de Instrução.

5. Mediante notificação às partes, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, conforme se lhe afigure mais adequado, ordenar que as acusações contra mais de um acusado sejam deduzidas conjunta ou separadamente.

6. No desempenho das suas funções, antes ou no decurso de um julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, se necessário:

a) Exercer qualquer uma das funções do Juízo de Instrução consignadas no parágrafo 11 do artigo 61;

b) Ordenar a comparência e a audição de testemunhas e a apresentação de documentos e outras provas, obtendo para tal, se necessário, o auxílio de outros Estados, conforme previsto no presente Estatuto;

c) Adotar medidas para a proteção da informação confidencial;

d) Ordenar a apresentação de provas adicionais às reunidas antes do julgamento ou às apresentadas no decurso do julgamento pelas partes;

e) Adotar medidas para a proteção do acusado, testemunhas e vítimas; e

f) Decidir sobre qualquer outra questão pertinente.

7. A audiência de julgamento será pública. No entanto, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá decidir que determinadas diligências se efetuem à porta fechada, em conformidade com os objetivos enunciados no artigo 68 ou com vista a proteger informação de caráter confidencial ou restrita que venha a ser apresentada como prova.

8. a) No início da audiência de julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância ordenará a leitura ao acusado, dos fatos constantes da acusação previamente confirmados pelo Juízo de Instrução. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância deverá certificar-se de que o acusado

compreende a natureza dos fatos que lhe são imputados e dar-lhe a oportunidade de os confessar, de acordo com o disposto no artigo 65, ou de se declarar inocente;

b) Durante o julgamento, o juiz presidente poderá dar instruções sobre a condução da audiência, nomeadamente para assegurar que esta se desenrole de maneira equitativa e imparcial. Salvo qualquer orientação do juiz presidente, as partes poderão apresentar provas em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

9. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, inclusive, de ofício ou a pedido de uma das partes, a saber:

a) Decidir sobre a admissibilidade ou pertinência das provas; e

b) Tomar todas as medidas necessárias para manter a ordem na audiência.

10. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância providenciará para que o Secretário proceda a um registro completo da audiência de julgamento onde sejam fielmente relatadas todas as diligências efetuadas, registro que deverá manter e preservar.

Artigo 65

Procedimento em Caso de Confissão

1. Se o acusado confessar nos termos do parágrafo 8, alínea a), do artigo 64, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância apurará:

a) Se o acusado compreende a natureza e as consequências da sua confissão;

b) Se essa confissão foi feita livremente, após devida consulta ao seu advogado de defesa;

e

c) Se a confissão é corroborada pelos fatos que resultam:

i) Da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado;

ii) De quaisquer meios de prova que confirmam os fatos constantes da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado; e

iii) De quaisquer outros meios de prova, tais como depoimentos de testemunhas, apresentados pelo Procurador ou pelo acusado.

2. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância estimar que estão reunidas as condições referidas no parágrafo 1º, considerará que a confissão, juntamente com quaisquer provas adicionais produzidas, constitui um reconhecimento de todos os elementos essenciais constitutivos do crime pelo qual o acusado se declarou culpado e poderá condená-lo por esse crime.

3. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância estimar que não estão reunidas as condições referidas no parágrafo 1º, considerará a confissão como não tendo tido lugar e, nesse caso, ordenará que o julgamento prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, podendo transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

4. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância considerar necessária, no interesse da justiça, e em particular no interesse das vítimas, uma explanação mais detalhada dos fatos integrantes do caso, poderá:

a) Solicitar ao Procurador que apresente provas adicionais, incluindo depoimentos de testemunhas; ou

b) Ordenar que o processo prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, caso em que considerará a confissão como não tendo tido lugar e poderá transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

5. Quaisquer consultas entre o Procurador e a defesa, no que diz respeito à alteração dos fatos constantes da acusação, à confissão ou à pena a ser imposta, não vincularão o Tribunal.

Artigo 66

Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.

2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.

3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Artigo 67

Direitos do Acusado

1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade:

a) A ser informado, sem demora e de forma detalhada, numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos fatos que lhe são imputados;

b) A dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar-se livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha;

c) A ser julgado sem atrasos indevidos;

d) Salvo o disposto no parágrafo 2º do artigo 63, o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver, a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor sempre que o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado;

e) A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O acusado terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto;

f) A ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal;

g) A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência;

h) A prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa; e

i) A que não lhe seja imposta quer a inversão do ônus da prova, quer a impugnação.

2. Além de qualquer outra revelação de informação prevista no presente Estatuto, o Procurador comunicará à defesa, logo que possível, as provas que tenha em seu poder ou sob o seu controle e que, no seu entender, revelem ou tendam a revelar a inocência do acusado, ou a atenuar a sua culpa, ou que possam afetar a credibilidade das provas de acusação. Em caso de dúvida relativamente à aplicação do presente número, cabe ao Tribunal decidir.

Artigo 68

Proteção das Vítimas e das Testemunhas e sua Participação no Processo

1. O Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas. Para tal, o Tribunal levará em conta todos os fatores pertinentes, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde, assim como a natureza do crime, em particular, mas não apenas quando este envolva elementos de agressão sexual, de violência relacionada com a pertença a um determinado gênero ou de violência contra crianças. O Procurador adotará estas medidas, nomeadamente durante o inquérito e o procedimento criminal. Tais medidas não poderão prejudicar nem ser incompatíveis com os direitos do acusado ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial.

2. Enquanto exceção ao princípio do caráter público das audiências estabelecido no artigo 67, qualquer um dos Juízos que compõem o Tribunal poderá, a fim de proteger as vítimas e as testemunhas ou o acusado, decretar que um ato processual se realize, no todo ou em parte, à porta fechada ou permitir a produção de prova por meios eletrônicos ou outros meios especiais. Estas medidas aplicar-se-ão, nomeadamente, no caso de uma vítima de violência sexual ou de um menor que seja vítima ou testemunha, salvo decisão em contrário adotada pelo Tribunal, ponderadas todas as circunstâncias, particularmente a opinião da vítima ou da testemunha.

3. Se os interesses pessoais das vítimas forem afetados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do acusado nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual.

4. A Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas poderá aconselhar o Procurador e o Tribunal relativamente a medidas adequadas de proteção, mecanismos de segurança, assessoria e assistência a que se faz referência no parágrafo 6 do artigo 43.

5. Quando a divulgação de provas ou de informação, de acordo com o presente Estatuto, representar um grave perigo para a segurança de uma testemunha ou da sua família, o Procurador poderá, para efeitos de qualquer diligência anterior ao julgamento, não apresentar as referidas provas ou informação, mas antes um resumo das mesmas. As medidas desta natureza deverão ser postas em prática de uma forma que não seja prejudicial aos direitos do acusado ou incompatível com estes e com a realização de um julgamento equitativo e imparcial.

6. Qualquer Estado poderá solicitar que sejam tomadas as medidas necessárias para assegurar a proteção dos seus funcionários ou agentes, bem como a proteção de toda a informação de caráter confidencial ou restrito.

Artigo 69

Prova

1. Em conformidade com o Regulamento Processual e antes de depor, qualquer testemunha se comprometerá a fazer o seu depoimento com verdade.

2. A prova testemunhal deverá ser prestada pela própria pessoa no decurso do julgamento, salvo quando se apliquem as medidas estabelecidas no artigo 68 ou no Regulamento Processual. De igual modo, o Tribunal poderá permitir que uma testemunha preste declarações oralmente ou por meio de gravação em vídeo ou áudio, ou que sejam apresentados documentos ou transcrições escritas, nos termos do presente Estatuto e de acordo com o Regulamento Processual. Estas medidas não poderão prejudicar os direitos do acusado, nem ser incompatíveis com eles.

3. As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64. O Tribunal será competente para solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos.

4. O Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo ou para a avaliação equitativa dos depoimentos de uma testemunha, em conformidade com o Regulamento Processual.

5. O Tribunal respeitará e atenderá aos privilégios de confidencialidade estabelecidos no Regulamento Processual.

6. O Tribunal não exigirá prova dos fatos do domínio público, mas poderá fazê-los constar dos autos.

7. Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando:

- a) Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou
- b) A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.

8. O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado.

Artigo 70

Infrações contra a Administração da Justiça

1. O Tribunal terá competência para conhecer das seguintes infrações contra a sua administração da justiça, quando cometidas intencionalmente:

- a) Prestação de falso testemunho, quando há a obrigação de dizer a verdade, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 69;
- b) Apresentação de provas, tendo a parte conhecimento de que são falsas ou que foram falsificadas;
- c) Suborno de uma testemunha, impedimento ou interferência no seu comparecimento ou depoimento, represálias contra uma testemunha por esta ter prestado depoimento, destruição ou alteração de provas ou interferência nas diligências de obtenção de prova;
- d) Entrave, intimidação ou corrupção de um funcionário do Tribunal, com a finalidade de o obrigar ou o induzir a não cumprir as suas funções ou a fazê-lo de maneira indevida;

e) Represálias contra um funcionário do Tribunal, em virtude das funções que ele ou outro funcionário tenham desempenhado; e

f) Solicitação ou aceitação de suborno na qualidade de funcionário do Tribunal, e em relação com o desempenho das respectivas funções oficiais.

2. O Regulamento Processual estabelecerá os princípios e procedimentos que regularão o exercício da competência do Tribunal relativamente às infrações a que se faz referência no presente artigo. As condições de cooperação internacional com o Tribunal, relativamente ao procedimento que adote de acordo com o presente artigo, reger-se-ão pelo direito interno do Estado requerido.

3. Em caso de decisão condenatória, o Tribunal poderá impor uma pena de prisão não superior a cinco anos, ou de multa, de acordo com o Regulamento Processual, ou ambas.

4. a) Cada Estado Parte tornará extensivas as normas penais de direito interno que punem as infrações contra a realização da justiça às infrações contra a administração da justiça a que se faz referência no presente artigo, e que sejam cometidas no seu território ou por um dos seus nacionais;

b) A pedido do Tribunal, qualquer Estado Parte submeterá, sempre que o entender necessário, o caso à apreciação das suas autoridades competentes para fins de procedimento criminal. Essas autoridades conhecerão do caso com diligência e acionarão os meios necessários para a sua eficaz condução.

Artigo 71

Sanções por Desrespeito ao Tribunal

1. Em caso de atitudes de desrespeito ao Tribunal, tal como perturbar a audiência ou recusar-se deliberadamente a cumprir as suas instruções, o Tribunal poderá impor sanções administrativas que não impliquem privação de liberdade, como, por exemplo, a expulsão temporária ou permanente da sala de audiências, a multa ou outra medida similar prevista no Regulamento Processual.

2. O processo de imposição das medidas a que se refere o número anterior reger-se-á pelo Regulamento Processual.

Artigo 72

Proteção de Informação Relativa à Segurança Nacional

1. O presente artigo aplicar-se-á a todos os casos em que a divulgação de informação ou de documentos de um Estado possa, no entender deste, afetar os interesses da sua segurança nacional. Tais casos incluem os abrangidos pelas disposições constantes dos parágrafos 2º e 3º do artigo 56, parágrafo 3º do artigo 61, parágrafo 3º do artigo 64, parágrafo 2º do artigo 67, parágrafo 6 do artigo 68, parágrafo 6 do artigo 87 e do artigo 93, assim como os que se apresentem em qualquer outra fase do processo em que uma tal divulgação possa estar em causa.

2. O presente artigo aplicar-se-á igualmente aos casos em que uma pessoa a quem tenha sido solicitada a prestação de informação ou provas, se tenha recusado a apresentá-las ou tenha entregue a questão ao Estado, invocando que tal divulgação afetaria os interesses da segurança nacional do Estado, e o Estado em causa confirme que, no seu entender, essa divulgação afetaria os interesses da sua segurança nacional.

3. Nada no presente artigo afetará os requisitos de confidencialidade a que se referem as alíneas e) e f) do parágrafo 3º do artigo 54, nem a aplicação do artigo 73.

4. Se um Estado tiver conhecimento de que informações ou documentos do Estado estão a ser, ou poderão vir a ser, divulgados em qualquer fase do processo, e considerar que essa divulgação afetaria os seus interesses de segurança nacional, tal Estado terá o direito de intervir com vista a ver alcançada a resolução desta questão em conformidade com o presente artigo.

5. O Estado que considere que a divulgação de determinada informação poderá afetar os seus interesses de segurança nacional adotará, em conjunto com o Procurador, a defesa, o Juízo de Instrução ou o Juízo de Julgamento em Primeira Instância, conforme o caso, todas as medidas razoavelmente possíveis para encontrar uma solução através da concertação. Estas medidas poderão incluir:

a) A alteração ou o esclarecimento dos motivos do pedido;

b) Uma decisão do Tribunal relativa à relevância das informações ou dos elementos de prova solicitados, ou uma decisão sobre se as provas, ainda que relevantes, não poderiam ser ou ter sido obtidas junto de fonte distinta do Estado requerido;

c) A obtenção da informação ou de provas de fonte distinta ou em uma forma diferente;

ou

d) Um acordo sobre as condições em que a assistência poderá ser prestada, incluindo, entre outras, a disponibilização de resumos ou exposições, restrições à divulgação, recurso ao procedimento à porta fechada ou à revelia de uma das partes, ou aplicação de outras medidas de proteção permitidas pelo Estatuto ou pelas Regulamento Processual.

6. Realizadas todas as diligências razoavelmente possíveis com vista a resolver a questão por meio de concertação, e se o Estado considerar não haver meios nem condições para que as informações ou os documentos possam ser fornecidos ou revelados sem prejuízo dos seus interesses de segurança nacional, notificará o Procurador ou o Tribunal nesse sentido, indicando as razões precisas que fundamentaram a sua decisão, a menos que a descrição específica dessas razões prejudique, necessariamente, os interesses de segurança nacional do Estado.

7. Posteriormente, se decidir que a prova é relevante e necessária para a determinação da culpa ou inocência do acusado, o Tribunal poderá adotar as seguintes medidas:

a) Quando a divulgação da informação ou do documento for solicitada no âmbito de um pedido de cooperação, nos termos da Parte IX do presente Estatuto ou nas circunstâncias a que se refere o parágrafo 2º do presente artigo, e o Estado invocar o motivo de recusa estatuído no parágrafo 4º do artigo 93:

i) O Tribunal poderá, antes de chegar a qualquer uma das conclusões a que se refere o ponto ii) da alínea a) do parágrafo 7º, solicitar consultas suplementares com o fim de ouvir o Estado, incluindo, se for caso disso, a sua realização à porta fechada ou à revelia de uma das partes;

ii) Se o Tribunal concluir que, ao invocar o motivo de recusa estatuído no parágrafo 4º do artigo 93, dadas as circunstâncias do caso, o Estado requerido não está a atuar de harmonia com as obrigações impostas pelo presente Estatuto, poderá remeter a questão nos termos do parágrafo 7 do artigo 87, especificando as razões da sua conclusão; e

iii) O Tribunal poderá tirar as conclusões, que entender apropriadas, em razão das circunstâncias, ao julgar o acusado, quanto à existência ou inexistência de um fato; ou

b) Em todas as restantes circunstâncias:

i) Ordenar a revelação; ou

ii) Se não ordenar a revelação, inferir, no julgamento do acusado, quanto à existência ou inexistência de um fato, conforme se mostrar apropriado.

Artigo 73

Informação ou Documentos Disponibilizados por Terceiros

Se um Estado Parte receber um pedido do Tribunal para que lhe forneça uma informação ou um documento que esteja sob sua custódia, posse ou controle, e que lhe tenha sido comunicado a título confidencial por um Estado, uma organização intergovernamental ou uma organização internacional, tal Estado Parte deverá obter o consentimento do seu autor para a divulgação dessa informação ou documento. Se o autor for um Estado Parte, este poderá consentir em divulgar a referida informação ou documento ou comprometer-se a resolver a questão com o Tribunal, salvaguardando-se o disposto no artigo 72. Se o autor não for um Estado Parte e não consentir em divulgar a informação ou o documento, o Estado requerido comunicará ao Tribunal que não lhe será possível fornecer a informação ou o documento em causa, devido à obrigação previamente assumida com o respectivo autor de preservar o seu caráter confidencial.

Artigo 74

Requisitos para a Decisão

1. Todos os juízes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância estarão presentes em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações. A Presidência poderá designar, conforme o caso, um ou vários juízes substitutos, em função das disponibilidades, para estarem presentes em todas as fases do julgamento, bem como para substituírem qualquer membro do Juízo de Julgamento em Primeira Instância que se encontre impossibilitado de continuar a participar no julgamento.

2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância fundamentará a sua decisão com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto. A decisão não exorbitará dos fatos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas. O Tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.

3. Os juízes procurarão tomar uma decisão por unanimidade e, não sendo possível, por maioria.

4. As deliberações do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão e permanecerão secretas.

5. A decisão será proferida por escrito e conterá uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Será proferida uma só decisão pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Se não houver unanimidade, a decisão do Juízo de Julgamento em Primeira Instância conterá as opiniões tanto da maioria como da minoria dos juízes. A leitura da decisão ou de uma sua súmula far-se-á em audiência pública.

Artigo 75

Reparação em Favor das Vítimas

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.

2. O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. Esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indenização ou reabilitação. Se for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indenização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79.

3. Antes de lavrar qualquer despacho ao abrigo do presente artigo, o Tribunal poderá solicitar e levar em consideração as pretensões formuladas pela pessoa condenada, pelas vítimas, por outras pessoas interessadas ou por outros Estados interessados, bem como as observações formuladas em nome dessas pessoas ou desses Estados.

4. Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que seja da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 93.

5. Os Estados Partes observarão as decisões proferidas nos termos deste artigo como se as disposições do artigo 109 se aplicassem ao presente artigo.

6. Nada no presente artigo será interpretado como prejudicando os direitos reconhecidos às vítimas pelo direito interno ou internacional.

Artigo 76

Aplicação da Pena

1. Em caso de condenação, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância determinará a pena a aplicar tendo em conta os elementos de prova e as exposições relevantes produzidos no decurso do julgamento,

2. Salvo nos casos em que seja aplicado o artigo 65 e antes de concluído o julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, oficiosamente, e deverá, a requerimento do Procurador ou do acusado, convocar uma audiência suplementar, a fim de conhecer de quaisquer novos elementos de prova ou exposições relevantes para a determinação da pena, de harmonia com o Regulamento Processual.

3. Sempre que o parágrafo 2º for aplicável, as pretensões previstas no artigo 75 serão ouvidas pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância no decorrer da audiência suplementar referida no parágrafo 2º e, se necessário, no decorrer de qualquer nova audiência.

4. A sentença será proferida em audiência pública e, sempre que possível, na presença do acusado.

Capítulo VII

As Penas

Artigo 77

Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos;

ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;

b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Artigo 78

Determinação da pena

1. Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, em harmonia com o Regulamento Processual, a fatores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

2. O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o acusado esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.

3. Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77, parágrafo 1º, alínea b).

Artigo 79

Fundo em Favor das Vítimas

1. Por decisão da Assembléia dos Estados Partes, será criado um Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias.

2. O Tribunal poderá ordenar que o produto das multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o Fundo.

3. O Fundo será gerido em harmonia com os critérios a serem adotados pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 80

Não Interferência no Regime de Aplicação de Penas Nacionais e nos Direitos Internos

Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo.

Capítulo VIII

Recurso e Revisão

Artigo 81

Recurso da Sentença Condenatória ou Absolutória ou da Pena

1. A sentença proferida nos termos do artigo 74 é recorrível em conformidade com o disposto no Regulamento Processual nos seguintes termos:

a) O Procurador poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos:

i) Vício processual;

ii) Erro de fato; ou

iii) Erro de direito;

b) O condenado ou o Procurador, no interesse daquele; poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos:

i) Vício processual;

ii) Erro de fato;

iii) Erro de direito; ou

iv) Qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença.

