

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

HENDEL MARAGNO PESCADOR

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DIANTE DA DECISÃO DO ERESP Nº 1.021.634 – SP.**

CRICIÚMA

2013

HENDEL MARAGNO PECADOR

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DIANTE DA DECISÃO DO ERESP Nº 1.021.634 – SP.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Alfredo Engelmann Filho

CRICIÚMA

2013

HENDEL MARAGNO PESCADOR

**ESTUDO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DIANTE DA DECISÃO DO ERESP Nº 1.021.634 – SP.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 27 de Junho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alfredo Engelmann Filho - Especialista – (UNESC) - Orientador

Prof. Monica Ovinski de Camargo Cortina - Msc - (UNESC)

Prof. Anamara de Souza - Msc - (UNESC)

Dedicado àqueles os quais devo toda minha trajetória, minha formação e minhas conquistas. Que me ensinaram a dar valor às coisas e me dedicaram todo o seu amor. Àqueles que me esforço para deixá-los orgulhosos, Ênio e Rosângela.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e especialmente gostaria de agradecer aos meus pais, Ênio e Rosangela, por terem dedicado a mim todo o amor, dedicação, ensinado a viver com dignidade e, ainda, possibilitado mais esta conquista. Muito Obrigado. Amo vocês.

Em segundo lugar agradecer ao professor orientador Alfredo Engelmann Filho que, desde o primeiro contato, aceitou prontamente o pedido de orientação e, a partir de então, vem auxiliando, de forma substancial, na elaboração do presente trabalho. Agradecer especialmente pelo modo de condução da orientação e o tempo despendido para a mesma.

Agradecer a Nicole Francisco Maurício, minha namorada, pelo incentivo e compreensão acerca dos momentos privados em face da elaboração deste trabalho. Ainda, os momentos de nervosismo e desabafo.

Agradecer aos colegas, em especial Joel de Luca e Sebastião de Oliveira, pelo companheirismo e ajuda durante todos estes anos de graduação, lembrando dos momentos de descontração, também importantes.

Por fim, agradecer todos os que, direta ou indiretamente, ajudaram na elaboração do presente trabalho, amigos, familiares e colegas de trabalho.

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O crime de estupro de vulnerável é alvo de sérias discussões acerca de suas redações. A jurisprudência, portanto, busca dirimir essas controvérsias estabelecendo posicionamentos dos mais variados. O EREsp 1.021.634/SP veio para uniformizar a jurisprudência em um dos pontos mais controversos da redação deste crime. Precipuamente na presunção de violência constante no já revogado art. 224, 'a', do Código Penal. Este julgamento considerou a referida presunção como relativa, devendo ser sua aplicação analisada caso a caso. O crime que tiver como vítima pessoa menor de 14 anos que tenha condições de consentir com o ato, ou seja, tenha discernimento suficiente para o juízo de valor e apreciação da situação fática pode não ser considerada vulnerável e, assim, deixaria o autor de ser criminalizado. Ocorre que a referida decisão, apesar de referir-se a antiga redação do crime, aplica-se também à nova, dada pela Lei nº 12.015/09. Sendo possível, assim, a relativização da vulnerabilidade constante no art. 217-A, do Código Penal, em situações específicas.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Dignidade Sexual. Presunção absoluta. Presunção relativa. EREsp.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
DCA	Direito da Criança e Adolescente
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EResp	Embargos em Recurso Especial
HC	Habeas Corpus
LCH	Lei dos Crimes Hediondos
MS	Mandado de Segurança
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUAS PECULIARIDADES	11
2.1 HISTÓRICO	11
2.1.1 O crime de estupro no Brasil	12
2.1.2 Surgimento da Vítima Vulnerável	15
2.2 CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	16
2.2.1 Erro de tipo e erro de proibição	17
2.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO.....	17
2.4 CASOS DE DESTAQUE.....	19
3 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	27
3.1 LEGISLAÇÃO PROTETORA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	27
3.2 TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	28
3.3 PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA.....	32
3.4 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA.....	34
3.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	34
4 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE	39
4.1 UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RESP Nº 1.021.634 – SP	39
4.1.1 O Caso	39
4.1.2 Voto da Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura	41
4.1.3 Voto do Ministro Gilson Dipp	43
4.1.4 Voto da Ministra Laurita Vaz	45
4.1.5 Voto do Ministro Og Fernandes	45
4.1.6 Voto do Ministro Sebastião Reis Junior	46
4.1.7 Voto do Ministro Marco Aurélio Belizze	46
4.1.8 Voto do Ministro Vasco Della Giustina	46
4.1.9 Voto do Ministro Adilson Vieira Macabu	47
4.1.10 Decisão dos Embargos de Divergência no REsp 1.021.634/SP	47
4.2 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO ART. 217-A DA LEI Nº 12.015/09 DIANTE DA DECISÃO DO ERESP 1.021.634/SP	48