2. a) O Procurador ou o condenado poderá, em conformidade com o Regulamento Processual, interpor recurso da pena decretada invocando desproporção entre esta e o crime;

b) Se, ao conhecer de recurso interposto da pena decretada, o Tribunal considerar que há fundamentos suscetíveis de justificar a anulação, no todo ou em parte, da sentença condenatória, poderá convidar o Procurador e o condenado a motivarem a sua posição nos termos da alínea *a)* ou *b)* do parágrafo 1º do artigo 81, após o que poderá pronunciar-se sobre a sentença condenatória nos termos do artigo 83;

c) O mesmo procedimento será aplicado sempre que o Tribunal, ao conhecer de recurso interposto unicamente da sentença condenatória, considerar haver fundamentos comprovativos de uma redução da pena nos termos da alínea *a)* do parágrafo 2º.

3. a) Salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do recurso;

b) Se o período de prisão preventiva ultrapassar a duração da pena decretada, o condenado será posto em liberdade; todavia, se o Procurador também interpuser recurso, a libertação ficará sujeita às condições enunciadas na alínea *c)* infra;

c) Em caso de absolvição, o acusado será imediatamente posto em liberdade, sem prejuízo das seguintes condições:

i) Em circunstâncias excepcionais e tendo em conta, nomeadamente, o risco de fuga, a gravidade da infração e as probabilidades de o recurso ser julgado procedente, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, a requerimento do Procurador, ordenar que o acusado seja mantido em regime de prisão preventiva durante a tramitação do recurso;

ii) A decisão proferida pelo juízo de julgamento em primeira instância nos termos da sub-alínea i), será recorrível em harmonia com as Regulamento Processual.

4. Sem prejuízo do disposto nas alíneas *a)* e *b)* do parágrafo 3º, a execução da sentença condenatória ou da pena ficará suspensa pelo período fixado para a interposição do recurso, bem como durante a fase de tramitação do recurso.

Artigo 82

Recurso de Outras Decisões

1. Em conformidade com o Regulamento Processual, qualquer uma das Partes poderá recorrer das seguintes decisões:

- a) Decisão sobre a competência ou a admissibilidade do caso;
- b) Decisão que autorize ou recuse a libertação da pessoa objeto de inquérito ou de procedimento criminal;
- c) Decisão do Juízo de Instrução de agir por iniciativa própria, nos termos do parágrafo 3º do artigo 56;
- d) Decisão relativa a uma questão suscetível de afetar significativamente a tramitação eqüitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento, e cuja resolução imediata pelo Juízo de Recursos poderia, no entender do Juízo de Instrução ou do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, acelerar a marcha do processo.

2. Quer o Estado interessado quer o Procurador poderão recorrer da decisão proferida pelo Juízo de Instrução, mediante autorização deste, nos termos do artigo 57, parágrafo 3º, alínea *d)*. Este recurso adotará uma forma sumária.

3. O recurso só terá efeito suspensivo se o Juízo de Recursos assim o ordenar, mediante requerimento, em conformidade com o Regulamento Processual.

4. O representante legal das vítimas, o condenado ou o proprietário de boa fé de bens que hajam sido afetados por um despacho proferido ao abrigo do artigo 75 poderá recorrer de tal despacho, em conformidade com o Regulamento Processual.

Artigo 83

Processo Sujeito a Recurso

1. Para os fins do procedimentos referido no artigo 81 e no presente artigo, o Juízo de Recursos terá todos os poderes conferidos ao Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

2. Se o Juízo de Recursos concluir que o processo sujeito a recurso padece de vícios tais que afetem a regularidade da decisão ou da sentença, ou que a decisão ou a sentença recorridas estão materialmente afetadas por erros de fato ou de direito, ou vício processual, ela poderá:

- a) Anular ou modificar a decisão ou a pena; ou
- b) Ordenar um novo julgamento perante um outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

Para os fins mencionados, poderá o Juízo de Recursos reenviar uma questão de fato para o Juízo de Julgamento em Primeira Instância à qual foi submetida originariamente, a fim de que esta decida a questão e lhe apresente um relatório, ou pedir, ela própria, elementos de prova para decidir. Tendo o recurso da decisão ou da pena sido interposto somente pelo condenado, ou pelo Procurador no interesse daquele, não poderão aquelas ser modificadas em prejuízo do condenado.

3. Se, ao conhecer, do recurso de uma pena, o Juízo de Recursos considerar que a pena é desproporcionada relativamente ao crime, poderá modificá-la nos termos do Capítulo VII.

4. O acórdão do Juízo de Recursos será tirado por maioria dos juízes e proferido em audiência pública. O acórdão será sempre fundamentado. Não havendo unanimidade, deverá conter as opiniões da parte maioria e da minoria de juízes; contudo, qualquer juiz poderá exprimir uma opinião separada ou discordante sobre uma questão de direito.

5. O Juízo de Recursos poderá emitir o seu acórdão na ausência da pessoa absolvida ou condenada.

Artigo 84

Revisão da Sentença Condenatória ou da Pena

1. O condenado ou, se este tiver falecido, o cônjuge sobrevivente, os filhos, os pais ou qualquer pessoa que, em vida do condenado, dele tenha recebido incumbência expressa, por escrito, nesse sentido, ou o Procurador no seu interesse, poderá submeter ao Juízo de Recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos seguintes motivos:

a) A descoberta de novos elementos de prova:

i) De que não dispunha ao tempo do julgamento, sem que essa circunstância pudesse ser imputada, no todo ou em parte, ao requerente; e

ii) De tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente;

b) A descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objeto de contrafação ou falsificação;

c) Um ou vários dos juízes que intervieram na sentença condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado atos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do artigo 46.

2. O Juízo de Recursos rejeitará o pedido se o considerar manifestamente infundado. Caso contrário, poderá o Juízo, se julgar oportuno:

a) Convocar de novo o Juízo de Julgamento em Primeira Instância que proferiu a sentença inicial;

b) Constituir um novo Juízo de Julgamento em Primeira Instância; ou

c) Manter a sua competência para conhecer da causa, a fim de determinar se, após a audição das partes nos termos do Regulamento Processual, haverá lugar à revisão da sentença.

Artigo 85

Indenização do Detido ou Condenado

1. Quem tiver sido objeto de detenção ou prisão ilegal terá direito a reparação.

2. Sempre que uma decisão final seja posteriormente anulada em razão de fatos novos ou recentemente descobertos que apontem inequivocamente para um erro judiciário, a pessoa que tiver cumprido pena em resultado de tal sentença condenatória será indenizada, em conformidade com a lei, a

menos que fique provado que a não revelação, em tempo útil, do fato desconhecido lhe seja imputável, no todo ou em parte.

3. Em circunstâncias excepcionais e em face de fatos que conclusivamente demonstrem a existência de erro judiciário grave e manifesto, o Tribunal poderá, no uso do seu poder discricionário, atribuir uma indenização, de acordo com os critérios enunciados no Regulamento Processual, à pessoa que, em virtude de sentença absolutória ou de extinção da instância por tal motivo, haja sido posta em liberdade.

Capítulo IX

Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário

Artigo 86

Obrigação Geral de Cooperar

Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Artigo 87

Pedidos de Cooperação: Disposições Gerais

1. a) O Tribunal estará habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados Partes. Estes pedidos serão transmitidos pela via diplomática ou por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado Parte no momento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao presente Estatuto.

Qualquer Estado Parte poderá alterar posteriormente a escolha feita nos termos do Regulamento Processual.

b) Se for caso disso, e sem prejuízo do disposto na alínea a), os pedidos poderão ser igualmente transmitidos pela Organização internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) ou por qualquer outra organização regional competente.

2. Os pedidos de cooperação e os documentos comprovativos que os instruem serão redigidos na língua oficial do Estado requerido ou acompanhados de uma tradução nessa língua, ou numa das línguas de trabalho do Tribunal ou acompanhados de uma tradução numa dessas línguas, de acordo com a escolha feita pelo Estado requerido no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao presente Estatuto.

Qualquer alteração posterior será feita de harmonia com o Regulamento Processual.

3. O Estado requerido manterá a confidencialidade dos pedidos de cooperação e dos documentos comprovativos que os instruem, salvo quando a sua revelação for necessária para a execução do pedido.

4. Relativamente aos pedidos de auxílio formulados ao abrigo do presente Capítulo, o Tribunal poderá, nomeadamente em matéria de proteção da informação, tomar as medidas necessárias à garantia da segurança e do bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares. O Tribunal poderá solicitar que as informações fornecidas ao abrigo do presente Capítulo sejam comunicadas e tratadas por forma a que a segurança e o bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares sejam devidamente preservados.

5. a) O Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja Parte no presente Estatuto a prestar auxílio ao abrigo do presente Capítulo com base num convênio *ad hoc*, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado.

b) Se, após a celebração de um convênio *ad hoc* ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no presente Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal convênio ou acordo, o Tribunal dará conhecimento desse fato à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a referenciar o fato ao Tribunal.

6. O Tribunal poderá solicitar informações ou documentos a qualquer organização intergovernamental. Poderá igualmente requerer outras formas de cooperação e auxílio a serem acordadas com tal organização e que estejam em conformidade com a sua competência ou o seu mandato.

7. Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal.

Artigo 88

Procedimentos Previstos no Direito Interno

Os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste Capítulo.

Artigo 89

Entrega de Pessoas ao Tribunal

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

2. Sempre que a pessoa cuja entrega é solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com, base no princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 20, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

3. a) Os Estados Partes autorizarão, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva legislação nacional, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado, salvo quando o trânsito por esse Estado impedir ou retardar a entrega.

b) Um pedido de trânsito formulado pelo Tribunal será transmitido em conformidade com o artigo 87. Do pedido de trânsito constarão:

- i) A identificação da pessoa transportada;
- ii) Um resumo dos fatos e da respectiva qualificação jurídica;
- iii) O mandado de detenção e entrega.

c) A pessoa transportada será mantida sob custódia no decurso do trânsito.

d) Nenhuma autorização será necessária se a pessoa for transportada por via aérea e não esteja prevista qualquer aterrissagem no território do Estado de trânsito.

e) Se ocorrer, uma aterrissagem imprevista no território do Estado de trânsito, poderá este exigir ao Tribunal a apresentação de um pedido de trânsito nos termos previstos na alínea b). O Estado de trânsito manterá a pessoa sob detenção até a recepção do pedido de trânsito e a efetivação do trânsito. Todavia, a detenção ao abrigo da presente alínea não poderá prolongar-se para além das 96 horas subseqüentes à aterrissagem imprevista se o pedido não for recebido dentro desse prazo.

4. Se a pessoa reclamada for objeto de procedimento criminal ou estiver cumprindo uma pena no Estado requerido por crime diverso do que motivou o pedido de entrega ao Tribunal, este Estado consultará o Tribunal após ter decidido anuir ao pedido

Artigo 90

Pedidos Concorrentes

1. Um Estado Parte que, nos termos do artigo 89, receba um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal, e receba igualmente, de qualquer outro Estado, um pedido de extradição relativo à mesma pessoa, pelos mesmos fatos que motivaram o pedido de entrega por parte do Tribunal, deverá notificar o Tribunal e o Estado requerente de tal fato.

2. Se o Estado requerente for um Estado Parte, o Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal:

a) Se o Tribunal tiver decidido, nos termos do artigo 18 ou 19, da admissibilidade do caso a que respeita o pedido de entrega, e tal determinação tiver levado em conta o inquérito ou o procedimento criminal conduzido pelo Estado requerente relativamente ao pedido de extradição por este formulado; ou

b) Se o Tribunal tiver tomado a decisão referida na alínea a) em conformidade com a notificação feita pelo Estado requerido, em aplicação do parágrafo 1º.

3. Se o Tribunal não tiver tomado uma decisão nos termos da alínea a) do parágrafo 2º, o Estado requerido poderá, se assim o entender, estando pendente a determinação do Tribunal nos termos da alínea b) do parágrafo 2º, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente sem, contudo, extraditar a pessoa até que o Tribunal decida sobre a admissibilidade do caso. A decisão do Tribunal seguirá a forma sumária.

4. Se o Estado requerente não for Parte no presente Estatuto, o Estado requerido, desde que não esteja obrigado por uma norma internacional a extraditar o acusado para o Estado requerente, dará prioridade ao pedido de entrega formulado pelo Tribunal, no caso de este se ter decidido pela admissibilidade do caso.

5. Quando um caso previsto no parágrafo 4º não tiver sido declarado admissível pelo Tribunal, o Estado requerido poderá, se assim o entender, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente.

6. Relativamente aos casos em que o disposto no parágrafo 4º seja aplicável, mas o Estado requerido se veja obrigado, por força de uma norma internacional, a extraditar a pessoa para o Estado requerente que não seja Parte no presente Estatuto, o Estado requerido decidirá se procederá à entrega da pessoa em causa ao Tribunal ou se a extraditará para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido terá em conta todos os fatores relevantes, incluindo, entre outros

a) A ordem cronológica dos pedidos;

b) Os interesses do Estado requerente, incluindo, se relevante, se o crime foi cometido no seu território bem como a nacionalidade das vítimas e da pessoa reclamada; e

c) A possibilidade de o Estado requerente vir a proceder posteriormente à entrega da pessoa ao Tribunal.

7. Se um Estado Parte receber um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal e um pedido de extradição formulado por um outro Estado Parte relativamente à mesma pessoa, por fatos diferentes dos que constituem o crime objeto do pedido de entrega:

a) O Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal, se não estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente;

b) O Estado requerido terá de decidir se entrega a pessoa ao Tribunal ou a extradita para o Estado requerente, se estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido considerará todos os fatores relevantes, incluindo, entre outros, os constantes do parágrafo 6; todavia, deverá dar especial atenção à natureza e à gravidade dos fatos em causa.

8. Se, em conformidade com a notificação prevista no presente artigo, o Tribunal se tiver pronunciado pela inadmissibilidade do caso e, posteriormente, a extradição para o Estado requerente for recusada, o Estado requerido notificará o Tribunal dessa decisão.

Artigo 91

Conteúdo do Pedido de Detenção e de Entrega

1. O pedido de detenção e de entrega será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito através de qualquer outro meio de que fique registro escrito, devendo, no entanto, ser confirmado através dos canais previstos na alínea a) do parágrafo 1º do artigo 87,

2. O pedido de detenção e entrega de uma pessoa relativamente à qual o Juízo de Instrução tiver emitido um mandado de detenção ao abrigo do artigo 58, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

a) Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;

b) Uma cópia do mandado de detenção; e

c) Os documentos, declarações e informações necessários para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido; contudo, tais requisitos não deverão ser mais rigorosos dos que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convênios celebrados entre o Estado requerido e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigorosos face à natureza específica de que se reveste o Tribunal.

3. Se o pedido respeitar à detenção e à entrega de uma pessoa já condenada, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

a) Uma cópia do mandado de detenção dessa pessoa;

b) Uma cópia da sentença condenatória;

c) Elementos que demonstrem que a pessoa procurada é a mesma a que se refere a sentença condenatória; e

d) Se a pessoa já tiver sido condenada, uma cópia da sentença e, em caso de pena de prisão, a indicação do período que já tiver cumprido, bem como o período que ainda lhe falte cumprir.

4. Mediante requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeite a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre quaisquer requisitos previstos no seu direito interno que possam ser aplicados nos termos da alínea c) do parágrafo 2º. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal dos requisitos específicos constantes do seu direito interno.

Artigo 92

Prisão Preventiva

1. Em caso de urgência, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva da pessoa procurada até a apresentação do pedido de entrega e os documentos de apoio referidos no artigo 91.

2. O pedido de prisão preventiva será transmitido por qualquer meio de que fique registro escrito e conterá:

a) Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;

b) Uma exposição sucinta dos crimes pelos quais a pessoa é procurada, bem como dos fatos alegadamente constitutivos de tais crimes incluindo, se possível, a data e o local da sua prática;

c) Uma declaração que certifique a existência de um mandado de detenção ou de uma decisão condenatória contra a pessoa procurada; e

d) Uma declaração de que o pedido de entrega relativo à pessoa procurada será enviado posteriormente.

3. Qualquer pessoa mantida sob prisão preventiva poderá ser posta em liberdade se o Estado requerido não tiver recebido, em conformidade com o artigo 91, o pedido de entrega e os respectivos documentos no prazo fixado pelo Regulamento Processual. Todavia, essa pessoa poderá consentir na sua entrega antes do termo do período se a legislação do Estado requerido o permitir. Nesse caso, o Estado requerido procede à entrega da pessoa reclamada ao Tribunal, o mais rapidamente possível.

4. O fato de a pessoa reclamada ter sido posta em liberdade em conformidade com o parágrafo 3º não obstará a que seja de novo detida e entregue se o pedido de entrega e os documentos em apoio, vierem a ser apresentados posteriormente.

Artigo 93

Outras Formas de Cooperação

1. Em conformidade com o disposto no presente Capítulo e nos termos dos procedimentos previstos nos respectivos direitos internos, os Estados Partes darão seguimento aos pedidos formulados pelo Tribunal para concessão de auxílio, no âmbito de inquéritos ou procedimentos criminais, no que se refere a:

a) Identificar uma pessoa e o local onde se encontra, ou localizar objetos;

b) Reunir elementos de prova, incluindo os depoimentos prestados sob juramento, bem como produzir elementos de prova, incluindo perícias e relatórios de que o Tribunal necessita;

- c) Interrogar qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal;
- d) Notificar documentos, nomeadamente documentos judiciais;
- e) Facilitar o comparecimento voluntária, perante o Tribunal, de pessoas que deponham na qualidade de testemunhas ou de peritos;
- f) Proceder à transferência temporária de pessoas, em conformidade com o parágrafo 7º;
- g) Realizar inspeções, nomeadamente a exumação e o exame de cadáveres enterrados em fossas comuns;
- h) Realizar buscas e apreensões;
- i) Transmitir registros e documentos, nomeadamente registros e documentos oficiais;
- j) Proteger vítimas e testemunhas, bem como preservar elementos de prova;
- k) Identificar, localizar e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, haveres e instrumentos ligados aos crimes, com vista à sua eventual declaração de perda, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé; e

l) Prestar qualquer outra forma de auxílio não proibida pela legislação do Estado requerido, destinada a facilitar o inquérito e o julgamento por crimes da competência do Tribunal.

2. O Tribunal tem poderes para garantir à testemunha ou ao perito que perante ele compareça de que não serão perseguidos, detidos ou sujeitos a qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal, por fato ou omissão anteriores à sua saída do território do Estado requerido.

3. Se a execução de uma determinada medida de auxílio constante de um pedido apresentado ao abrigo do parágrafo 1º não for permitida no Estado requerido em virtude de um princípio jurídico fundamental de aplicação geral, o Estado em causa iniciará sem demora consultas com o Tribunal com vista à solução dessa questão. No decurso das consultas, serão consideradas outras formas de auxílio, bem como as condições da sua realização. Se, concluídas as consultas, a questão não estiver resolvida, o Tribunal alterará o conteúdo do pedido conforme se mostrar necessário.

4. Nos termos do disposto no artigo 72, um Estado Parte só poderá recusar, no todo ou em parte, um pedido de auxílio formulado pelo Tribunal se tal pedido se reportar unicamente à produção de documentos ou à divulgação de elementos de prova que atentem contra a sua segurança nacional.

5. Antes de denegar o pedido de auxílio previsto na alínea l) do parágrafo 1º, o Estado requerido considerará se o auxílio poderá ser concedido sob determinadas condições ou se poderá sê-lo em data ulterior ou sob uma outra forma, com a ressalva de que, se o Tribunal ou o Procurador aceitarem tais condições, deverão observá-las.