5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o crime de estupro de vulnerável tendo em vista a decisão do EREsp 1.021.634/SP. Fazendo, assim, uma análise da vulnerabilidade das pessoas menores de 14 anos diante de sua vida pregressa e a evolução da sociedade no que tange à sexualidade.

Inicialmente, no primeiro capítulo, estudar-se-á a evolução do estupro de vulnerável na sociedade, buscando fazer um apanhado histórico do mencionado crime. O que se entendia por estupro e o surgimento da vítima vulnerável. Ainda no primeiro capítulo, analisar-se-á, detalhadamente, o crime de estupro de vulnerável, sua redação, suas características e seus elementos. Destacando, ao final deste, alguns acórdãos relevantes que mostram as divergências sobre o tema.

No segundo capítulo, buscar-se-á no Direito da Criança e do Adolescente, a proteção que a legislação oferece a estes seres em desenvolvimento. Para isto, destacar-se-á a Teoria da Proteção Integral, alicerce do Direito da Criança e Adolescente. Ainda, o princípio do melhor interesse da criança, o princípio da prioridade absoluta e o princípio da dignidade da pessoa humana. Conflitando, sempre, com o objetivo que é a análise do crime de estupro de vulnerável.

No terceiro e último capítulo, faremos a análise minuciosa da decisão do EREsp 1.021.634/SP, verificando os argumentos dos ministros em seus votos. Analisando, sobretudo, seus posicionamentos acerca da relativização da presunção de violência do art. 224, 'a', do Código Penal. Por fim, buscar-se-á averiguar se a decisão em tela estende-se à nova redação do crime de estupro de vulnerável dada pela Lei nº 12.015/2009.

Destaca-se que o tema possui grande divergência no meio jurídico tendendo durar por longo tempo ainda.

Para a elaboração do trabalho utilizou-se a forma de abordagem qualitativa dedutiva. Os métodos de pesquisa utilizados foram o bibliográfico, o jurisprudencial e o histórico. Utilizou-se, ainda, a legislação pertinente, com destaque para Código Penal, Estatuto da Criança e Adolescente e Constituição Federal.

2 EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUAS PECULIARIDADES

2.1 HISTÓRICO

Para falar sobre a evolução do tipo penal que trata do estupro de vulnerável, tem-se que voltar um pouco no tempo e analisar a história, verificando sua origem e mutação ao longo dos anos. Somente a partir desta análise é que se pode discorrer melhor sobre o assunto e, então, analisar melhor o objeto de nosso estudo, a relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável.

Nesse sentido Luiz Carlos de Azevedo diz:

A amplitude do domínio que a história do direito abarca constitui o selo mais significativo da sua importância e valor entre as ciências jurídicas. Não a estorvam lindes espaciais e temporais, nem balizas geográficas ou cronológicas: estas poderão ser adotadas eventualmente, quando necessárias ao entendimento deste ou daquele objeto, ou para que o autor não se perca em anacronismos. Mas a investigação é tanto sincrônica quanto diacrônica, de modo a permitir, assim, a percepção de um sistema jurídico como um todo, bem como a valoração das gradações cambiantes que nele ocorreram. De há muito deixou de ser descritiva, para fornecer a reconstrução viva dos fatos, colocando-os à luz de “processos orgânicos evolutivos”; Trata-se de conhecer “o ambiente físico, os fatores étnicos e o meio social em que as instituições jurídicas nascem e se desenvolvem; e de observar a origem e transformação dessas instituições, relacionando-as como o condicionalismo social e natural de que são produto”. (apud FERREIRA, 2007, p. 25)

Desde os tempos mais remotos da humanidade a violência sexual se faz presente na história da humanidade, tendo sido o ato sempre repudiado pela sociedade, geralmente com punições severas ao violentador. A moralidade sexual é um valor extremamente destacado, que sempre mereceu proteção legal.

Nesse contexto, cita-se os Hebreus, sociedade baseada na religião, que dava a moralidade sexual um altíssimo valor, nesse sentido Mario Curtis Giordani comenta:

Outros delitos contra a honestidade severamente punidos eram: a fornicação, a sedução, a violação e o rapto. Com respeito a fornicação, notemos que eram punidas fornicações com escravas (Lev 19, 20 ss.), o que demonstra o respeito, que o ser humano, como tal, independentemente de sua condição social, merecia do legislador hebreu. Ressalta neste ponto

a incomparável superioridade moral da religião, do povo hebreu.(2004, p. 34)

A religião foi preponderante para a criminalização de certos abusos, dando proteção à sociedade. Esta proteção foi se moldando ao longo do tempo, preenchendo as necessidades de cada povo, evoluindo de acordo com a sociedade.

O crime em foco teve sua primeira positivação no código de Hamurábi, nos séculos XVIII e XVII a.C. Neste, cometia o crime de estupro quem fosse surpreendido violando mulher virgem, que morasse com os pais. A pena para o mencionado crime era de morte. Em sua literalidade o texto do código dizia: “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.” (GAMBINE, 2012)

O direito romano, precursor do direito moderno, também foi decisivo para a evolução do direito penal, porém, ainda nesse período o crime era punido com morte, por ser considerado abominável. (PORTINHO, 2012)

2.1.1 O crime de estupro no Brasil

No que tange ao tipo penal no Brasil, observa-se a proteção “natural” à dignidade sexual, que até mesmo sem direito penal positivado, onde suas regras eram baseadas nos costumes, já existia. Toma-se, como exemplo, o crime de rapto nas tribos indígenas que aqui habitavam, onde se autor era da própria tribo era condenado à morte.

A virgindade da mulher nem sempre era respeitada entre os nossos silvícolas, pois, enquanto em algumas tribos era integralmente protegida, como se observou em Anchieta, em outras não merecia qualquer proteção ao direito costumeiro, e, nestas, quase nunca a mulher se casava virgem. O rapto, porém, quando ocorria entre tribos diversas, constituía crime gravíssimo, dando origem a sangrentas guerras tribais, porque, em tal situação, a ofensa não era contra a família da donzela, mas principalmente contra a tribo. Contudo, o quando o rapto era cometido por membro da própria tribo, o autor era implacavelmente condenado à morte. (PIERANGELI, 2001, p. 42)

O direito penal evoluiu com a chegada dos portugueses que trouxeram consigo as Ordenações do Reino e o Código Filipino que teve grande tempo de

vigência no Brasil, vigorando até o advento do Código Criminal do Império de 1830. O código Filipino Trazia em seu Título XVIII:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della ou leva per sua vontade – Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. (PIERANGELI, 2001, p. 109)

Nessa época não havia ainda distinção de idade, vulnerável ou não, o texto apenas relata “qualquer mulher”. Após o Código Filipino, em 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império do Brasil. Neste código, a redação sobre estupro era a seguinte: “Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.” Com o Código Criminal a pena ficou mais branda e ainda havia a possibilidade do casamento para livrar-se das penas. Nesse código, já se afigura o que se tinha por pessoa vulnerável, que, naquela época, eram mulheres menores de dezessete anos. (BRASIL, Código Criminal do Império, 1830)

Após a proclamação da República, em 1890, foi redigido um novo Código Penal, sobre violência sexual que dizia:

Art 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude: Pena - de prisão cellular por um a quatro annos. Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão cellular por um a seis annos.” (BRASIL, Código Penal, 1890)

Aqui tem-se a diferença em persuadir a vítima para alcançar o fim desejado e estuprar, com sanções diferenciadas. Neste código também nota-se que é previsto o atentado violento ao pudor, que se diferencia do estupro e que não aparecia claramente nos outros códigos, neste era tipificado como sendo:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena – de prisão cellular por um a seis annos. Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem. (BRASIL, Código Penal, 1890)

Em 1932, no governo de Getúlio Vargas, o código foi formatado, agora levando o nome de Consolidação das Leis Penais, porém com a mesma redação do crime do antigo código. (PIERANGELI, 2001, p. 196)

Oito anos mais tarde, em 1940, entrou em vigência o novo Código Penal, vigente até hoje, retratando o crime de estupro no Título VI – Dos crimes contra os costumes, no Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, em seu artigo 213, sua redação dizia: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” (BRASIL, Código Penal, 1940). A pena cominada era a de reclusão, com mínima de três e máximo de oito anos.