6. O Estado requerido que recusar um pedido de auxílio comunicará, sem demora, os motivos ao Tribunal ou ao Procurador.

7. a) O Tribunal poderá pedir a transferência temporária de uma pessoa detida para fins de identificação ou para obter um depoimento ou outras forma de auxílio. A transferência realizar-se-á sempre que:

- i) A pessoa der o seu consentimento, livremente e com conhecimento de causa; e
- ii) O Estado requerido concordar com a transferência, sem prejuízo das condições que esse Estado e o Tribunal possam acordar;

b) A pessoa transferida permanecerá detida. Esgotado o fim que determinou a transferência, o Tribunal reenviá-la-á imediatamente para o Estado requerido.

8. a) O Tribunal garantirá a confidencialidade dos documentos e das informações recolhidas, exceto se necessários para o inquérito e os procedimentos descritos no pedido;

b) O Estado requerido poderá, se necessário, comunicar os documentos ou as informações ao Procurador a título confidencial. O Procurador só poderá utilizá-los para recolher novos elementos de prova;

c) O Estado requerido poderá, de ofício ou a pedido do Procurador, autorizar a divulgação posterior de tais documentos ou informações; os quais poderão ser utilizados como meios de prova, nos termos do disposto nos Capítulos V e VI e no Regulamento Processual.

9. a) i) Se um Estado Parte receber pedidos concorrentes formulados pelo Tribunal e por um outro Estado, no âmbito de uma obrigação internacional, e cujo objeto não seja nem a entrega nem a extradição, esforçar-se-á, mediante consultas com o Tribunal e esse outro Estado, por dar satisfação a ambos os pedidos adiando ou estabelecendo determinadas condições a um ou outro pedido, se necessário.

ii) Não sendo possível, os pedidos concorrentes observarão os princípios fixados no artigo 90.

b) Todavia, sempre que o pedido formulado pelo Tribunal respeitar a informações, bens ou pessoas que estejam sob o controle de um Estado terceiro ou de uma organização internacional ao abrigo de um acordo internacional, os Estados requeridos informarão o Tribunal em conformidade, este dirigirá o seu pedido ao Estado terceiro ou à organização internacional.

10. a) Mediante pedido, o Tribunal cooperará com um Estado Parte e prestar-lhe-á auxílio na condução de um inquérito ou julgamento relacionado com fatos que constituam um crime da jurisdição do Tribunal ou que constituam um crime grave à luz do direito interno do Estado requerente.

b) i) O auxílio previsto na alínea a) deve compreender, a saber:

a. A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova recolhidos no decurso do inquérito ou do julgamento conduzidos pelo Tribunal; e

b. O interrogatório de qualquer pessoa detida por ordem do Tribunal;

ii) No caso previsto na alínea b), i), a;

a. A transmissão dos documentos e de outros elementos de prova obtidos com o auxílio de um Estado necessita do consentimento desse Estado;

b. A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova fornecidos quer por uma testemunha, quer por um perito, será feita em conformidade com o disposto no artigo 68.

c) O Tribunal poderá, em conformidade com as condições enunciadas neste número, deferir um pedido de auxílio formulado por um Estado que não seja parte no presente Estatuto.

Artigo 94

Suspensão da Execução de um Pedido Relativamente a um Inquérito ou a

Procedimento Criminal em Curso

1. Se a imediata execução de um pedido prejudicar o desenrolar de um inquérito ou de um procedimento criminal relativos a um caso diferente daquele a que se reporta o pedido, o Estado requerido poderá suspender a execução do pedido por tempo determinado, acordado com o Tribunal. Contudo, a suspensão não deve prolongar-se além do necessário para que o inquérito ou o procedimento criminal em causa sejam efetuados no Estado requerido. Este, antes de decidir suspender a execução do pedido, verificará se o auxílio não poderá ser concedido de imediato sob determinadas condições.

2. Se for decidida a suspensão de execução do pedido em conformidade com o parágrafo 1º, o Procurador poderá, no entanto, solicitar que sejam adotadas medidas para preservar os elementos de prova, nos termos da alínea j) do parágrafo 1º do artigo 93.

Artigo 95

Suspensão da Execução de um Pedido por Impugnação de Admissibilidade

Se o Tribunal estiver apreciando uma impugnação de admissibilidade, de acordo com os artigos 18 ou 19, o Estado requerido poderá suspender a execução de um pedido formulado ao abrigo do presente Capítulo enquanto aguarda que o Tribunal se pronuncie, a menos que o Tribunal tenha especificamente ordenado que o Procurador continue a reunir elementos de prova, nos termos dos artigos 18 ou 19.

Artigo 96

Conteúdo do Pedido sob Outras Formas de Cooperação previstas no Artigo 93

1. Todo o pedido relativo a outras formas de cooperação previstas no artigo 93 será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito por qualquer meio que permita manter um registro escrito, desde que seja confirmado através dos canais indicados na alínea a) do parágrafo 1º do artigo 87.

2. O pedido deverá conter, ou ser instruído com, os seguintes documentos:

a) Um resumo do objeto do pedido, bem como da natureza do auxílio solicitado, incluindo os fundamentos jurídicos e os motivos do pedido;

b) Informações tão completas quanto possível sobre a pessoa ou o lugar a identificar ou a localizar, por forma a que o auxílio solicitado possa ser prestado;

c) Um exposição sucinta dos fatos essenciais que fundamentam o pedido;

d) A exposição dos motivos e a explicação pormenorizada dos procedimentos ou das condições a respeitar;

e) Toda a informação que o Estado requerido possa exigir de acordo com o seu direito interno para dar seguimento ao pedido; e

f) Toda a informação útil para que o auxílio possa ser concedido.

3. A requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeita a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre as disposições aplicáveis do seu direito interno, susceptíveis de serem aplicadas em conformidade com a alínea e) do parágrafo 2º. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal das disposições específicas constantes do seu direito interno.

4. O presente artigo aplicar-se-á, se for caso disso, a qualquer pedido de auxílio dirigido ao Tribunal.

Artigo 97

Consultas

Sempre que, ao abrigo do presente Capítulo, um Estado Parte receba um pedido e verifique que este suscita dificuldades que possam obviar à sua execução ou impedi-la, o Estado em causa iniciará, sem demora, as consultas com o Tribunal com vista à solução desta questão. Tais dificuldades podem revestir as seguintes formas:

- a) Informações insuficientes para dar seguimento ao pedido;
- b) No caso de um pedido de entrega, o paradeiro da pessoa reclamada continuar desconhecido a despeito de todos os esforços ou a investigação realizada permitiu determinar que a pessoa que se encontra no Estado Requerido não é manifestamente a pessoa identificada no mandado; ou
- c) O Estado requerido ver-se-ia compelido, para cumprimento do pedido na sua forma atual, a violar uma obrigação constante de um tratado anteriormente celebrado com outro Estado.

Artigo 98

Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega

1. O Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha, previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

2. O Tribunal pode não dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.

Artigo 99

Execução dos Pedidos Apresentados ao Abrigo dos Artigos 93 e 96

1. Os pedidos de auxílio serão executados de harmonia com os procedimentos previstos na legislação interna do Estado requerido e, a menos que o seu direito interno o proíba, na forma especificada no pedido, aplicando qualquer procedimento nele indicado ou autorizando as pessoas nele indicadas a estarem presentes e a participarem na execução do pedido.

2. Em caso de pedido urgente, os documentos e os elementos de prova produzidos na resposta serão, a requerimento do Tribunal, enviados com urgência.

3. As respostas do Estado requerido serão transmitidas na sua língua e forma originais.

4. Sem prejuízo dos demais artigos do presente Capítulo, sempre que for necessário para a execução com sucesso de um pedido, e não haja que recorrer a medidas coercitivas, nomeadamente quando se trate de ouvir ou levar uma pessoa a depor de sua livre vontade, mesmo sem a presença das autoridades do Estado Parte requerido se tal for determinante para a execução do pedido, ou quando se trate de examinar, sem proceder a alterações, um lugar público ou um outro local público, o Procurador poderá dar cumprimento ao pedido diretamente no território de um Estado, de acordo com as seguintes modalidades:

a) Quando o Estado requerido for o Estado em cujo território haja indícios de ter sido cometido o crime e existir uma decisão sobre a admissibilidade tal como previsto nos artigos 18 e 19, o Procurador poderá executar diretamente o pedido, depois de ter levado a cabo consultas tão amplas quanto possível com o Estado requerido;

b) Em outros casos, o Procurador poderá executar o pedido após consultas com o Estado Parte requerido e tendo em conta as condições ou as preocupações razoáveis que esse Estado tenha eventualmente argumentado. Sempre que o Estado requerido verificar que a execução de um pedido nos termos da presente alínea suscita dificuldades, consultará de imediato o Tribunal para resolver a questão.

5. As disposições que autorizam a pessoa ouvida ou interrogada pelo Tribunal ao abrigo do artigo 72, a invocar as restrições previstas para impedir a divulgação de informações confidenciais relacionadas com a segurança nacional, aplicar-se-ão de igual modo à execução dos pedidos de auxílio referidos no presente artigo.

Artigo 100

Despesas

1. As despesas ordinárias decorrentes da execução dos pedidos no território do Estado requerido serão por este suportadas, com exceção das seguintes, que correrão a cargo do Tribunal:

a) As despesas relacionadas com as viagens e a proteção das testemunhas e dos peritos ou com a transferência de detidos ao abrigo do artigo 93;

b) As despesas de tradução, de interpretação e de transcrição;

c) As despesas de deslocação e de estada dos juizes, do Procurador, dos Procuradores-adjuntos, do Secretário, do Secretário-Adjunto e dos membros do pessoal de todos os órgãos do Tribunal;

d) Os custos das perícias ou dos relatórios periciais solicitados pelo Tribunal;

e) As despesas decorrentes do transporte das pessoas entregues ao Tribunal pelo Estado de detenção; e

f) Após consulta, quaisquer despesas extraordinárias decorrentes da execução de um pedido.

2. O disposto no parágrafo 1º aplicar-se-á, sempre que necessário, aos pedidos dirigidos pelos Estados Partes ao Tribunal. Neste caso, o Tribunal tomará a seu cargo as despesas ordinárias decorrentes da execução.

Artigo 101

Regra da Especialidade

1. Nenhuma pessoa entregue ao Tribunal nos termos do presente Estatuto poderá ser perseguida, condenada ou detida por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando estas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega.

2. O Tribunal poderá solicitar uma derrogação dos requisitos estabelecidos no parágrafo 1º ao Estado que lhe tenha entregue uma pessoa e, se necessário, facultar-lhe-á, em conformidade com o artigo 91, informações complementares. Os Estados Partes estarão habilitados a conceder uma derrogação ao Tribunal e deverão envidar esforços nesse sentido.

Artigo 102

Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Capítulo X

Execução da Pena

Artigo 103

Função dos Estados na Execução das Penas Privativas de Liberdade

1. a) As penas privativas de liberdade serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas.

b) Ao declarar a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas, um Estado poderá formular condições acordadas com o Tribunal e em conformidade com o presente Capítulo.

c) O Estado indicado no âmbito de um determinado caso dará prontamente a conhecer se aceita ou não a indicação do Tribunal.

2. a) O Estado da execução informará o Tribunal de qualquer circunstância, incluindo o cumprimento de quaisquer condições acordadas nos termos do parágrafo 1º, que possam afetar materialmente as condições ou a duração da detenção. O Tribunal será informado com, pelo menos, 45 dias de antecedência sobre qualquer circunstância dessa natureza, conhecida ou previsível. Durante este período, o Estado da execução não tomará qualquer medida que possa ser contrária às suas obrigações ao abrigo do artigo 110.

b) Se o Tribunal não puder aceitar as circunstâncias referidas na alínea a), deverá informar o Estado da execução e proceder em harmonia com o parágrafo 1º do artigo 104.

3. Sempre que exercer o seu poder de indicação em conformidade com o parágrafo 1º, o Tribunal levará em consideração:

a) O princípio segundo o qual os Estados Partes devem partilhar da responsabilidade na execução das penas privativas de liberdade, em conformidade com os princípios de distribuição equitativa estabelecidos no Regulamento Processual;

b) A aplicação de normas convencionais do direito internacional amplamente aceitas, que regulam o tratamento dos reclusos;

c) A opinião da pessoa condenada; e

d) A nacionalidade da pessoa condenada;

e) Outros fatores relativos às circunstâncias do crime, às condições pessoais da pessoa condenada ou à execução efetiva da pena, adequadas à indicação do Estado da execução.

4. Se nenhum Estado for designado nos termos do parágrafo 1º, a pena privativa de liberdade será cumprida num estabelecimento prisional designado pelo Estado anfitrião, em conformidade com as condições estipuladas no acordo que determinou o local da sede previsto no parágrafo 2º do artigo 3º. Neste caso, as despesas relacionadas com a execução da pena ficarão a cargo do Tribunal.

Artigo 104

Alteração da Indicação do Estado da Execução

1. O Tribunal poderá, a qualquer momento, decidir transferir um condenado para uma prisão de um outro Estado.

2. A pessoa condenada pelo Tribunal poderá, a qualquer momento, solicitar-lhe que a transfira do Estado encarregado da execução.

Artigo 105

Execução da Pena

1. Sem prejuízo das condições que um Estado haja estabelecido nos termos do artigo 103, parágrafo 1º, alínea b), a pena privativa de liberdade é vinculativa para os Estados Partes, não podendo estes modificá-la em caso algum.

2. Será da exclusiva competência do Tribunal pronunciar-se sobre qualquer pedido de revisão ou recurso. O Estado da execução não obstará a que o condenado apresente um tal pedido.

Artigo 106

Controle da Execução da Pena e das Condições de Detenção

1. A execução de uma pena privativa de liberdade será submetida ao controle do Tribunal e observará as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos.

2. As condições de detenção serão reguladas pela legislação do Estado da execução e observarão as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos. Em caso algum devem ser menos ou mais favoráveis do que as aplicáveis aos reclusos condenados no Estado da execução por infrações análogas.

3. As comunicações entre o condenado e o Tribunal serão livres e terão caráter confidencial.

Artigo 107

Transferência do Condenado depois de Cumprida a Pena

1. Cumprida a pena, a pessoa que não seja nacional do Estado da execução poderá, de acordo com a legislação desse mesmo Estado, ser transferida para um outro Estado obrigado a aceitá-la ou ainda para um outro Estado que aceite acolhê-la tendo em conta a vontade expressa pela pessoa em ser transferida para esse Estado; a menos que o Estado da execução autorize essa pessoa a permanecer no seu território.

2. As despesas relativas à transferência do condenado para um outro Estado nos termos do parágrafo 1º serão suportadas pelo Tribunal se nenhum Estado as tomar a seu cargo.

3. Sem prejuízo do disposto no artigo 108, o Estado da execução poderá igualmente, em harmonia com o seu direito interno, extraditar ou entregar por qualquer outro modo a pessoa a um Estado que tenha solicitado a sua extradição ou a sua entrega para fins de julgamento ou de cumprimento de uma pena.

Artigo 108

Restrições ao Procedimento Criminal ou à Condenação por Outras Infrações

1. A pessoa condenada que esteja detida no Estado da execução não poderá ser objeto de procedimento criminal, condenação ou extradição para um Estado terceiro em virtude de uma conduta anterior à sua transferência para o Estado da execução, a menos que a Tribunal tenha dado a sua aprovação a tal procedimento, condenação ou extradição, a pedido do Estado da execução.

2. Ouvido o condenado, o Tribunal pronunciar-se-á sobre a questão.

3. O parágrafo 1º deixará de ser aplicável se o condenado permanecer voluntariamente no território do Estado da execução por um período superior a 30 dias após o cumprimento integral da pena proferida pelo Tribunal, ou se regressar ao território desse Estado após dele ter saído.

Artigo 109

Execução das Penas de Multa e das Medidas de Perda

1. Os Estados Partes aplicarão as penas de multa, bem como as medidas de perda ordenadas pelo Tribunal ao abrigo do Capítulo VII, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé e em conformidade com os procedimentos previstos no respectivo direito interno.

2. Sempre que um Estado Parte não possa tornar efetiva a declaração de perda, deverá tomar medidas para recuperar o valor do produto, dos bens ou dos haveres cuja perda tenha sido declarada pelo Tribunal, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.

3. Os bens, ou o produto da venda de bens imóveis ou, se for caso disso, da venda de outros bens, obtidos por um Estado Parte por força da execução de uma decisão do Tribunal, serão transferidos para o Tribunal.

Artigo 110

Reexame pelo Tribunal da Questão de Redução de Pena

1. O Estado da execução não poderá libertar o recluso antes de cumprida a totalidade da pena proferida pelo Tribunal.

2. Somente o Tribunal terá a faculdade de decidir sobre qualquer redução da pena e, ouvido o condenado, pronunciar-se-á a tal respeito,

3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.

4. No reexame a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes:

a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;

b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou

c) Outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual;

5. Se, no reexame inicial a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subsequente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

Artigo 111

Evasão

Se um condenado se evadir do seu local de detenção e fugir do território do Estado da execução, este poderá, depois de ter consultado o Tribunal, pedir ao Estado no qual se encontra localizado o condenado que o entregue em conformidade com os acordos bilaterais ou multilaterais em vigor, ou requerer ao Tribunal que solicite a entrega dessa pessoa ao abrigo do Capítulo IX. O Tribunal poderá, ao solicitar a entrega da pessoa, determinar que esta seja entregue ao Estado no qual se encontrava a cumprir a sua pena, ou a outro Estado por ele indicado.

Capítulo XI

Assembleia dos Estados Partes

Artigo 112

Assembleia dos Estados Partes

1. É constituída, pelo presente instrumento, uma Assembleia dos Estados Partes. Cada um dos Estados Partes nela disporá de um representante, que poderá ser coadjuvado por substitutos e assessores. Outros Estados signatários do Estatuto ou da Ata Final poderão participar nos trabalhos da Assembleia na qualidade de observadores.

2. A Assembleia:

a) Examinará e adotará, se adequado, as recomendações da Comissão Preparatória;

b) Promoverá junto à Presidência, ao Procurador e ao Secretário as linhas orientadoras gerais no que toca à administração do Tribunal;

c) Examinará os relatórios e as atividades da Mesa estabelecido nos termos do parágrafo 3º e tomará as medidas apropriadas;

d) Examinará e aprovará o orçamento do Tribunal;

e) Decidirá, se for caso disso, alterar o número de juizes nos termos do artigo 36;

f) Examinará, em harmonia com os parágrafos 5 e 7 do artigo 87, qualquer questão relativa à não cooperação dos Estados;

g) Desempenhará qualquer outra função compatível com as disposições do presente Estatuto ou do Regulamento Processual;

3. a) A Assembléia será dotada de uma Mesa composta por um presidente, dois vice-presidentes e 18 membros por ela eleitos por períodos de três anos;

b) A Mesa terá um caráter representativo, atendendo nomeadamente ao princípio da distribuição geográfica eqüitativa e à necessidade de assegurar uma representação adequada dos principais sistemas jurídicos do mundo;

c) A Mesa reunir-se-á as vezes que forem necessárias, mas, pelo menos, uma vez por ano. Assistirá a Assembléia no desempenho das suas funções.

4. A Assembléia poderá criar outros órgãos subsidiários que julgue necessários, nomeadamente um mecanismo de controle independente que proceda a inspeções, avaliações e inquéritos em ordem a melhorar a eficiência e economia da administração do Tribunal.

5. O Presidente do Tribunal, o Procurador e o Secretário ou os respectivos representantes poderão participar, sempre que julguem oportuno, nas reuniões da Assembléia e da Mesa.

6. A Assembléia reunir-se-á na sede do Tribunal ou na sede da Organização das Nações Unidas uma vez por ano e, sempre que as circunstâncias o exigirem, reunir-se-á em sessão extraordinária. A menos que o presente Estatuto estabeleça em contrário, as sessões extraordinárias são convocadas pela Mesa, de ofício ou a pedido de um terço dos Estados Partes.

7. Cada um dos Estados Partes disporá de um voto. Todos os esforços deverão ser envidados para que as decisões da Assembléia e da Mesa sejam adotadas por consenso. Se tal não for possível, e a menos que o Estatuto estabeleça em contrário:

a) As decisões sobre as questões de fundo serão tomadas por maioria de dois terços dos membros presentes e votantes, sob a condição que a maioria absoluta dos Estados Partes constitua quorum para o escrutínio;

b) As decisões sobre as questões de procedimento serão tomadas por maioria simples dos Estados Partes presentes e votantes.

8. O Estado Parte em atraso no pagamento da sua contribuição financeira para as despesas do Tribunal não poderá votar nem na Assembléia nem na Mesa se o total das suas contribuições em atraso igualar ou exceder a soma das contribuições correspondentes aos dois anos anteriores completos por ele devidos. A Assembléia Geral poderá, no entanto, autorizar o Estado em causa a votar na Assembléia ou na Mesa se ficar provado que a falta de pagamento é devida a circunstâncias alheias ao controle do Estado Parte.

9. A Assembléia adotará o seu próprio Regimento.

10. As línguas oficiais e de trabalho da Assembléia dos Estados Partes serão as línguas oficiais e de trabalho da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.

Capítulo XII

Financiamento

Artigo 113

Regulamento Financeiro

Salvo disposição expressa em contrário, todas as questões financeiras atinentes ao Tribunal e às reuniões da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, serão reguladas pelo presente Estatuto, pelo Regulamento Financeiro e pelas normas de gestão financeira adotados pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 114

Pagamento de Despesas

As despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, serão pagas pelos fundos do Tribunal.

Artigo 115

Fundos do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes

As despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, inscritas no orçamento aprovado pela Assembléia dos Estados Partes, serão financiadas:

a) Pelas quotas dos Estados Partes;

b) Pelos fundos provenientes da Organização das Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembléia Geral, nomeadamente no que diz respeito às despesas relativas a questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança.

Artigo 116

Contribuições Voluntárias

Sem prejuízo do artigo 115, o Tribunal poderá receber e utilizar, a título de fundos adicionais, as contribuições voluntárias dos Governos, das organizações internacionais, dos particulares, das empresas e demais entidades, de acordo com os critérios estabelecidos pela Assembléia dos Estados Partes nesta matéria.

Artigo 117

Cálculo das Quotas

As quotas dos Estados Partes serão calculadas em conformidade com uma tabela de quotas que tenha sido acordada, com base na tabela adotada pela Organização das Nações Unidas para o seu orçamento ordinário, e adaptada de harmonia com os princípios nos quais se baseia tal tabela.

Artigo 118

Verificação Anual de Contas

Os relatórios, livros e contas do Tribunal, incluindo os balanços financeiros anuais, serão verificados anualmente por um revisor de contas independente.

Capítulo XIII

Cláusulas Finais

Artigo 119

Resolução de Diferendos

1. Qualquer diferendo relativo às funções judiciais do Tribunal será resolvido por decisão do Tribunal.

2. Quaisquer diferendos entre dois ou mais Estados Partes relativos à interpretação ou à aplicação do presente Estatuto, que não forem resolvidos pela via negocial num período de três meses após o seu início, serão submetidos à Assembléia dos Estados Partes. A Assembléia poderá procurar resolver o diferendo ou fazer recomendações relativas a outros métodos de resolução, incluindo a submissão do diferendo à Corte Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto dessa Corte.

Artigo 120

Reservas

Não são admitidas reservas a este Estatuto.

Artigo 121

Alterações

1. Expirado o período de sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, qualquer Estado Parte poderá propor alterações ao Estatuto. O texto das propostas de alterações será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes.

2. Decorridos pelo menos três meses após a data desta notificação, a Assembléia dos Estados Partes decidirá na reunião seguinte, por maioria dos seus membros presentes e votantes, se deverá examinar a proposta. A Assembléia poderá tratar desta proposta, ou convocar uma Conferência de Revisão se a questão suscitada o justificar.

3. A adoção de uma alteração numa reunião da Assembléia dos Estados Partes ou numa Conferência de Revisão exigirá a maioria de dois terços dos Estados Partes, quando não for possível chegar a um consenso.

4. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 5, qualquer alteração entrará em vigor, para todos os Estados Partes, um ano depois que sete oitavos de entre eles tenham depositado os respectivos instrumentos de ratificação ou de aceitação junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

5. Qualquer alteração ao artigo 5º, 6º, 7º e 8º do presente Estatuto entrará em vigor, para todos os Estados Partes que a tenham aceite, um ano após o depósito dos seus instrumentos de ratificação ou de aceitação. O Tribunal não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado Parte que não tenha aceite a alteração, ou no território desse Estado Parte.

6. Se uma alteração tiver sido aceita por sete oitavos dos Estados Partes nos termos do parágrafo 4, qualquer Estado Parte que não a tenha aceite poderá retirar-se do Estatuto com efeito imediato, não obstante o disposto no parágrafo 1º do artigo 127, mas sem prejuízo do disposto no parágrafo 2º do artigo 127, mediante notificação da sua retirada o mais tardar um ano após a entrada em vigor desta alteração.

7. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os Estados Partes quaisquer alterações que tenham sido adotadas em reunião da Assembléia dos Estados Partes ou numa Conferência de Revisão.

Artigo 122

Alteração de Disposições de Caráter Institucional

1. Não obstante o artigo 121, parágrafo 1º, qualquer Estado Parte poderá, em qualquer momento, propor alterações às disposições do Estatuto, de caráter exclusivamente institucional, a saber, artigos 35, 36, parágrafos 8 e 9, artigos 37, 38, 39, parágrafos 1º (as primeiras duas frases), 2º e 4º, artigo 42, parágrafos 4 a 9, artigo 43, parágrafos 2º e 3º e artigos 44, 46, 47 e 49. O texto de qualquer proposta será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas ou a qualquer outra pessoa designada pela Assembléia dos Estados Partes, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes e aos outros participantes na Assembléia.

2. As alterações apresentadas nos termos deste artigo, sobre as quais não seja possível chegar a um consenso, serão adotadas pela Assembléia dos Estados Partes ou por uma Conferência de Revisão, por uma maioria de dois terços dos Estados Partes. Tais alterações entrarão em vigor, para todos os Estados Partes, seis meses após a sua adoção pela Assembléia ou, conforme o caso, pela Conferência de Revisão.

Artigo 123

Revisão do Estatuto

1. Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5º. A Conferência estará aberta aos participantes na Assembléia dos Estados Partes, nas mesmas condições.

2. A todo o momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no parágrafo 1º, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma Conferência de Revisão.

3. A adoção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa Conferência de Revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121, parágrafos 3º a 7.

Artigo 124

Disposição Transitória

Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto, poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 123.

Artigo 125

Assinatura, Ratificação, Aceitação, Aprovação ou Adesão

1. O presente Estatuto estará aberto à assinatura de todos os Estados na sede da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, em Roma, a 17 de Julho de 1998, continuando aberto à assinatura no Ministério dos Negócios Estrangeiros de Itália, em Roma, até 17 de Outubro de 1998. Após esta data, o Estatuto continuará aberto na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 31 de Dezembro de 2000.

2. O presente Estatuto ficará sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

3. O presente Estatuto ficará aberto à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo 126

Entrada em Vigor

1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

2. Em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o Estatuto ,ou a ele adira após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Artigo 127

Retirada

1. Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, retirar-se do presente Estatuto. A retirada produzirá efeitos um ano após a data de recepção da notificação, salvo se esta indicar uma data ulterior.

2. A retirada não isentará o Estado das obrigações que lhe incumbem em virtude do presente Estatuto enquanto Parte do mesmo, incluindo as obrigações financeiras que tiver assumido, não afetando também a cooperação com o Tribunal no âmbito de inquéritos e de procedimentos criminais relativamente aos quais o Estado tinha o dever de cooperar e que se iniciaram antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos; a retirada em nada afetará a prossecução da apreciação das causas que o Tribunal já tivesse começado a apreciar antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos.

Artigo 128

Textos Autênticos

O original do presente Estatuto, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia autenticada a todos os Estados.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados pelos respectivos Governos, assinaram o presente Estatuto.

Feito em Roma, aos dezessete dias do mês de julho de mil novecentos e noventa e oito.

ANEXO IV- Decreto n. 5015 de 12.03.2004 - Promulga convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.

Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

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 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada 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 a Convenção 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 A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção 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

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Artigo 1

Objetivo

O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

Artigo 2

Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;

d) "Bens" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos;

e) "Produto do crime" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime;

f) "Bloqueio" ou "apreensão" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente;

g) "Confisco" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente;

h) "Infração principal" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção;

i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;

j) "Organização regional de integração econômica" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "Estados Partes" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.

Artigo 3

Âmbito de aplicação

1. Salvo disposição em contrário, a presente Convenção é aplicável à prevenção, investigação, instrução e julgamento de:

a) Infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção; e

b) Infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção;

sempre que tais infrações sejam de carácter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado;

2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de carácter transnacional se:

a) For cometida em mais de um Estado;

b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direcção e controle tenha lugar em outro Estado;

c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique actividades criminosas em mais de um Estado; ou

d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Artigo 4

Proteção da soberania

1. Os Estados Partes cumprirão as suas obrigações decorrentes da presente Convenção no respeito pelos princípios da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados, bem como da não-ingerência nos assuntos internos de outros Estados.

2. O disposto na presente Convenção não autoriza qualquer Estado Parte a exercer, em território de outro Estado, jurisdição ou funções que o direito interno desse Estado reserve exclusivamente às suas autoridades.

Artigo 5

Criminalização da participação em um grupo criminoso organizado

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:

a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;

b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida;

b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.

2. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas.

3. Os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações referidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo ao envolvimento de um grupo criminoso organizado diligenciarão no sentido de que o seu direito interno abranja todas as infrações graves que envolvam a participação de grupos criminosos organizados. Estes Estados Partes, assim como os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações definidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo à prática de um ato concertado, informarão deste fato o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, no momento da

assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção.

Artigo 6

Criminalização da lavagem do produto do crime

1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;

b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados;

c) Para efeitos da alínea b), as infrações principais incluirão as infrações cometidas tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte interessado. No entanto, as infrações cometidas fora da jurisdição de um Estado Parte só constituirão infração principal quando o ato correspondente constitua infração penal à luz do direito interno do Estado em que tenha sido praticado e constitua infração penal à luz do direito interno do Estado Parte que aplique o presente Artigo se o crime aí tivesse sido cometido;

d) Cada Estado Parte fornecerá ao Secretário Geral das Nações Unidas uma cópia ou descrição das suas leis destinadas a dar aplicação ao presente Artigo e de qualquer alteração posterior;

e) Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal;

f) O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas.

Artigo 7

Medidas para combater a lavagem de dinheiro

1. Cada Estado Parte:

a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas;

b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis.

3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro.

4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro.

Artigo 8

Criminalização da corrupção

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os seguintes atos, quando intencionalmente cometidos:

a) Prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais;

b) Por um agente público, pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para conferir o carácter de infração penal aos atos enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo que envolvam um agente público estrangeiro ou um funcionário internacional. Do mesmo modo, cada Estado Parte considerará a possibilidade de conferir o carácter de infração penal a outras formas de corrupção.

3. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas necessárias para conferir o carácter de infração penal à cumplicidade na prática de uma infração enunciada no presente Artigo.

4. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo e do Artigo 9, a expressão "agente público" designa, além do funcionário público, qualquer pessoa que preste um serviço público, tal como a expressão é definida no direito interno e aplicada no direito penal do Estado Parte onde a pessoa em questão exerce as suas funções.

Artigo 9

Medidas contra a corrupção

1. Para além das medidas enunciadas no Artigo 8 da presente Convenção, cada Estado Parte, na medida em que seja procedente e conforme ao seu ordenamento jurídico, adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos.

2. Cada Estado Parte tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da

corrupção de agentes públicos, inclusive conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.

Artigo 10

Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em conformidade com o seu ordenamento jurídico, para responsabilizar pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção.

2. No respeito pelo ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser penal, civil ou administrativa.

3. A responsabilidade das pessoas jurídicas não obstará à responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido as infrações.

4. Cada Estado Parte diligenciará, em especial, no sentido de que as pessoas jurídicas consideradas responsáveis em conformidade com o presente Artigo sejam objeto de sanções eficazes, proporcionais e acautelatórias, de natureza penal e não penal, incluindo sanções pecuniárias.

Artigo 11

Processos judiciais, julgamento e sanções

1. Cada Estado Parte tornará a prática de qualquer infração enunciada nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção passível de sanções que tenham em conta a gravidade dessa infração.

2. Cada Estado Parte diligenciará para que qualquer poder judicial discricionário conferido pelo seu direito interno e relativo a processos judiciais contra indivíduos por infrações previstas na presente Convenção seja exercido de forma a otimizar a eficácia das medidas de detecção e de repressão destas infrações, tendo na devida conta a necessidade de exercer um efeito cautelar da sua prática.

3. No caso de infrações como as enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção, cada Estado Parte tomará as medidas apropriadas, em conformidade com o seu direito interno, e tendo na devida conta os direitos da defesa, para que as condições a que estão sujeitas as decisões de aguardar julgamento em liberdade ou relativas ao processo de recurso tenham em consideração a necessidade de assegurar a presença do arguido em todo o processo penal ulterior.

4. Cada Estado Parte providenciará para que os seus tribunais ou outras autoridades competentes tenham presente a gravidade das infrações previstas na presente Convenção quando considerarem a possibilidade de uma libertação antecipada ou condicional de pessoas reconhecidas como culpadas dessas infrações.

5. Sempre que as circunstâncias o justifiquem, cada Estado Parte determinará, no âmbito do seu direito interno, um prazo de prescrição prolongado, durante o qual poderá ter início o processo relativo a uma das infrações previstas na presente Convenção, devendo esse período ser mais longo quando o presumível autor da infração se tenha subtraído à justiça.

6. Nenhuma das disposições da presente Convenção prejudica o princípio segundo o qual a definição das infrações nela enunciadas e dos meios jurídicos de defesa aplicáveis, bem como outros princípios jurídicos que rejam a legalidade das incriminações, são do foro exclusivo do direito interno desse Estado Parte, e segundo o qual as referidas infrações são objeto de procedimento judicial e punidas de acordo com o direito desse Estado Parte.

Artigo 12

Confisco e apreensão

1. Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir o confisco:

a) Do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto;

b) Dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção.

2. Os Estados Partes tomarão as medidas necessárias para permitir a identificação, a localização, o embargo ou a apreensão dos bens referidos no parágrafo 1 do presente Artigo, para efeitos de eventual confisco.

3. Se o produto do crime tiver sido convertido, total ou parcialmente, noutros bens, estes últimos podem ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, em substituição do referido produto.

4. Se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados.

5. As receitas ou outros benefícios obtidos com o produto do crime, os bens nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido ou os bens com que tenha sido misturado podem também ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, da mesma forma e na mesma medida que o produto do crime.

6. Para efeitos do presente Artigo e do Artigo 13, cada Estado Parte habilitará os seus tribunais ou outras autoridades competentes para ordenarem a apresentação ou a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais. Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para se recusarem a aplicar as disposições do presente número.

7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

8. As disposições do presente Artigo não deverão, em circunstância alguma, ser interpretadas de modo a afetar os direitos de terceiros de boa fé.

9. Nenhuma das disposições do presente Artigo prejudica o princípio segundo o qual as medidas nele previstas são definidas e aplicadas em conformidade com o direito interno de cada Estado Parte e segundo as disposições deste direito.

Artigo 13

Cooperação internacional para efeitos de confisco

1. Na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, um Estado Parte que tenha recebido de outro Estado Parte, competente para conhecer de uma infração prevista na presente Convenção, um pedido de confisco do produto do crime, bens, equipamentos ou outros instrumentos referidos no parágrafo 1 do Artigo 12 da presente Convenção que se encontrem no seu território, deverá:

a) Submeter o pedido às suas autoridades competentes, a fim de obter uma ordem de confisco e, se essa ordem for emitida, executá-la; ou

b) Submeter às suas autoridades competentes, para que seja executada conforme o solicitado, a decisão de confisco emitida por um tribunal situado no território do Estado Parte requerente, em conformidade com o parágrafo 1 do Artigo 12 da presente Convenção, em relação ao produto do crime, bens, equipamentos ou outros instrumentos referidos no parágrafo 1 do Artigo 12 que se encontrem no território do Estado Parte requerido.

2. Quando um pedido for feito por outro Estado Parte competente para conhecer de uma infração prevista na presente Convenção, o Estado Parte requerido tomará medidas para identificar, localizar, embargar ou apreender o produto do crime, os bens, os equipamentos ou os outros instrumentos referidos no parágrafo 1 do Artigo 12 da presente Convenção, com vista a um eventual confisco que venha a ser ordenado, seja pelo Estado Parte requerente, seja, na sequência de um pedido formulado ao abrigo do parágrafo 1 do presente Artigo, pelo Estado Parte requerido.

3. As disposições do Artigo 18 da presente Convenção aplicam-se *mutatis mutandis* ao presente Artigo. Para além das informações referidas no parágrafo 15 do Artigo 18, os pedidos feitos em conformidade com o presente Artigo deverão conter:

a) Quando o pedido for feito ao abrigo da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo, uma descrição dos bens a confiscar e uma exposição dos fatos em que o Estado Parte requerente se baseia, que permita ao Estado Parte requerido obter uma decisão de confisco em conformidade com o seu direito interno;

b) Quando o pedido for feito ao abrigo da alínea b) do parágrafo 1 do presente Artigo, uma cópia legalmente admissível da decisão de confisco emitida pelo Estado Parte requerente em que se baseia o pedido, uma exposição dos fatos e informações sobre os limites em que é pedida a execução da decisão;

c) Quando o pedido for feito ao abrigo do parágrafo 2 do presente Artigo, uma exposição dos fatos em que se baseia o Estado Parte requerente e uma descrição das medidas pedidas.

4. As decisões ou medidas previstas nos parágrafo 1 e parágrafo 2 do presente Artigo são tomadas pelo Estado Parte requerido em conformidade com o seu direito interno e segundo as disposições do mesmo direito, e em conformidade com as suas regras processuais ou com qualquer tratado, acordo ou protocolo bilateral ou multilateral que o ligue ao Estado Parte requerente.

5. Cada Estado Parte enviará ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas uma cópia das suas leis e regulamentos destinados a dar aplicação ao presente Artigo, bem como uma cópia de qualquer alteração ulteriormente introduzida a estas leis e regulamentos ou uma descrição destas leis, regulamentos e alterações ulteriores.

6. Se um Estado Parte decidir condicionar a adoção das medidas previstas nos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo à existência de um tratado na matéria, deverá considerar a presente Convenção como uma base jurídica necessária e suficiente para o efeito.

7. Um Estado Parte poderá recusar a cooperação que lhe é solicitada ao abrigo do presente Artigo, caso a infração a que se refere o pedido não seja abrangida pela presente Convenção.

8. As disposições do presente Artigo não deverão, em circunstância alguma, ser interpretadas de modo a afetar os direitos de terceiros de boa fé.

9. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar tratados, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais com o objetivo de reforçar a eficácia da cooperação internacional desenvolvida para efeitos do presente Artigo.