João José Leal assim entendia o crime de estupro:

A ação criminosa é expressa através do verbo *constranger*, que tem o significado de de forçar, coagir, violentar, ou seja, de obrigar uma mulher a manter cópula vaginal com o agente, que vence a recusa ou a resistência da vítima “*mediante violência ugrave ameaça*”. Assim, pode-se dizer que ocorre estupro quando um homem força ou coage uma mulher a ter com ele relação sexual vaginal, pois entendemos que o elemento normativo “*violência ou grave ameaça*” é inerente ao sentido semântico do verbo “*constranger*”, conforme nos ensina o mestre Aurélio.(2003, p. 136)

Foi neste código que apareceu a tão discutida presunção de violência nos crimes que fossem cometidos contra menores de 14 anos, entendidos pelo legislador como vulneráveis, isto previsto em seu art. 224. Sua redação era: “Presume-se a violência, se a vítima: a) **não é maior de quatorze anos** (grifo nosso); b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.” (BRASIL, Código Penal, 1940)

Diante da referida redação surgiu a grande discussão acerca da presunção de violência, sendo ela absoluta, o que não possibilitaria prova em contrário, ou seria essa presunção relativa, ampliando a área de aplicação diante de uma situação fática e, então, possibilitando prova em contrário.

Voltando à evolução do tipo, cabe ressaltar que, desde 1940, várias leis já alteraram o Código Penal, dentre elas pode-se citar o Decreto-Lei nº 3.688/41, o Decreto-Lei nº 1.004/69 e a Lei nº 7.209/84, esta que alterou a parte geral do diploma legal mencionado.

Este código previa, também, o atentado violento ao pudor como ato libidinoso, aqui se referindo ao prazer sexual, diverso da conjunção carnal.

Vigorando até 7 de agosto de 2009 este crime foi unificado ao de estupro pela Lei nº 12.015/09.

Aliás, o legislador foi além, unificando os crimes similares estupro e atentado violento ao pudor sob uma única denominação e com descrição da conduta típica em único artigo. Denomina-se estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo, por óbvio, a conjunção carnal. (NUCCI, 2009, p. 16)

Nucci (2010, p. 902) ainda colabora entendendo ser importante destacar que o antigo art. 214 do CP (atentado violento ao pudor) não foi abolido e, portanto, tendo sido extinto (*abolitio criminis*). Apenas houve uma nova lei que integrou os dois tipos penais (*novatio legis*).

Portanto, atentado violento ao pudor e estupro hoje são o mesmo crime. A presunção da violência também foi abolida e criou-se o tipo penal “Estupro de Vulnerável”, sendo a menoridade da vítima elementar do tipo.

2.1.2 Surgimento da Vítima Vulnerável

Para o fim da “presunção da violência”, modalidade do crime de estupro, foi criado, pelo legislador, um crime específico, intitulado como estupro de vulnerável como expresso na Lei nº 12.015/09.

Assim fazendo, o que se pretende é inserir, tacitamente, sem falar em presunção – um termo que sempre gerou polêmica no direito penal, pois atuava contra os interesses do réu-, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerando o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*. (NUCCI, 2009, p. 35)

O que o legislador fez foi criar tipo penal autônomo, também um novo capítulo “dos crimes sexuais contra vulnerável”, eliminando o termo presunção de violência. Englobou tanto a conjunção carnal quanto qualquer outro ato libidinoso, assim como no estupro comum.

Está é a evolução do tipo penal Estupro até a criação da vítima vulnerável, redação recente, mas que não liquidou os questionamentos acerca da relativização da vulnerabilidade.