Artigo 14

Disposição do produto do crime ou dos bens confiscados

1. Um Estado Parte que confisque o produto do crime ou bens, em aplicação do Artigo 12 ou do parágrafo 1 do Artigo 13 da presente Convenção, disporá deles de acordo com o seu direito interno e os seus procedimentos administrativos.

2. Quando os Estados Partes agirem a pedido de outro Estado Parte em aplicação do Artigo 13 da presente Convenção, deverão, na medida em que o permita o seu direito interno e se tal lhes for solicitado, considerar prioritariamente a restituição do produto do crime ou dos bens confiscados ao Estado Parte requerente,

para que este último possa indenizar as vítimas da infração ou restituir este produto do crime ou estes bens aos seus legítimos proprietários.

3. Quando um Estado Parte atuar a pedido de um outro Estado Parte em aplicação dos Artigos 12 e 13 da presente Convenção, poderá considerar especialmente a celebração de acordos ou protocolos que prevejam:

a) Destinar o valor deste produto ou destes bens, ou os fundos provenientes da sua venda, ou uma parte destes fundos, à conta criada em aplicação da alínea c) do parágrafo 2 do Artigo 30 da presente Convenção e a organismos intergovernamentais especializados na luta contra a criminalidade organizada;

b) Repartir com outros Estados Partes, sistemática ou casuisticamente, este produto ou estes bens, ou os fundos provenientes da respectiva venda, em conformidade com o seu direito interno ou os seus procedimentos administrativos.

Artigo 15

Jurisdição

1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação às infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção, nos seguintes casos:

a) Quando a infração for cometida no seu território; ou

b) Quando a infração for cometida a bordo de um navio que arvore a sua bandeira ou a bordo de uma aeronave matriculada em conformidade com o seu direito interno no momento em que a referida infração for cometida.

2. Sem prejuízo do disposto no Artigo 4 da presente Convenção, um Estado Parte poderá igualmente estabelecer a sua competência jurisdicional em relação a qualquer destas infrações, nos seguintes casos:

a) Quando a infração for cometida contra um dos seus cidadãos;

b) Quando a infração for cometida por um dos seus cidadãos ou por uma pessoa apátrida residente habitualmente no seu território; ou

c) Quando a infração for:

i) Uma das previstas no parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção e praticada fora do seu território, com a intenção de cometer uma infração grave no seu território;

ii) Uma das previstas no inciso ii) da alínea b) do parágrafo 1 do Artigo 6 da presente Convenção e praticada fora do seu território com a intenção de cometer, no seu território, uma das infrações enunciadas nos incisos i) ou ii) da alínea a) ou i) da alínea b) do parágrafo 1 do Artigo 6 da presente Convenção.

3. Para efeitos do parágrafo 10 do Artigo 16 da presente Convenção, cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação às infrações abrangidas pela presente Convenção quando o presumível autor se encontre no seu território e o Estado Parte não o extraditar pela única razão de se tratar de um seu cidadão.

4. Cada Estado Parte poderá igualmente adotar as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação às infrações abrangidas pela presente Convenção quando o presumível autor se encontre no seu território e o Estado Parte não o extraditar.

5. Se um Estado Parte que exerça a sua competência jurisdicional por força dos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo tiver sido notificado, ou por qualquer outra forma tiver tomado conhecimento, de que um ou vários Estados Partes estão a efetuar uma investigação ou iniciaram diligências ou um processo judicial tendo por objeto o mesmo ato, as autoridades competentes destes Estados Partes deverão consultar-se, da forma que for mais conveniente, para coordenar as suas ações.

6. Sem prejuízo das normas do direito internacional geral, a presente Convenção não excluirá o exercício de qualquer competência jurisdicional penal estabelecida por um Estado Parte em conformidade com o seu direito interno.

Artigo 16

Extradição

1. O presente Artigo aplica-se às infrações abrangidas pela presente Convenção ou nos casos em que um grupo criminoso organizado esteja implicado numa infração prevista nas alíneas a) ou b) do parágrafo 1 do Artigo 3 e em que a pessoa que é objeto do pedido de extradição se encontre no Estado Parte requerido, desde que a infração pela qual é pedida a extradição seja punível pelo direito interno do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido.

2. Se o pedido de extradição for motivado por várias infrações graves distintas, algumas das quais não se encontrem previstas no presente Artigo, o Estado Parte requerido pode igualmente aplicar o presente Artigo às referidas infrações.

3. Cada uma das infrações às quais se aplica o presente Artigo será considerada incluída, de pleno direito, entre as infrações que dão lugar a extradição em qualquer tratado de extradição em vigor entre os Estados Partes. Os Estados Partes comprometem-se a incluir estas infrações entre aquelas cujo autor pode ser extraditado em qualquer tratado de extradição que celebrem entre si.

4. Se um Estado Parte que condicione a extradição à existência de um tratado receber um pedido de extradição de um Estado Parte com o qual não celebrou tal tratado, poderá considerar a presente Convenção como fundamento jurídico da extradição quanto às infrações a que se aplique o presente Artigo.

5. Os Estados Partes que condicionem a extradição à existência de um tratado:

a) No momento do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção, indicarão ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas se consideram a presente Convenção como fundamento jurídico para a cooperação com outros Estados Partes em matéria de extradição; e

b) Se não considerarem a presente Convenção como fundamento jurídico para cooperar em matéria de extradição, diligenciarão, se necessário, pela celebração de tratados de extradição com outros Estados Partes, a fim de darem aplicação ao presente Artigo.

6. Os Estados Partes que não condicionem a extradição à existência de um tratado reconhecerão entre si, às infrações às quais se aplica o presente Artigo, o caráter de infração cujo autor pode ser extraditado.

7. A extradição estará sujeita às condições previstas no direito interno do Estado Parte requerido ou em tratados de extradição aplicáveis, incluindo, nomeadamente, condições relativas à pena mínima requerida para uma extradição e aos motivos pelos quais o Estado Parte requerido pode recusar a extradição.

8. Os Estados Partes procurarão, sem prejuízo do seu direito interno, acelerar os processos de extradição e simplificar os requisitos em matéria de prova com eles relacionados, no que se refere às infrações a que se aplica o presente Artigo.

9. Sem prejuízo do disposto no seu direito interno e nos tratados de extradição que tenha celebrado, o Estado Parte requerido poderá, a pedido do Estado Parte requerente, se considerar que as circunstâncias o justificam e que existe urgência, colocar em detenção uma pessoa, presente no seu território, cuja extradição é pedida, ou adotar a seu respeito quaisquer outras medidas apropriadas para assegurar a sua presença no processo de extradição.

10. Um Estado Parte em cujo território se encontre o presumível autor da infração, se não extraditar esta pessoa a título de uma infração à qual se aplica o presente Artigo pelo único motivo de se tratar de um seu cidadão, deverá, a pedido do Estado Parte requerente da extradição, submeter o caso, sem demora excessiva, às suas autoridades competentes para efeitos de procedimento judicial. Estas autoridades tomarão a sua decisão e seguirão os trâmites do processo da mesma forma que em relação a qualquer outra infração grave, à luz do direito interno deste Estado Parte. Os Estados Partes interessados cooperarão entre si, nomeadamente em matéria processual e probatória, para assegurar a eficácia dos referidos atos judiciais.

11. Quando um Estado Parte, por força do seu direito interno, só estiver autorizado a extraditar ou, por qualquer outra forma, entregar um dos seus cidadãos na condição de que essa pessoa retorne seguidamente ao mesmo Estado Parte para cumprir a pena a que tenha sido condenada na seqüência do processo ou do procedimento que originou o pedido de extradição ou de entrega, e quando este Estado

Parte e o Estado Parte requerente concordarem em relação a essa opção e a outras condições que considerem apropriadas, a extradição ou entrega condicional será suficiente para dar cumprimento à obrigação enunciada no parágrafo 10 do presente Artigo.

12. Se a extradição, pedida para efeitos de execução de uma pena, for recusada porque a pessoa que é objeto deste pedido é um cidadão do Estado Parte requerido, este, se o seu direito interno o permitir, em conformidade com as prescrições deste direito e a pedido do Estado Parte requerente, considerará a possibilidade de dar execução à pena que foi aplicada em conformidade com o direito do Estado Parte requerente ou ao que dessa pena faltar cumprir.

13. Qualquer pessoa que seja objeto de um processo devido a qualquer das infrações às quais se aplica o presente Artigo terá garantido um tratamento equitativo em todas as fases do processo, incluindo o gozo de todos os direitos e garantias previstos no direito interno do Estado Parte em cujo território se encontra.

14. Nenhuma disposição da presente Convenção deverá ser interpretada no sentido de que impõe uma obrigação de extraditar a um Estado Parte requerido, se existirem sérias razões para supor que o pedido foi apresentado com a finalidade de perseguir ou punir uma pessoa em razão do seu sexo, raça, religião, nacionalidade, origem étnica ou opiniões políticas, ou que a satisfação daquele pedido provocaria um prejuízo a essa pessoa por alguma destas razões.

15. Os Estados Partes não poderão recusar um pedido de extradição unicamente por considerarem que a infração envolve também questões fiscais.

16. Antes de recusar a extradição, o Estado Parte requerido consultará, se for caso disso, o Estado Parte requerente, a fim de lhe dar a mais ampla possibilidade de apresentar as suas razões e de fornecer informações em apoio das suas alegações.

17. Os Estados Partes procurarão celebrar acordos ou protocolos bilaterais e multilaterais com o objetivo de permitir a extradição ou de aumentar a sua eficácia.

Artigo 17

Transferência de pessoas condenadas

Os Estados Partes poderão considerar a celebração de acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais relativos à transferência para o seu território de pessoas condenadas a penas de prisão ou outras penas de privação de liberdade devido a infrações previstas na presente Convenção, para que aí possam cumprir o resto da pena.

Artigo 18

Assistência judiciária recíproca

1. Os Estados Partes prestarão reciprocamente toda a assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas pela presente Convenção, nos termos do Artigo 3, e prestarão reciprocamente uma assistência similar quando o Estado Parte requerente tiver motivos razoáveis para suspeitar de que a infração a que se referem as alíneas a) ou b) do parágrafo 1 do Artigo 3 é de caráter transnacional, inclusive quando as vítimas, as testemunhas, o produto, os instrumentos ou os elementos de prova destas infrações se encontrem no Estado Parte requerido e nelas esteja implicado um grupo criminoso organizado.

2. Será prestada toda a cooperação judiciária possível, tanto quanto o permitam as leis, tratados, acordos e protocolos pertinentes do Estado Parte requerido, no âmbito de investigações, processos e outros atos judiciais relativos a infrações pelas quais possa ser considerada responsável uma pessoa coletiva no Estado Parte requerente, em conformidade com o Artigo 10 da presente Convenção.

3. A cooperação judiciária prestada em aplicação do presente Artigo pode ser solicitada para os seguintes efeitos:

- a) Recolher testemunhos ou depoimentos;
- b) Notificar atos judiciais;
- c) Efetuar buscas, apreensões e embargos;
- d) Examinar objetos e locais;
- e) Fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos;
- f) Fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas;
- g) Identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios;
- h) Facilitar o comparecimento voluntário de pessoas no Estado Parte requerente;
- i) Prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido.

4. Sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem pedido prévio, comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte, se considerarem que estas informações poderão ajudar a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado Parte a formular um pedido ao abrigo da presente Convenção.

5. A comunicação de informações em conformidade com o parágrafo 4 do presente Artigo será efetuada sem prejuízo das investigações e dos processos penais no Estado cujas autoridades competentes fornecem as informações. As autoridades competentes que recebam estas informações deverão satisfazer qualquer pedido no sentido de manter confidenciais as referidas informações, mesmo se apenas temporariamente, ou de restringir a sua utilização. Todavia, tal não impedirá o Estado Parte que receba as informações de revelar, no decurso do processo judicial, informações que inocentem um arguido. Neste último caso, o Estado Parte que recebeu as informações avisará o Estado Parte que as comunicou antes de as revelar e, se lhe for pedido, consultará este último. Se, num caso excepcional, não for possível uma comunicação prévia, o Estado Parte que recebeu as informações dará conhecimento da revelação, prontamente, ao Estado Parte que as tenha comunicado.

6. As disposições do presente Artigo em nada prejudicam as obrigações decorrentes de qualquer outro tratado bilateral ou multilateral que regule, ou deva regular, inteiramente ou em parte, a cooperação judiciária.

7. Os parágrafos 9 a 29 do presente Artigo serão aplicáveis aos pedidos feitos em conformidade com o presente Artigo, no caso de os Estados Partes em questão não estarem ligados por um tratado de cooperação judiciária. Se os referidos Estados Partes estiverem ligados por tal tratado, serão aplicáveis as disposições correspondentes desse tratado, a menos que os Estados Partes concordem em aplicar, em seu lugar, as disposições dos parágrafos 9 a 29 do presente Artigo. Os Estados Partes são fortemente instados a aplicar estes números, se tal facilitar a cooperação.

8. Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária prevista no presente Artigo.

9. Os Estados Partes poderão invocar a ausência de dupla criminalização para recusar prestar a assistência judiciária prevista no presente Artigo. O Estado Parte requerido poderá, não obstante, quando o considerar apropriado, prestar esta assistência, na medida em que o decida por si próprio, independentemente de o ato estar ou não tipificado como uma infração no direito interno do Estado Parte requerido.

10. Qualquer pessoa detida ou a cumprir pena no território de um Estado Parte, cuja presença seja requerida num outro Estado Parte para efeitos de identificação, para testemunhar ou para contribuir por qualquer outra forma para a obtenção de provas no âmbito de investigações, processos ou outros atos judiciais relativos às infrações visadas na presente Convenção, pode ser objeto de uma transferência, se estiverem reunidas as seguintes condições:

- a) Se referida pessoa, devidamente informada, der o seu livre consentimento;
- b) Se as autoridades competentes dos dois Estados Partes em questão derem o seu consentimento, sob reserva das condições que estes Estados Partes possam considerar convenientes.

11. Para efeitos do parágrafo 10 do presente Artigo:

a) O Estado Parte para o qual a transferência da pessoa em questão for efetuada terá o poder e a obrigação de a manter detida, salvo pedido ou autorização em contrário do Estado Parte do qual a pessoa foi transferida;

b) O Estado Parte para o qual a transferência for efetuada cumprirá prontamente a obrigação de entregar a pessoa à guarda do Estado Parte do qual foi transferida, em conformidade com o que tenha sido previamente acordado ou com o que as autoridades competentes dos dois Estados Partes tenham decidido;

c) O Estado Parte para o qual for efetuada a transferência não poderá exigir do Estado Parte do qual a transferência foi efetuada que abra um processo de extradição para que a pessoa lhe seja entregue;

d) O período que a pessoa em questão passe detida no Estado Parte para o qual for transferida é contado para o cumprimento da pena que lhe tenha sido aplicada no Estado Parte do qual for transferida;

12. A menos que o Estado Parte do qual a pessoa for transferida, ao abrigo dos parágrafos 10 e 11 do presente Artigo, esteja de acordo, a pessoa em questão, seja qual for a sua nacionalidade, não será objecto de processo judicial, detida, punida ou sujeita a outras restrições à sua liberdade de movimentos no território do Estado Parte para o qual seja transferida, devido a atos, omissões ou condenações anteriores à sua partida do território do Estado Parte do qual foi transferida.

13. Cada Estado Parte designará uma autoridade central que terá a responsabilidade e o poder de receber pedidos de cooperação judiciária e, quer de os executar, quer de os transmitir às autoridades competentes para execução. Se um Estado Parte possuir uma região ou um território especial dotado de um sistema de cooperação judiciária diferente, poderá designar uma autoridade central distinta, que terá a mesma função para a referida região ou território. As autoridades centrais deverão assegurar a execução ou a transmissão rápida e em boa e devida forma dos pedidos recebidos. Quando a autoridade central transmitir o pedido a uma autoridade competente para execução, instará pela execução rápida e em boa e devida forma do pedido por parte da autoridade competente. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas será notificado da autoridade central designada para este efeito no momento em que cada Estado Parte depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção. Os pedidos de cooperação judiciária e qualquer comunicação com eles relacionada serão transmitidos às autoridades centrais designadas pelos Estados Partes. A presente disposição não afetará o direito de qualquer Estado Parte a exigir que estes pedidos e comunicações lhe sejam remetidos por via diplomática e, em caso de urgência, e se os Estados Partes nisso acordarem, por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal, se tal for possível.

14. Os pedidos serão formulados por escrito ou, se possível, por qualquer outro meio capaz de produzir registro escrito, numa língua que seja aceita pelo Estado Parte requerido, em condições que permitam a este Estado Parte verificar a sua autenticidade. O Secretário Geral das Nações Unidas será notificado a respeito da língua ou línguas aceitas por cada Estado Parte no momento em que o Estado Parte em questão depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão

à presente Convenção. Em caso de urgência, e se os Estados Partes nisso acordarem, os pedidos poderão ser feitos oralmente, mais deverão ser imediatamente confirmados por escrito.

15. Um pedido de assistência judiciária deverá conter as seguintes informações:

- a) A designação da autoridade que emite o pedido;
- b) O objeto e a natureza da investigação, dos processos ou dos outros atos judiciais a que se refere o pedido, bem como o nome e as funções da autoridade que os tenha a cargo;
- c) Um resumo dos fatos relevantes, salvo no caso dos pedidos efetuados para efeitos de notificação de atos judiciais;
- d) Uma descrição da assistência pretendida e pormenores de qualquer procedimento específico que o Estado Parte requerente deseje ver aplicado;
- e) Caso seja possível, a identidade, endereço e nacionalidade de qualquer pessoa visada; e
- f) O fim para o qual são pedidos os elementos, informações ou medidas.

16. O Estado Parte requerido poderá solicitar informações adicionais, quando tal se afigure necessário à execução do pedido em conformidade com o seu direito interno, ou quando tal possa facilitar a execução do pedido.

17. Qualquer pedido será executado em conformidade com o direito interno do Estado Parte requerido e, na medida em que tal não contrarie este direito e seja possível, em conformidade com os procedimentos especificados no pedido.

18. Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido.

19. O Estado Parte requerente não comunicará nem utilizará as informações ou os elementos de prova fornecidos pelo Estado Parte requerido para efeitos de investigações, processos ou outros atos judiciais diferentes dos mencionados no pedido sem o consentimento prévio do Estado Parte requerido. O disposto neste número não impedirá o Estado Parte requerente de revelar, durante o processo, informações ou elementos de prova ilibatórios de um argüido. Neste último caso, o Estado Parte requerente avisará, antes da revelação, o Estado Parte requerido e, se tal lhe for pedido, consultará neste último. Se, num caso excepcional, não for possível

uma comunicação prévia, o Estado Parte requerente informará da revelação, prontamente, o Estado Parte requerido.

20. O Estado Parte requerente poderá exigir que o Estado Parte requerido guarde sigilo sobre o pedido e o seu conteúdo, salvo na medida do que seja necessário para o executar. Se o Estado Parte requerido não puder satisfazer esta exigência, informará prontamente o Estado Parte requerente.

21. A cooperação judiciária poderá ser recusada:

a) Se o pedido não for feito em conformidade com o disposto no presente Artigo;

b) Se o Estado Parte requerido considerar que a execução do pedido pode afetar sua soberania, sua segurança, sua ordem pública ou outros interesses essenciais;

c) Se o direito interno do Estado Parte requerido proibir suas autoridades de executar as providências solicitadas com relação a uma infração análoga que tenha sido objeto de investigação ou de procedimento judicial no âmbito da sua própria competência;

d) Se a aceitação do pedido contrariar o sistema jurídico do Estado Parte requerido no que se refere à cooperação judiciária.