2.2 CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime está previsto no art. 217-A, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009. O estupro de vulnerável é um crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, já o sujeito passivo, é, obrigatoriamente, pessoa vulnerável. Por vulnerável, entende-se as pessoas com idade inferior a 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência, ou seja, que no momento não consegue se defender.

A ação penal, antes da reforma pela Lei nº 12.015/09, era privada, com certas exceções: pública condicionada à representação, se a família da vítima não tivesse condições de arcar com as despesas sem prejuízo do próprio sustento; pública incondicionada, se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, se fosse cometido por padrasto, curador ou tutor; e, ainda, seria pública incondicionada se fosse empregada violência real. Nesse sentido, existia a súmula 608 do STF antes de perder sua eficácia: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”

Com o advento da Lei nº 12.015/09, passa-se a considerar ação penal pública condicionada à representação da vítima como regra. Há exceção quando o crime é praticado contra menor de 18 anos e vulnerável, sendo, então, ação penal pública incondicionada (art. 225, caput e parágrafo único do Código Penal Brasileiro).

O elemento subjetivo do crime de estupro é o dolo, que nas palavras de Francisco Conde (1988, p. 57) “é a consciência e vontade de realizar o tipo objetivo de um delito.” Não existe a forma culposa.

A pena é de reclusão, de 8 a 10 anos, podendo ser majorada se do crime resulta lesão corporal de natureza grave, aumentando a mínima para 10 anos e a máxima para 20 anos. Ainda, se do crime resulta morte da vítima, a mínima fica em 12 anos e, a máxima, em 30 anos de reclusão.

Como já explanado, o crime pode ser consumado tanto por conjunção carnal quanto por qualquer ato libidinoso, que se refere a algum prazer sexual. Admitindo a forma tentada, ou seja, o crime não consumado por circunstâncias alheias a vontade do agente, mas sendo este de difícil comprovação.

2.2.1 Erro de tipo e erro de proibição

No crime de estupro de vulnerável o erro de tipo é algo admitido pela doutrina e jurisprudência. Capez entende o erro de tipo como sendo:

Um erro incidente sobre situação de fato ou relação jurídica descritas: a) como elementares ou circunstâncias do tipo incriminador; b) como elementares do tipo permissivo; ou c) como dados acessórios irrelevantes para a figura típica. (2010, p. 243)

No crime em estudo, o erro de tipo acontece quando o suposto autor pensa ter a vítima idade superior a 14 anos, errando, por não saber ou por ter um falso conhecimento, sobre o elemento objetivo do tipo, qual seja, a idade. Esse tema é uma peça fundamental da polêmica envolvendo a relativização da vulnerabilidade, como será analisado posteriormente.

Já o erro de proibição consiste, segundo o Código Penal, no desconhecimento da ilicitude do fato. Nesse sentido Nucci exemplifica o erro de proibição no estupro de vulnerável:

Por outro lado, torna-se viável que o agente, pessoa simples, sem cultura, jamais imagine ser vedada a relação sexual com deficiente mental. Mantido o relacionamento sexual, é preciso verificar se houve erro de proibição excusável. (2010, p. 932)

Apesar de difícil comprovação, essas formas de erro excluem a culpabilidade, isentando o agente de pena.

2.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, foi criada com o objetivo de impor certos critérios e procedimentos especiais à determinados crimes nela elencados. Nas palavras de João Leal, crime hediondo é o crime que “[...] causa

profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.” (2003, p. 36)

Os crimes elencados na referida lei como hediondos são tratados de maneira mais severa. Algumas destas consequências são: impossibilidade de graça, anistia e indulto; progressão de regime pelo cumprimento de 2/5 da pena, se primário, e 3/5, se reincidente, entre outras.

Destarte, conceituados os crimes hediondos, cabe salientar que o legislador enquadrou o estupro como sendo hediondo, assim como o atentado violento ao pudor. Com o advento da Lei nº 12.015/09, que unificou estupro e atentado violento ao pudor, e também criou o tipo “estupro de vulnerável”, a lei dos crimes hediondo também sofreu mudanças, mesmo que somente em sua redação, onde passou a constar a nova tipificação dos crimes.

As maiores discussões sobre o tema circundavam na redação da lei dos crimes hediondos no que se referia às formas qualificadas do crime de estupro e atentado violento ao pudor. Parte da doutrina e da jurisprudência pregavam que apenas as formas qualificadas destes delitos é que eram crimes hediondos.