22. Os Estados Partes não poderão recusar um pedido de cooperação judiciária unicamente por considerarem que a infração envolve também questões fiscais.

23. Qualquer recusa de cooperação judiciária deverá ser fundamentada.

24. O Estado Parte requerido executará o pedido de cooperação judiciária tão prontamente quanto possível e terá em conta, na medida do possível, todos os prazos sugeridos pelo Estado Parte requerente para os quais sejam dadas justificações, de preferência no pedido. O Estado Parte requerido responderá aos pedidos razoáveis do Estado Parte requerente quanto ao andamento das diligências solicitadas. Quando a assistência pedida deixar de ser necessária, o Estado Parte requerente informará prontamente desse fato o Estado Parte requerido.

25. A cooperação judiciária poderá ser diferida pelo Estado Parte requerido por interferir com uma investigação, processos ou outros atos judiciais em curso.

26. Antes de recusar um pedido feito ao abrigo do parágrafo 21 do presente Artigo ou de diferir a sua execução ao abrigo do parágrafo 25, o Estado Parte requerido estudará com o Estado Parte requerente a possibilidade de prestar a assistência sob reserva das condições que considere necessárias. Se o Estado Parte requerente aceitar a assistência sob reserva destas condições, deverá respeitá-las.

27. Sem prejuízo da aplicação do parágrafo 12 do presente Artigo, uma testemunha, um perito ou outra pessoa que, a pedido do Estado Parte requerente, aceite

depor num processo ou colaborar numa investigação, em processos ou outros atos judiciais no território do Estado Parte requerente, não será objeto de processo, detida, punida ou sujeita a outras restrições à sua liberdade pessoal neste território, devido a atos, omissões ou condenações anteriores à sua partida do território do Estado Parte requerido. Esta imunidade cessa quando a testemunha, o perito ou a referida pessoa, tendo tido, durante um período de quinze dias consecutivos ou qualquer outro período acordado pelos Estados Partes, a contar da data em que recebeu a comunicação oficial de que a sua presença já não era exigida pelas autoridades judiciais, a possibilidade de deixar o território do Estado Parte requerente, nele tenha voluntariamente permanecido ou, tendo-o deixado, a ele tenha regressado de livre vontade.

28. As despesas correntes com a execução de um pedido serão suportadas pelo Estado Parte requerido, salvo acordo noutro sentido dos Estados Partes interessados. Quando venham a revelar-se necessárias despesas significativas ou extraordinárias para executar o pedido, os Estados Partes consultar-se-ão para fixar as condições segundo as quais o pedido deverá ser executado, bem como o modo como as despesas serão assumidas.

29. O Estado Parte requerido:

a) Fornecerá ao Estado Parte requerente cópias dos processos, documentos ou informações administrativas que estejam em seu poder e que, por força do seu direito interno, estejam acessíveis ao público;

b) Poderá, se assim o entender, fornecer ao Estado Parte requerente, na íntegra ou nas condições que considere apropriadas, cópias de todos os processos, documentos ou informações que estejam na sua posse e que, por força do seu direito interno, não sejam acessíveis ao público.

30. Os Estados Partes considerarão, se necessário, a possibilidade de celebrarem acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais que sirvam os objetivos e as disposições do presente Artigo, reforçando-as ou dando-lhes maior eficácia.

Artigo 19

Investigações conjuntas

Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada.

Artigo 20

Técnicas especiais de investigação

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.

3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Artigo 21

Transferência de processos penais

Os Estados Partes considerarão a possibilidade de transferirem mutuamente os processos relativos a uma infração prevista na presente Convenção, nos casos em que esta transferência seja considerada necessária no interesse da boa administração da justiça e, em especial, quando estejam envolvidas várias jurisdições, a fim de centralizar a instrução dos processos.

Artigo 22

Estabelecimento de antecedentes penais

Cada Estado Parte poderá adotar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para ter em consideração, nas condições e para os efeitos que entender apropriados, qualquer condenação de que o presumível autor de uma infração tenha sido objeto noutro Estado, a fim de utilizar esta informação no âmbito de um processo penal relativo a uma infração prevista na presente Convenção.

Artigo 23

Criminalização da obstrução à justiça

Cada Estado Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente:

a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção;

b) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos.

Artigo 24

Proteção das testemunhas

1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas.

2. Sem prejuízo dos direitos do argüido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras:

a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível, nomeadamente, fornecer-lhes um novo domicílio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro;

b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos com outros Estados para facultar um novo domicílio às pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo.

4. As disposições do presente Artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas.

Artigo 25

Assistência e proteção às vítimas

1. Cada Estado Parte adotará, segundo as suas possibilidades, medidas apropriadas para prestar assistência e assegurar a proteção às vítimas de infrações previstas na presente Convenção, especialmente em caso de ameaça de represálias ou de intimidação.

2. Cada Estado Parte estabelecerá procedimentos adequados para que as vítimas de infrações previstas na presente Convenção possam obter reparação.

3. Cada Estado Parte, sem prejuízo do seu direito interno, assegurará que as opiniões e preocupações das vítimas sejam apresentadas e tomadas em consideração nas fases adequadas do processo penal aberto contra os autores de infrações, por forma que não prejudique os direitos da defesa.

Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder

imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

Artigo 27

Cooperação entre as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Os Estados Partes cooperarão estreitamente, em conformidade com os seus respectivos ordenamentos jurídicos e administrativos, a fim de reforçar a eficácia das medidas de controle do cumprimento da lei destinadas a combater as infrações previstas na presente Convenção. Especificamente, cada Estado Parte adotará medidas eficazes para:

a) Reforçar ou, se necessário, criar canais de comunicação entre as suas autoridades, organismos e serviços competentes, para facilitar a rápida e segura troca de informações relativas a todos os aspectos das infrações previstas na presente Convenção, incluindo, se os Estados Partes envolvidos o considerarem apropriado, ligações com outras atividades criminosas;

b) Cooperar com outros Estados Partes, quando se trate de infrações previstas na presente Convenção, na condução de investigações relativas aos seguintes aspectos:

i) Identidade, localização e atividades de pessoas suspeitas de implicação nas referidas infrações, bem como localização de outras pessoas envolvidas;

ii) Movimentação do produto do crime ou dos bens provenientes da prática destas infrações;

iii) Movimentação de bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática destas infrações;

c) Fornecer, quando for caso disso, os elementos ou as quantidades de substâncias necessárias para fins de análise ou de investigação;

d) Facilitar uma coordenação eficaz entre as autoridades, organismos e serviços competentes e promover o intercâmbio de pessoal e de peritos, incluindo, sob reserva da existência de acordos ou protocolos bilaterais entre os Estados Partes envolvidos, a designação de agentes de ligação;

e) Trocar informações com outros Estados Partes sobre os meios e métodos específicos utilizados pelos grupos criminosos organizados, incluindo, se for caso disso, sobre os itinerários e os meios de transporte, bem como o uso de identidades falsas, de documentos alterados ou falsificados ou outros meios de dissimulação das suas atividades;

f) Trocar informações e coordenar as medidas administrativas e outras tendo em vista detectar o mais rapidamente possível as infrações previstas na presente Convenção.

2. Para dar aplicação à presente Convenção, os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais que prevejam uma cooperação direta entre as suas autoridades competentes para a aplicação da lei e, quando tais acordos ou protocolos já existam, considerarão a possibilidade de os alterar. Na ausência de tais acordos entre os Estados Partes envolvidos, estes últimos poderão basear-se na presente Convenção para instituir uma cooperação em matéria de detecção e repressão das infrações previstas na presente Convenção. Sempre que tal se justifique, os Estados Partes utilizarão plenamente os acordos ou protocolos, incluindo as organizações internacionais ou regionais, para intensificar a cooperação entre as suas autoridades competentes para a aplicação da lei.

3. Os Estados Partes procurarão cooperar, na medida das suas possibilidades, para enfrentar o crime organizado transnacional praticado com recurso a meios tecnológicos modernos.

Artigo 28

Coleta, intercâmbio e análise de informações sobre a natureza do crime organizado

1. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de analisar, em consulta com os meios científicos e universitários, as tendências da criminalidade organizada no seu território, as circunstâncias em que opera e os grupos profissionais e tecnologias envolvidos.

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de desenvolver as suas capacidades de análise das atividades criminosas organizadas e de as partilhar diretamente entre si e por intermédio de organizações internacionais e regionais. Para este efeito, deverão ser elaboradas e aplicadas, quando for caso disso, definições, normas e metodologias comuns.

3. Cada Estado Parte considerará o estabelecimento de meios de acompanhamento das suas políticas e das medidas tomadas para combater o crime organizado, avaliando a sua aplicação e eficácia.

Artigo 29

Formação e assistência técnica

1. Cada Estado Parte estabelecerá, desenvolverá ou melhorará, na medida das necessidades, programas de formação específicos destinados ao pessoal das autoridades competentes para a aplicação da lei, incluindo promotores públicos, juizes de instrução e funcionários aduaneiros, bem como outro pessoal que tenha por função prevenir, detectar e reprimir as infrações previstas na presente Convenção. Estes programas, que poderão prever cessões e intercâmbio de pessoal, incidirão especificamente, na medida em que o direito interno o permita, nos seguintes aspectos:

a) Métodos utilizados para prevenir, detectar e combater as infrações previstas na presente Convenção;

b) Rotas e técnicas utilizadas pelas pessoas suspeitas de implicação em infrações previstas na presente Convenção, incluindo nos Estados de trânsito, e medidas adequadas de combate;

c) Vigilância das movimentações dos produtos de contrabando;

d) Detecção e vigilância das movimentações do produto do crime, de bens, equipamentos ou outros instrumentos, de métodos de transferência, dissimulação ou disfarce destes produtos, bens, equipamentos ou outros instrumentos, bem como métodos de luta contra a lavagem de dinheiro e outras infrações financeiras;

e) Coleta de provas;

f) Técnicas de controle nas zonas francas e nos portos francos;

g) Equipamentos e técnicas modernas de detecção e de repressão, incluindo a vigilância eletrônica, as entregas vigiadas e as operações de infiltração;

h) Métodos utilizados para combater o crime organizado transnacional cometido por meio de computadores, de redes de telecomunicações ou outras tecnologias modernas; e

i) Métodos utilizados para a proteção das vítimas e das testemunhas.

2. Os Estados Partes deverão cooperar entre si no planeamento e execução de programas de investigação e de formação concebidos para o intercâmbio de conhecimentos especializados nos domínios referidos no parágrafo 1 do presente Artigo e, para este efeito, recorrerão também, quando for caso disso, a conferências e seminários regionais e internacionais para promover a cooperação e estimular as trocas de pontos de vista sobre problemas comuns, incluindo os problemas e necessidades específicos dos Estados de trânsito.

3. Os Estados Partes incentivarão as atividades de formação e de assistência técnica suscetíveis de facilitar a extradição e a cooperação judiciária. Estas atividades de cooperação e de assistência técnica poderão incluir ensino de idiomas, cessões e intercâmbio do pessoal das autoridades centrais ou de organismos que tenham responsabilidades nos domínios em questão.

4. Sempre que se encontrem em vigor acordos bilaterais ou multilaterais, os Estados Partes reforçarão, tanto quanto for necessário, as medidas tomadas no sentido de otimizar as atividades operacionais e de formação no âmbito de organizações internacionais e regionais e no âmbito de outros acordos ou protocolos bilaterais e multilaterais na matéria.

Artigo 30

Outras medidas: aplicação da Convenção através do desenvolvimento econômico e da assistência técnica

1. Os Estados Partes tomarão as medidas adequadas para assegurar a melhor aplicação possível da presente Convenção através da cooperação internacional, tendo em conta os efeitos negativos da criminalidade organizada na sociedade em geral e no desenvolvimento sustentável em particular.

2. Os Estados Partes farão esforços concretos, na medida do possível, em coordenação entre si e com as organizações regionais e internacionais:

a) Para desenvolver a sua cooperação a vários níveis com os países em desenvolvimento, a fim de reforçar a capacidade destes para prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional;

b) Para aumentar a assistência financeira e material aos países em desenvolvimento, a fim de apoiar os seus esforços para combater eficazmente a criminalidade organizada transnacional e ajudá-los a aplicar com êxito a presente Convenção;

c) Para fornecer uma assistência técnica aos países em desenvolvimento e aos países com uma economia de transição, a fim de ajudá-los a obter meios para a aplicação da presente Convenção. Para este efeito, os Estados Partes procurarão destinar voluntariamente contribuições adequadas e regulares a uma conta constituída especificamente para este fim no âmbito de um mecanismo de financiamento das Nações Unidas. Os Estados Partes poderão também considerar, especificamente, em conformidade com o seu direito interno e as disposições da presente Convenção, a possibilidade de destinarem à conta acima referida uma percentagem dos fundos ou do valor correspondente do produto do crime ou dos bens confiscados em aplicação das disposições da presente Convenção;

d) Para incentivar e persuadir outros Estados e instituições financeiras, quando tal se justifique, a associarem-se aos esforços desenvolvidos em conformidade com o presente Artigo, nomeadamente fornecendo aos países em desenvolvimento mais programas de formação e material moderno, a fim de os ajudar a alcançar os objetivos da presente Convenção.

e) Tanto quanto possível, estas medidas serão tomadas sem prejuízo dos compromissos existentes em matéria de assistência externa ou de outros acordos de cooperação financeira a nível bilateral, regional ou internacional.

4. Os Estados Partes poderão celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais relativos a assistência técnica e logística, tendo em conta os acordos financeiros necessários para assegurar a eficácia dos meios de cooperação internacional previstos na presente Convenção, e para prevenir, detectar e combater a criminalidade organizada transnacional.

Artigo 31

Prevenção

1. Os Estados Partes procurarão elaborar e avaliar projetos nacionais, bem como estabelecer e promover as melhores práticas e políticas para prevenir a criminalidade organizada transnacional.

2. Em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, os Estados Partes procurarão reduzir, através de medidas legislativas, administrativas ou outras que sejam adequadas, as possibilidades atuais ou futuras de participação de grupos criminosos organizados em negócios lícitos utilizando o produto do crime. Estas medidas deverão incidir:

a) No fortalecimento da cooperação entre autoridades competentes para a aplicação da lei ou promotores e entidades privadas envolvidas, incluindo empresas;

b) Na promoção da elaboração de normas e procedimentos destinados a preservar a integridade das entidades públicas e privadas envolvidas, bem como de códigos de conduta para determinados profissionais, em particular advogados, tabeliães, consultores tributários e contadores;

c) Na prevenção da utilização indevida, por grupos criminosos organizados, de concursos públicos, bem como de subvenções e licenças concedidas por autoridades públicas para a realização de atividades comerciais;

d) Na prevenção da utilização indevida de pessoas jurídicas por grupos criminosos organizados; estas medidas poderão incluir:

i) O estabelecimento de registros públicos de pessoas jurídicas e físicas envolvidas na criação, gestão e financiamento de pessoas jurídicas;

ii) A possibilidade de privar, por decisão judicial ou por qualquer outro meio adequado, as pessoas condenadas por infrações previstas na presente Convenção, por um período adequado, do direito de exercerem funções de direção de pessoas jurídicas estabelecidas no seu território;

iii) O estabelecimento de registos nacionais de pessoas que tenham sido privadas do direito de exercerem funções de direção de pessoas jurídicas; e

iv) O intercâmbio de informações contidas nos registos referidos nas incisos i) e iii) da presente alínea com as autoridades competentes dos outros Estados Partes.

3. Os Estados Partes procurarão promover a reinserção na sociedade das pessoas condenadas por infrações previstas na presente Convenção.

4. Os Estados Partes procurarão avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as práticas administrativas aplicáveis, a fim de determinar se contêm lacunas que permitam aos grupos criminosos organizados fazerem deles utilização indevida.

5. Os Estados Partes procurarão sensibilizar melhor o público para a existência, as causas e a gravidade da criminalidade organizada transnacional e para a ameaça que representa. Poderão fazê-lo, quando for o caso, por intermédio dos meios de comunicação social e adotando medidas destinadas a promover a participação do público nas ações de prevenção e combate à criminalidade.

6. Cada Estado Parte comunicará ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas o nome e o endereço da(s) autoridade(s) que poderão assistir os outros Estados Partes na aplicação das medidas de prevenção do crime organizado transnacional.

7. Quando tal se justifique, os Estados Partes colaborarão, entre si e com as organizações regionais e internacionais competentes, a fim de promover e aplicar as medidas referidas no presente Artigo. A este título, participarão em projetos internacionais que visem prevenir a criminalidade organizada transnacional, atuando, por exemplo, sobre os fatores que tornam os grupos socialmente marginalizados vulneráveis à sua ação.

Artigo 32

Conferência das Partes na Convenção

1. Será instituída uma Conferência das Partes na Convenção, para melhorar a capacidade dos Estados Partes no combate à criminalidade organizada transnacional e para promover e analisar a aplicação da presente Convenção.

2. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas convocará a Conferência das Partes, o mais tardar, um ano após a entrada em vigor da presente Convenção. A Conferência das Partes adotará um regulamento interno e regras relativas às atividades enunciadas nos parágrafos 3 e 4 do presente Artigo (incluindo regras relativas ao financiamento das despesas decorrentes dessas atividades).

3. A Conferência das Partes acordará em mecanismos destinados a atingir os objetivos referidos no parágrafo 1 do presente Artigo, nomeadamente:

a) Facilitando as ações desenvolvidas pelos Estados Partes em aplicação dos Artigos 29, 30 e 31 da presente Convenção, inclusive incentivando a mobilização de contribuições voluntárias;

b) Facilitando o intercâmbio de informações entre Estados Partes sobre as características e tendências da criminalidade organizada transnacional e as práticas eficazes para a combater;

c) Cooperando com as organizações regionais e internacionais e as organizações não-governamentais competentes;

d) Avaliando, a intervalos regulares, a aplicação da presente Convenção;

e) Formulando recomendações a fim de melhorar a presente Convenção e a sua aplicação;

4. Para efeitos das alíneas d) e e) do parágrafo 3 do presente Artigo, a Conferência das Partes inteirar-se-á das medidas adotadas e das dificuldades encontradas pelos Estados Partes na aplicação da presente Convenção, utilizando as informações que estes lhe comuniquem e os mecanismos complementares de análise que venha a criar.

5. Cada Estado Parte comunicará à Conferência das Partes, a solicitação desta, informações sobre os seus programas, planos e práticas, bem como sobre as suas medidas legislativas e administrativas destinadas a aplicar a presente Convenção.

Artigo 33

Secretariado

1. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas fornecerá os serviços de secretariado necessários à Conferência das Partes na Convenção.

2. O secretariado:

a) Apoiará a Conferência das Partes na realização das atividades enunciadas no Artigo 32 da presente Convenção, tomará as disposições e prestará os serviços necessários para as sessões da Conferência das Partes;

b) Assistirá os Estados Partes, a pedido destes, no fornecimento à Conferência das Partes das informações previstas no parágrafo 5 do Artigo 32 da presente Convenção; e

c) Assegurará a coordenação necessária com os secretariados das organizações regionais e internacionais.

Artigo 34

Aplicação da Convenção

1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, incluindo legislativas e administrativas, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito

interno, para assegurar o cumprimento das suas obrigações decorrentes da presente Convenção.

2. As infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção serão incorporadas no direito interno de cada Estado Parte, independentemente da sua natureza transnacional ou da implicação de um grupo criminoso organizado nos termos do parágrafo 1 do Artigo 3 da presente Convenção, salvo na medida em que o Artigo 5 da presente Convenção exija o envolvimento de um grupo criminoso organizado.

3. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou mais severas do que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional.

Artigo 35

Solução de Controvérsias

1. Os Estados Partes procurarão solucionar controvérsias relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção por negociação direta.

2. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Partes relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que não possa ser resolvida por via negocial num prazo razoável será, a pedido de um destes Estados Partes, submetida a arbitragem. Se, no prazo de seis meses a contar da data do pedido de arbitragem, os Estados Partes não chegarem a acordo sobre a organização da arbitragem, qualquer deles poderá submeter a controvérsia ao Tribunal Internacional de Justiça, mediante requerimento em conformidade com o Estatuto do Tribunal.

3. Qualquer Estado Parte poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação ou da aprovação da presente Convenção, ou da adesão a esta, declarar que não se considera vinculado pelo parágrafo 2 do presente Artigo. Os outros Estados Partes não estarão vinculados pelo parágrafo 2 do presente Artigo em relação a qualquer Estado Parte que tenha formulado esta reserva.

4. Um Estado Parte que tenha formulado uma reserva ao abrigo do parágrafo 3 do presente Artigo poderá retirá-la a qualquer momento, mediante notificação do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo 36

Assinatura, ratificação, aceitação, aprovação e adesão

1. A presente Convenção será aberta à assinatura de todos os Estados entre 12 e 15 de Dezembro de 2000, em Palermo (Itália) e, seguidamente, na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 12 de Dezembro de 2002.

2. A presente Convenção estará igualmente aberta à assinatura de organizações regionais de integração económica, desde que pelos menos um Estado-

Membro dessa organização tenha assinado a presente Convenção, em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo.

3. A presente Convenção será submetida a ratificação, aceitação ou aprovação. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. Uma organização regional de integração econômica poderá depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação se pelo menos um dos seus Estados-Membros o tiver feito. Neste instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, a organização declarará o âmbito da sua competência em relação às questões que são objeto da presente Convenção. Informará igualmente o depositário de qualquer alteração relevante do âmbito da sua competência.

4. A presente Convenção estará aberta à adesão de qualquer Estado ou de qualquer organização regional de integração econômica de que, pelo menos, um Estado membro seja parte na presente Convenção. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. No momento da sua adesão, uma organização regional de integração econômica declarará o âmbito da sua competência em relação às questões que são objeto da presente Convenção. Informará igualmente o depositário de qualquer alteração relevante do âmbito dessa competência.

Artigo 37

Relação com os protocolos

1. A presente Convenção poderá ser completada por um ou mais protocolos.
2. Para se tornar Parte num protocolo, um Estado ou uma organização regional de integração econômica deverá igualmente ser Parte na presente Convenção.
3. Um Estado Parte na presente Convenção não estará vinculado por um protocolo, a menos que se torne Parte do mesmo protocolo, em conformidade com as disposições deste.
4. Qualquer protocolo à presente Convenção será interpretado conjuntamente com a presente Convenção, tendo em conta a finalidade do mesmo protocolo.

Artigo 38

Entrada em vigor

1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia seguinte à data de depósito do quadragésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. Para efeitos do presente número, nenhum dos instrumentos depositados por uma organização regional de integração econômica será somado aos instrumentos já depositados pelos Estados membros dessa organização.

2. Para cada Estado ou organização regional de integração econômica que ratifique, aceite ou aprove a presente Convenção ou a ela adira após o depósito do quadragésimo instrumento pertinente, a presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data de depósito do instrumento pertinente do referido Estado ou organização.

Artigo 39

Emendas

1. Quando tiverem decorrido cinco anos a contar da entrada em vigor da presente Convenção, um Estado Parte poderá propor uma emenda e depositar o respectivo texto junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, que em seguida comunicará a proposta de emenda aos Estados Partes e à Conferência das Partes na Convenção, para exame da proposta e adoção de uma decisão. A Conferência das Partes esforçar-se-á por chegar a um consenso sobre qualquer emenda. Se todos os esforços nesse sentido se tiverem esgotado sem que se tenha chegado a acordo, será necessário, como último recurso para que a emenda seja aprovada, uma votação por maioria de dois terços dos votos expressos dos Estados Partes presentes na Conferência das Partes.

2. Para exercerem, ao abrigo do presente Artigo, o seu direito de voto nos domínios em que sejam competentes, as organizações regionais de integração econômica disporão de um número de votos igual ao número dos seus Estados-Membros que sejam Partes na presente Convenção. Não exercerão o seu direito de voto quando os seus Estados-Membros exercerem os seus, e inversamente.

3. Uma emenda aprovada em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo estará sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados Partes.

4. Uma emenda aprovada em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo entrará em vigor para um Estado Parte noventa dias após a data de depósito pelo mesmo Estado Parte junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas de um instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação da referida emenda.

5. Uma emenda que tenha entrado em vigor será vinculativa para os Estados Partes que tenham declarado o seu consentimento em serem por ela vinculados. Os outros Estados Partes permanecerão vinculados pelas disposições da presente Convenção e por todas as emendas anteriores que tenham ratificado, aceite ou aprovado.

Artigo 40

Denúncia

1. Um Estado Parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação escrita dirigida ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. A denúncia tornar-se-á efetiva um ano após a data da recepção da notificação pelo Secretário Geral.

2. Uma organização regional de integração econômica cessará de ser Parte na presente Convenção quando todos os seus Estados-Membros a tenham denunciado.

3. A denúncia da presente Convenção, em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo, implica a denúncia de qualquer protocolo a ela associado.

Artigo 41

Depositário e línguas

1. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas será o depositário da presente Convenção.

2. O original da presente Convenção, cujos textos em inglês, árabe, chinês, espanhol, francês e russo fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente mandatados para o efeito pelos respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.

ANEXO V - Decreto n 5017 de 12.03.2004 - Promulga o Protocolo Adicional a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo a prevenção, repressão e punição do trafico de pessoa

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

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 VI – Acórdão Habeas Corpus 105558/PR- Supremo Tribunal

Federal

Supremo Tribunal Federal

DJe 12/06/2012

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 13

Ementa e Acórdão

22/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 105.558 PARANÁ

RELATORAMIN. 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

:

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AOPUDOR.PRETENSÃOÀ ABSOLVIÇÃO.IMPOSSIBILIDADE.REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. VÍTIMA MENORDE 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072628.

Supremo Tribunal Federal

Ementa e Acórdão

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 13

HC 105.558 / PR

ACÓRDÃO

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072628.

Supremo Tribunal Federal

Relatório

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 13

22/05/2012

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 - ABSOLVIÇÃO -

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072629.

Supremo Tribunal Federal

Relatório

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 inegável 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 paira 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 RÁTICA DELITUOSA, DIARIAMENTE, DURANTE DOIS ANOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

2 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072629.

Supremo Tribunal Federal

Relatório

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 13

HC 105.558 / PR

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072629.

Supremo Tribunal Federal

Relatório

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.

4

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072629.

Supremo Tribunal Federal

Voto - MIN. ROSA WEBER

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 Claudemi 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 comprova 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 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072630.

Supremo Tribunal Federal

Voto - MIN. ROSA WEBER

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 invencionices, 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.

2

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072630.

Supremo Tribunal Federal

Voto - MIN. ROSA WEBER

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).

3

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072630.

Supremo Tribunal Federal

Voto - MIN. ROSA WEBER

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 tenos 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

4

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072630.

Supremo Tribunal Federal

Voto - MIN. ROSA WEBER

Inteiro 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 realce, leia-se a palavra da vítima J. 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 arremada 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, arrazoadada 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

5

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072630.

Supremo Tribunal Federal

Voto - MIN. ROSA WEBER

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.

Razoabilidade 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.

6

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico

<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2072630.

Supremo Tribunal Federal

Decisão de Julgamento

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasi

ANEXO VII- Embargos de Divergência em REsp n 1021634-SP do STJ

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 TJRS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) 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 TJRS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) 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

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, 'a', 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 quoprossiga* no julgamento da apelação". (REsp 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 monocrática. 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. 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 rejugamento 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 devido cotejo analítico, nem ao menos colacionou acórdãos paradigmas, 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 aventada. Com efeito, enquanto o acórdão embargado entendeu que referida presunção é absoluta, os acórdãos paradigmas assentaram se tratar de presunção relativa".

O Ministério Público Federal apresentou impugnação às fls. 899913.

É o relatório.

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 absolveu 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 desregrada 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. (...). Inconteste a ocorrência dos atos sexuais praticados, mas o mesmo não se pode dizer 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 afeitas 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 aulas, ficava na praça 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, fartamente 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, senão 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 consiliida* 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 conseqüências, 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 TJMG), 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. IRRELEVÂNCIA. 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 h, 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 TJMG), 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 deliberou 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, CC 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 Laurita 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 baila, 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 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 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 TJSP), a Sexta Turma analisou a matéria sob diversos enfoques. Com efeito, refletiu-se 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 "a", 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 assediar 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 Monreal 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', Sergio 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. O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão abrangente desse arcabouço facilita - e muito - o entendimento e a interpretação da lei. Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo artigo 2º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. E, como lembra Carlos Antônio R. Ribeiro, 'se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual' (cf. 'Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual', in Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol. 5, número 12, pág. 216). Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI! A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com

poder o magistrado interpretar a lei. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixou assentado: Contudo, a Carta Lhe (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), afora 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 magistrado 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 consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair 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 risco que corre se se presta 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 maneira e como os fatores pessoais e culturais, dos costumes e do tempo, étnicos e mesológicos, determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal estará 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 incoerências. A vida prática foi trazendo para os tribunais situações que, amoldadas ao texto legislativo, conduziram à injustiça revoltante. 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, era punido como que houvesse constrangido a moça, mediante violência ou grave ameaça. Absoluto descompasso 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 quodeve* 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 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 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 1404/2008).

"ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO 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 desconstituir 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 0809/2009).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. PRETENDIDA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA 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, "a", 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 'a' 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 consenso 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, 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.

VIOLENCIA 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 previsão 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, 'a', 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 fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram 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. VIOLENCIA 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, 'a', 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 era 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 VIOLENCIA PRESUMIDA. VÍTIMA ADOLESCENTE. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. ACÓRDÃO HOSTILIZADO QUE CONSIDERA RELATIVA A PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO. A POSSIBILIDADE DE A MENOR, A PARTIR DOS 12 ANOS, SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS É INCOMPATÍVEL COM A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLENCIA 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, afastadas 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 manifesta contradição 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. Precedente - HC 88.664/GO, julgado em 23/06/2009 pela 6ª Turma desta Casa 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 LIMONGI (DESEMBARGADOR 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, "a", 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 àquelas 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, 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. Contudo, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao último fundamento. Dessa forma, atrai 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 1189374MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

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. Dessarte, restabeleço o acórdão do Tribunal de origem.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0099313-2

EResp 1.021.634/SP

Números Origem: 10185963

18703

200800032011 2360120030090653

PAUTA: 1008/2011

MATÉRIA CRIMINAL

JULGADO: 1008/2011

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. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretária
Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : I 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 TJRS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

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,'a'; 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”*, extraindo daí o aresto a convicção da inocorrência 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.

Daí os embargos apontando a divergência com acórdãos da 6ª Turma e *abolitio 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, 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 reprisada 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, 'a' 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 desprezo pela orientação justamente vocacionada à harmonização da jurisprudência, ou são *anteriores* a essa 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 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* 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, Pertence, 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 vitima é menor de quatorze anos. Não há nos autos qualquer prova de que o consentimento da vitima 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. Vitima menor de quatorze anos. Violência presumida. Consentimento da vitima 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, Pertence, v.u. j. 16.10.2001 – “*..presunção de violência, se a vitima 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...*”.

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 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 *deveser* adotada pelos demais 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 vitima 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 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 deduzir a exclusão de tipicidade do réu pelo suposto comportamento degradado das vítimas, sobretudo as menores de 14 anos.

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.

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, ousou 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, infligindo 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 dezesesseis anos, proibidos de se casarem, senão 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 paradigmas da Eg. Quinta Turma, prolatados nos autos do REsp 905.877/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 1405/2007; e do REsp 762.044/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 02/05/2006. Valho-me, ainda, dos percucientes 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 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 despiciendas 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." 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 inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção. Se isto inoportunizar termos o erro de tipo (art. 20, do CP), **v.g.**, o **erro aetatis**. Pode, eventualmente, dependendo dos envolvidos e das circunstâncias, até existir a possibilidade de erro de proibição (art. 21, **caput**, 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 inconsequente 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 expresso texto legal** deixando desprotegidas*

aquelas menores, justamente 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. **João 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 lógica axiologicamente ininteligível. E, como ficaria a **quaestio**, 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 viart. 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 polêmica acerca do **grau de atualização do dolo** ou, como é dito por alguns, a **co-consciência** (Winfried Platgunimer in “Die BewuBtseinsform des Vorsatzes”, ps. 26 e seguintes, Viena, 1964e, comparativamente, E.R Zaffaroni in “Tratado de Derecho Penal”, vol. III, ps. 301/305, Ediar, 1981e in “Manual de Derecho Penal”, p. 406, n° 247/248, 6ª ed., 1996, Ediar, Teresa Pizarro Beleza in “Direito Penal”, 2º 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 Teoria de la Imputación”, 2ª ed., 1997, ps. 3 17/318, Marcial Pons // Com posição diferenciada: Michael Köhler in “Vorsatzbegriff und bewuBtseinsform des Vorsatzes”, G.A., 1981, págs. 285 e 290. e G. Schewe in “BewuBtsein und Vorsatz”, Berlim, 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, 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 oposto**, 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 desregrada 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.

Daí 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. 182e seguintes do C. Penales** 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.

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".

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, estivéssemos 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.

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.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0099313-2

EREsp 1.021.634/SP

Números Origem: 10185963

18703

200800032011 2360120030090653

PAUTA: 1008/2011

MATÉRIA CRIMINAL

JULGADO: 28/09/2011

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. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : I 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 TJRS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ).

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

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 teria 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 farta, 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.

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 [...]

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*, 2º 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 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 urticária do 'autonomismo', e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes 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 juízes 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 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 ínsita 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?*, inRevista 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 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 judiciários 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 judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar 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 espécies 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 cepticismo 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 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 acolher 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 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:

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 julgamento 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.

Ante o exposto, **acolho** embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência.

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.

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 TJRS): 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 vingar 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, teriam 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.

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 TJRJ) (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 delineadas 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 decidi-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 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 sujet*" (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.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0099313-2

EResp 1.021.634/SP

Números Origem: 10185963

18703

200800032011 2360120030090653

PAUTA: 1008/2011

MATÉRIA CRIMINAL
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. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : I 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, declarando-se apto a votar, acompanhando a Relatora, e os votos dos Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) 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 TJRS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) 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.

ANEXO VIII - Acórdão Habeas Corpus 73662-9/MG - Supremo Tribunal Federal

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 GERAIS

0018420200
0349073660
0210000000

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 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 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 do 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,



*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
	-	RELATOR
MARCO AURÉLIO	-	

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

0018420200
 0349073660
 0220000040

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, contraíra 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.

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.

Supremo Tribunal Federal

314

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 daqueles 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

0018420200
0349073660
0230015780

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 nº 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 pinto 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 MG

"(...)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 pegar 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 estarrecedor, 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 MG

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 cinqüenta 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 MG

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 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 GERAISV O T OADITAMENTO

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.

* * *

0018420200
0349073660
0230115730

Supremo Tribunal Federal

321

SEGUNDA TURMA

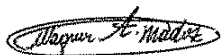
EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.662-9
ORIGEM : MINAS GERAIS
RELATOR : MIN. MARCO AURELIO
PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO
IMPTE. : 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. Turma, 16.04.96.

Presidência do Senhor Ministro Nêri 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. Mardem Costa Pinto.


Wagner Amorim Madoz
Secretário

Supremo Tribunal Federal

322

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 73.662-9 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, proclamariam 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
0349073660
0230213900

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 MG

323

demasiadamente 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 designio 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 contribuisse 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.



Supremo Tribunal Federal

327

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N.º 73.662-9 MINAS GERAISV 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.

0018420200
0349073660
0230315900

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 descompasso com os dias hodiernos, para, et pour cause, ignorar, deixar ao oblivio 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 aligidamente 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

*Supremo Tribunal Federal*HC 73.662-9 MG

329

legislativo às vezes age rapidamente, 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 ademais 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

*Supremo Tribunal Federal*HC 73.662-9 MG

330

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 quaestio, ressalva essa que faço questão de anotar.

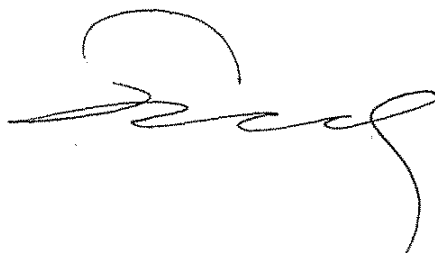
Deixo de acrescentar quaisquer outros adminículos,

Supremo Tribunal Federal
HC 73.662-9 MG

331

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.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Francisco Rezek', written in a cursive style.

332

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N^o 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 conseqüências 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).

0018420200
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,

mucho

*Supremo Tribunal Federal*HC 73.662-9 MG

333

Sr. Presidente, para os Srs. Ministros tais declarações (1ê).

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, o 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. *muuuu*

*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 de 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, a

mulher

*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, a, 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.

João

Supremo Tribunal Federal

336

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

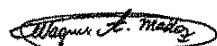
HABEAS CORPUS N. 73.662-9
ORIGEM : MINAS GERAIS
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO
IMPTE.: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Rezek. 2a. Turma, 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. Turma, 14.05.96.

Presidência do Senhor Ministro Nêri 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

*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 da maior importância. Sobre ela, há decisões do Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes, com julgamentos de ambas as Turmas.

0018420200
0349073660
0230515750

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 apreciem, 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, o que já se depreende do noticiário sobre o início do julgamento pela Turma, importante é que a decisão seja tomada pelo Plenário.

D. Néri

RCA /

Supremo Tribunal Federal

338

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 73.662-9 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, Heleno 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

0318420200
0349073660
0230615970

Supremo Tribunal Federal

HC 73.662-9 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 73.662-2 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.

Pego vênias a V. Ex^{ta}., para pronunciar-me, como Relator, de modo contrário à proposta.

É o meu voto.



341

14/05/96

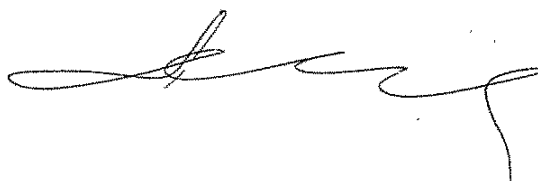
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N.º 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 proferidos, até mesmo para a segurança das partes que integram este habeas corpus.

0018420200
0349073660
0230715680



342

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 73.662-9 MINAS GERAIS

VOTO S/PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: Sr. Presidente, peço vênha 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 a, 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. *Carvalho*

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. *mueller*

*Supremo Tribunal Federal***344**

21.05.96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

V O T O
(VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI 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."

0018420200
0349073660
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.

Cediço é que, 'nos delitos de natureza sexual, a

J. Néri

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 e firme 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. Néri

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". RJTJESP 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

4

347

HABEAS CORPUS

NR 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 delituosa, 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. A 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. Neri

Supremo Tribunal Federal

5

348

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."

Cuidava-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. N. S.

Supremo Tribunal Federal

6

349

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 de Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, acerca dos fatos (RTJ 127/347):

"Com efeito, não se faria justiça condenando Ambrósio Doyhl, 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 Otília Silveira dos Santos não desconhece os assuntos do sexo, e não sofreu perniciosa 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 ementado:

"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. Min.

Supremo Tribunal Federal

350

7

HABEAS CORPUS

NR 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 possuiu 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 aquele 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 moralita publica e il buono costume', pág. 145; Paul Sagor, 'Commentaire du Code Penal Suisse', Partie Speciale, vol. I, pág. 331). (RJ 397, pág. 354)". (fls. 117/8).

J. Neri

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 abordem, 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 dado 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 Carvalho ("in" Revista dos Tribunais, vol. 348, págs. 81 a 83): "A levandade 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 criminosa a ação, pela qual seu autor responde penalmente".

Recolhe 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 brinquedo nas mãos do adulto. Ainda que este seja provocado, embora seja a menor que o incite e o convide 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 namorada. 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: 'prove 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 10/588), 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. F.

Supremo Tribunal Federal

10

353

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, fácil 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 estoutra "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 (...)." (RJTJSP 28/400 e RT 460/327). O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, no Recurso Especial nº 15414, relator o Ministro Pedro Aciole, decidiu em aresto assim ementado:

"A falta de consentimento válido é a essencial

J. Neri

Supremo Tribunal Federal

10

353

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, fácil 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 (...)." (RJTJSP 28/400 e RT 460/327). O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, no Recurso Especial nº 15414, relator o Ministro Pedro Aciole, decidiu em aresto assim ementado:

"A falta de consentimento válido é a essencial

J. Neri

Supremo Tribunal Federal

11

354

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 buscariam 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, conduzirá à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a

J. M. G. n.

Supremo Tribunal Federal

12

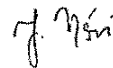
355

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

crescente dissolução dos costumes. A lei quer dar proteção ao que não é maior de quatorze anos; não é cabível, destarte, 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.



BOA/

SEGUNDA TURMA

356

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.662-9

ORIGEM : MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO

IMPTE.: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

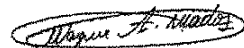
Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro que lhe é imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezek. 2a. Turma, 16.04.96.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek e Mauricio 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.

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 aí não houver de permanecer preso. 2a. Turma, 21.05.96.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Mauricio Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.


Wagne Amorim Madoz
Secretário

0018420200
0349073660
0240000010

**ANEXO VIII - Acórdão Apelação Criminal 0010172-83.2003.8.26.0070
do TJSP**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000210969

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010172-83.2003.8.26.0070, da Comarca de Batatais, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelados LUIZ BENEDITO INÁCIO DE GODOY e EDILSON PODEROSO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo ministerial, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença atacada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente sem voto), ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA E BORGES PEREIRA.

São Paulo, 8 de maio de 2012.

Souza Nucci
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação criminal nº 990.10.042955-8

Comarca: Batatais

Apelante: Ministério Público

Apelados: Luiz Benedito Inácio de Godoy e Edilson Poderoso

VOTO Nº. 3759

Apelação. Estupro de vulnerável. Absolução. Insurgência ministerial. Vítima que conta com 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Consentimento da vítima quanto às relações sexuais. Depoimentos e interrogatórios que confirmam a existência de relacionamento amoroso. Apelo ministerial improvido.

Pela sentença de fls. 229/241, proferida em 22/04/09 pela MM. Juíza de Direito, Dra. Laura Maniglia Puccinelli Diniz, da Vara Criminal da Comarca de Batatais, LUIZ BENEDITO INÁCIO DE GODOY e EDÍLSON PODEROSO foram absolvidos da acusação que lhes é feita, com base no art. 213, c.c. art. 224, a, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o representante do Ministério Público maneja o presente recurso de apelação, alegando não possuir a vítima capacidade para consentir com os atos sexuais, requerendo a total procedência da denúncia (fls. 244/249).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

As defensorias dos réus se bateram pelo acerto do *decisum* (fls. 255/263 e 264/266) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (fls. 271/273).

É o relatório.

Segundo consta, entre junho e dezembro de 2003, o apelado Edilson manteve relações sexuais com a vítima Kerly, à época com treze anos de idade.

Consta ainda que o apelado Luiz, genitor da vítima, teria consentido com o relacionamento sexual, recebendo em troca favores econômicos.

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, ser absoluta, como regra, a presunção de vulnerabilidade tão somente em relação às crianças, ou seja, aos menores de 12 anos. Ao contrário, é possível discutir-se a relativização da vulnerabilidade em se tratando de adolescentes (maiores de 12 anos).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sobre a relativização da presunção de violência já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça:

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 manifesta contradição 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. Precedente - HC 88.664/GO, julgado em 23/06/2009 pela 6ª Turma desta Casa 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 Sumula 07 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso ao qual se nega provimento. (STJ, REsp 494792/SP, Min. Celso Limongi, 6ª T., j. em 02/02/10)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, "a", 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 era 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. (STJ, REsp 430615/MG, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. em 27/10/09)

No presente caso, a vítima contava a idade de 13 anos, razão pela qual é possível analisar-se a relativização da vulnerabilidade.

Interrogado, o apelado Edilson narra ter mantido relacionamento amoroso com a vítima, sempre com consentimento dos genitores da mesma. Afirmar ter iniciado o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

relacionamento com a menor após descobrir que a esposa possuía um caso extraconjugal. Acrescenta ter mantido relação sexual com a menor por duas ou três vezes. Por fim, nega ter oferecido dinheiro ao corréu para que consentisse com o relacionamento. Explica ser primo do apelado Luiz, sendo que este morava em um apartamento de propriedade de Edílson, o qual lhe pagava aluguel mensal.

Luiz, por sua vez, nega ter oferecido a filha ao apelante em troca de dinheiro. Afirmar que a infante passou a se relacionar com Edílson por iniciativa própria. Confirma ter recebido ajuda financeira do corréu, mas credita tal fato ao vínculo de parentesco existente entre ambos. No mais, narra pagar aluguel a Edílson pelo apartamento em que mora.

A vítima narra ter mantido relacionamento amoroso com Edílson por cerca de cinco meses. Afirmar ter mantido relações sexuais com o mesmo por livre vontade, porque gostava muito do acusado. Nega que seu pai tenha incentivado o relacionamento ou recebido favores em virtude do mesmo.

A testemunha Rita, ex-amásia de Edílson, afirma que Luiz não ofereceu a filha Kerly a Edílson, e tampouco ofereceu a filha em troca da propriedade do apartamento.

Cleusa, genitora da vítima, conta que Edílson a procurou e a seu marido a fim de pedir autorização para sair com Kerly, ao que ambos consentiram.

Assim, analisando o caso concreto, entendo que a suposta vítima não se encontrava em situação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, não se podendo falar em presunção de violência, uma vez que este consentiu com o relacionamento sexual de forma válida.

Portanto, correto o entendimento firmado pela magistrada sentenciante, devendo prevalecer a absolvição dos acusados.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo ministerial, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença atacada.

SOUZA NUCCI

Relator

**ANEXO VIII - Acórdão Apelação Criminal 0009073-16.2010.8.26.0270
do TJSP**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2012.0000364978

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0009073-16.2010.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante/apelado ALEXANDRO JUNIOR TEIXEIRA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da defesa, e deram provimento ao apelo ministerial, para condenar o acusado também pela prática da infração penal capitulada no art. 217-A do Cód. Penal (estupro de vulnerável), e redimensionar suas penas para 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, regime inicial fechado, mais pagamento de 14 dias-multa, mínimo valor unitário. Expeça-se mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente sem voto), EUVALDO CHAIB E EDUARDO BRAGA.

São Paulo, 31 de julho de 2012

LUIS SOARES DE MELLO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto 25.635

Apelação Criminal nº 0009073-16.2010.8.26.0270

Comarca: Itapeva

Juiz: Dr. Rodrigo Vieira Murat

Apelantes: Ministério Público e Alexandre Junior Teixeira

Apelados: Ministério Público e Alexandre Junior Teixeira

EMENTA: Estupro de vulnerável e pornografia infantil, em concurso material (art. 217-A do Cód. Penal e art. 240 do ECA, na forma do art. 69 do Cód.Penal). Absolvição do réu na origem, quanto à primeira conduta. Apelo ministerial acolhido. Prova de materialidade e de autoria constatadas. Palavras da vítima fortes, merecedoras de crédito. Testigos incriminatórios que confirmam a autoria, ademais. Versão exculpatória inverossímil. Presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima. Irrelevância de sua anuência ou experiência sexual progressa. Condenação imperiosa, por ambos os crimes. Sentença de origem reformada, nos termos do apelo ministerial. Apelo provido, com expedição de mandado de prisão.

Visto.

Ao relatório da sentença doutra, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Alexandre Junior Teixeira** saiu **condenado** às penas de 5 anos e 8 meses de reclusão (*regime semi-aberto*), mais pagamento de 13 dias-multa, mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente (*pornografia infantil*), e **absolvido** da imputação da prática da infração penal capitulada no art. 217-A do Código Penal (*estupro de vulnerável*), com fundamento no art. 386, III, do Cód.Pr.Penal.

Apelam o Ministério Público e o acusado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O apelo ministerial – *f. 215/226* – pretende, essencialmente, a condenação do acusado também pelo crime de estupro de vulnerável, nos exatos termos da denúncia, além da majoração das penas-base e da fixação do regime fechado.

Já o apelo do acusado busca a absolvição quanto à imputação pela prática do delito previsto no art. 240 do ECA (*pornografia infantil*), por alegada atipicidade da conduta decorrente de erro de tipo.

Anotam-se contra-razões de lado a lado – *f. 231/248 e 264/268* – que defendem o improvimento dos apelos adversos.

Autos distribuídos (*f. 269*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo provimento do recurso ministerial e improvimento do apelo da defesa – *f. 270/274* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **28.jun.2012** – *f. 286*.

É o relatório.

Denunciado o acusado pela prática de estupro de vulnerável (*art. 217-A do Código Penal*) e de pornografia infantil (*art. 240 do ECA*), saiu **condenado** apenas quanto à segunda conduta, tendo sido absolvido quanto ao primeiro crime, com fundamento no art. 386, III, do Cód. Penal.

Acusado convida a vítima – *esta, menor com apenas 13 anos de idade* – e suas amigas adolescentes para um passeio de carro e, após, fornece-lhes bebidas alcoólicas e dirige-se com elas para local destinado a encontros amorosos.

O acusado, então, leva a vítima a um local reservado e a constrange à prática de conjunção carnal e de sexo anal, mas logo é surpreendido pelas adolescentes que os acompanhavam.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O acusado permite que a adolescente Janaina filme a relação sexual, através de um telefone celular.

Alguns dias depois, o vídeo é postado na internet, e a vítima relata o ocorrido à sua mãe, que busca o auxílio do Conselho Tutelar e da Autoridade Policial.

Inconformado com a decisão que absolveu o acusado da imputação pela prática de estupro de vulnerável, apela o Ministério Público.

E com razão, "*data venia*".

Pese ao entendimento do d. magistrado de origem, a sentença merece reformada.

Por outro lado, igual razão não assiste à defesa, que busca a absolvição da prática do crime de pornografia infantil.

Isso porque a prova dos autos sustenta, sem qualquer sombra de dúvida e com a certeza necessária, o decreto condenatório.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Esta restou evidenciada no **(i)** boletim de ocorrência, f. 3/4, **(ii)** auto de exibição e apreensão, f. 6, **(iii)** cópia da certidão de nascimento da vítima, f. 7, e **(iv)** laudo pericial das mídias contendo a gravação das cenas entre o acusado e a vítima, f. 91/99.

E a autoria também é certa.

A começar pelas firmes e contundentes **palavras da vítima**.

Taís, f. 32/33 e 148/149, narra os fatos em riqueza de detalhes e é firme ao relatar a relação sexual mantida com o acusado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A vítima relata que estava na companhia de sua amiga, a adolescente *Janaina*, quando o acusado convidou-as para um passeio de carro e ofereceu-lhes cerveja.

Afirma que convidaram também a adolescente *Sabrina* e um amigo do acusado, de nome *Roberto*, para integrar o grupo, e dirigiram-se para o lugar conhecido como “*Drive*”, comumente utilizado para encontros amorosos.

Informa que, no local, dirigiu-se a um box na companhia do acusado e, após alguns minutos de conversa, começaram a manter relações sexuais.

A vítima esclarece que, pouco depois, foram surpreendidos pela adolescente *Janaina*, que, partir de então e a despeito de seus pedidos em contrário, passou a filmar os atos sexuais, ocasião em que praticou sexo anal e oral com o acusado.

Descreve ainda que, alguns dias após o ocorrido, soube que o vídeo havia sido postado em um site da internet, embora não o tenha assistido.

Relatos corajosos, firmes e convincentes.

E sabe-se que as palavras da vítima, para casos como o presente e especialmente nos crimes contra a dignidade sexual, tem preponderante importância, notadamente porque nada consta haver de sua parte contra o acusado.

Muito ao reverso.

Aceitar-se versão contrária seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso.

Na espécie, a menor apresenta versão coerente, firme e valiosa.

Ainda e porque, como se disse, mais há em desfavor



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do acusado.

Assim, as palavras das testemunhas presenciais **(i) Janaina, f. 30/31 e 151, e (ii) Sabrina, f. 28/29 e 150**, em que, apesar de pequenas divergências de detalhes, confirmam a dinâmica dos fatos essencialmente tais como relatados pela vítima.

Relatam que foram convidadas para passear de carro com o acusado, ocasião em que o acusado perguntou suas idades, e **Janaina respondeu que tinha 16 anos, Sabrina afirmou ter 15 anos, e a vítima Taís disse possuir 13 anos de idade.**

Informam que, na seqüência, um amigo do acusado juntou-se ao grupo e, após beberem cerveja, dirigiram-se para o “Drive”, local onde este e a vítima procuraram um box separado para manter relações sexuais.

Esclarecem, ainda, que após surpreenderem a vítima e o acusado mantendo relações sexuais, este anuiu com a gravação da ação através de um telefone celular, conquanto seus rostos não fossem filmados.

Mas não é só.

Em remate probatório perfeito, há ainda o **laudo pericial** com a degravação das mídias contendo as fortes imagens dos atos praticados pelo acusado contra a vítima, *f. 91/99*, que constitui verdadeira prova cabal, definitiva, acerca da autoria dos fatos.

De sorte que a prova é fortíssima.

No vazio, portanto, a **versão exculpatória** judicial do **acusado, f. 8 e 77**, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição nitidamente inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Alexandro admite a prática da conjunção carnal e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

dos atos libidinosos com a vítima, afirmando, porém, que não sabia e nem tinha como saber que se tratava de menor, motivo pelo qual sustenta a atipicidade de conduta e a injustiça de sua condenação pelo crime do art. 240 do ECA.

Entretanto, os relatos das testemunhas e da própria vítima esclarecem que, ainda no interior do veículo, o acusado perguntou-lhes suas idades, e foi informado por elas que todas eram menores — *inclusive a acusada, que respondeu ter 13 anos de idade*.

Ademais, no momento em permitiu a gravação dos atos sexuais pela adolescente *Janaina*, o acusado afirmou que se “*não filmasse a ‘cara’ dele, não ‘dava nada’*”.

O que demonstra, para além de desmensurada covardia, plena consciência da ilicitude de seus atos, cuja impunidade buscava garantir através do manto do anonimato.

Assim, aceitar a versão do acusado, “*data venia*”, seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

Condenação por **estupro de vulnerável e pornografia**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

infantil, portanto, inevitável.

Sempre com o devido respeito ao entendimento do d. Juízo de origem.

Afinal, a idade da vítima à época dos fatos encontra-se suficientemente comprovada pela cópia de sua certidão de nascimento, acostada a *f. 7*.

E, mesmo antes do advento da *L. 12.015/09*, a jurisprudência já entendia que é **absoluta** a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menores de 14 anos de idade.

Nesse sentido, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA 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. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/08). 2. Ordem denegada. (HC 97.052/PR, Rel. Min. Dias Toffi, j. 16.ago.2011, pub. DJe 14.set.2011)

Assim, observa-se que, mesmo apreciando casos similares sob a incidência da legislação pretérita, nossos Tribunais Superiores já reconheciam o caráter absoluto da presunção de violência.

E a redação conferida ao art. 217-A do Cód. Penal pela *L. 12.015/09*, muito mais enxuta e objetiva que a redação original do Estatuto Repressivo, não deixa margem à dúvidas ou questionamentos, pois requer, para a caracterização do delito, **apenas e tão somente** a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ou seja, a legislação vigente desconsidera quaisquer questionamentos acerca do comportamento da vítima, encerrando controvérsias suscitadas antes da reforma do capítulo do Cód. Penal dedicado aos crimes sexuais.

Conclui-se, assim, que o legislador não fixou arbitrariamente a idade mínima de 14 anos para a admissão de consentimento válido para a prática de relações sexuais com menores, mas considerou que somente a partir dessa idade existe amadurecimento psicológico suficiente para tal decisão.

Fixada essa premissa, a análise do caso concreto comporta uma breve análise acerca da situação particular da vítima nesses autos.

Ao contrário do que sustenta a defesa, a experiência sexual pretérita da vítima, bem como o histórico de abusos sexuais contra ela praticados pelo seu próprio pai — *devidamente registrados nos autos* — não constituem óbice a que lhe seja reconhecida a condição de vítima em crimes contra a dignidade sexual.

Ao contrário.

Tal circunstância caracteriza, na verdade, uma **dupla vulnerabilidade** da vítima, decorrente, em primeiro lugar, da simples condição de menor de 14 anos à época dos fatos e, ainda, do abuso incestuoso que sofreu e das seqüelas psicológicas daí remanescentes — *reconhecendo que ninguém passaria incólume por tal situação*.

De forma que não é possível, nem justo, negar o reconhecimento à dignidade sexual da vítima, estigmatizando-a ao decretar que não há dignidade sexual a ser protegida, com fundamento em situações pretéritas em que foi também vítima.

Portanto, a condenação do acusado pela prática de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

estupro de vulnerável é medida que se impõe, mais uma vez e sempre com a devida *venia* do entendimento do d. Juízo sentenciante.

"Quantum satis".

Apenamento comporta redimensionamento.

Daí porque, mais uma vez em boa hora o reclamo ministerial.

Isto porque, apesar da folha de antecedentes criminais do acusado não constituir documento hábil a autorizar majoração das penas pelos maus antecedentes, tecnicamente, verifica-se através da análise dos fatos ali registrados que o acusado possui personalidade voltada para práticas ilícitas e conduta social reprovável, circunstâncias que devem ser consideradas na fixação das penas, como determina o art. 59 do Cód. Penal.

Aos novos cálculos, então.

Para ambos os crimes, pena-base fixada em **1/6** acima do mínimo legal, consideradas a personalidade do acusado, bem como sua conduta social reprovável e, **ausentes outras circunstâncias modificadoras quanto ao crime de estupro de vulnerável**, assim tornado definitivo o apenamento, em **9 anos e 4 meses de reclusão**.

Quanto ao crime de **pornografia infantil**, nova majoração, desta feita em **1/3**, pela agravante prevista no § 2.º, III do referido dispositivo legal e, ausentes outras circunstâncias modificadoras, assim tornado definitivo o apenamento, em **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão**, mais **pagamento de 14 dias-multa**, mínimo valor unitário.

Reconhecido o concurso material entre os crimes, as penas impostas ao acusado, somadas, finalizam em **15 anos, 6**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

meses e 20 dias de reclusão, mais **pagamento de 14 dias-multa**, mínimo valor unitário.

Com relação ao regime, só pode ser o **fechado**, único compatível com hediondez do delito, consoante à legislação de regência (*Lei nº 8.072/90*) e sua recente alteração (*Lei 11.464/2007*).

POSTO,

- (i) **nega-se provimento ao recurso** da defesa, e
- (ii) **dá-se provimento** ao apelo ministerial, para condenar o **acusado** também pela prática da infração penal capitulada no art. 217-A do Cód. Penal (*estupro de vulnerável*), e **redimensionar** suas penas para **15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, regime inicial fechado**, mais **pagamento de 14 dias-multa**, mínimo valor unitário.

Expeça-se mandado de prisão.