Destaca-se a antiga redação da Lei nº 8.072 em seu art. 1º, incisos V e VI: V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); A interpretação destes incisos segundo esta corrente entendia ser somente a forma qualificada crime hediondo.

Porém, a corrente majoritária entendia serem a forma simples e a qualificada crimes hediondo, nesse sentido entendia o doutrinador José Leal:

Embora a redação dos incisos em exame não era gramaticalmente perfeita, é preciso reconhecer que o sentido do direito ali contido indica que, tanto as formas básicas quanto as qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor, são crimes hediondos. Se a intenção do legislador fosse de excluir a forma simples do rol dos crimes hediondos, teria se reportado unicamente a forma qualificada, referindo-se ao estupro e o atentado violento ao pudor praticados com lesão grave ou morte da vítima e, em seguida, indicado os respectivos dispositivos do CP, como fez em todo o art. 1º da LCH. (2003, p. 135)

Essa discussão, porém, foi superada com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/09. A doutrina e jurisprudência passaram a ser pacíficas no

entendimento de que tanto a forma “simples” quanto a forma qualificada são crimes hediondos.

Corrigiu-se a redação do art. 1º da Lei 8.072/90, eliminando-se a controvérsia existente a respeito de serem ou não hediondas as formas simples do estupro e do atentado violento ao pudor. Fica clara a hediondez do estupro (que agora abrange o atentado violento ao pudor) nas formas simples e qualificadas (art. 1º, V, Lei 8072/90). Fica clara, também, a hediondez do estupro de vulnerável (abrangendo atentado violento ao pudor) nas formas simples e qualificadas. (NUCCI, 2009, p. 101)

O estupro de vulnerável é também hediondo, tanto na forma simples quanto na qualificada, inserido no inciso V, art. 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90).

2.4 CASOS DE DESTAQUE

Por um tempo, o tema foi alvo de discussões jurisprudenciais: como se pode ver em algumas decisões acerca do assunto, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Caso 1 – Destaca-se o primeiro *Habeas Corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal em crime de estupro de vulnerável onde se questionava a presunção absoluta de violência constante no revogado art. 224, do Código Penal.

O suposto crime aconteceu em meados do mês de novembro do ano de 1991, M.L.C., na época com 24 anos, manteve relações sexuais com a menor M.A.N., na época com 12 anos de idade. Durante toda a instrução do processo comprovou-se que as relações sexuais foram consensuais, que a menor mantinha relações não apenas com M.L.C, mas também com outros homens. No entanto, mantendo a posição absoluta da presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos, o juiz de primeiro grau optou por condenar o réu, posição mantida na instância superior. Com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi interposto *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal de Justiça, competência esta contestada no órgão superior, mas, ao fim, admitida com o argumento de que é de competência do Supremo julgar todo e qualquer *Habeas Corpus* impetrado contra ato de qualquer tribunal, sendo ele superior ou não. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013, ‘a’)

O julgamento foi proferido pela segunda turma do Supremo, sendo que após o início do julgamento o Ministro Neri da Silveira levantou uma questão de ordem para afetar ao plenário a causa, ou seja, levar a decisão para a votação em tribunal pleno e não somente de determinada turma. O argumento usado era a relevância da decisão e que, por isso, todos deveriam votar para que se chegasse em uma decisão única. Assim, não haveriam divergências em outras turmas do Supremo. Posto em votação, a questão de ordem foi indeferida, assim o caso não foi submetido ao tribunal pleno. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013, 'a')

Após complexa análise dos ministros da segunda turma, entenderam por relativizar a vulnerabilidade no presente caso e conceder o *Habeas Corpus*. Transcreve-se o principal argumento nas palavras do Ministro relator Marco Aurélio:

Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou no tipo do art. 213 do código penal, no que preceitua como estupro o ato de “*constranger mulher a 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 12 anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo ao articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. [...] Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças lidam, sem embargos quaisquer, com assuntos concernentes a sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase que natural. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013, 'a')

Os Ministros Maurício Correa e Francisco Rezek votaram para a concessão do *Habeas Corpus* acompanhando o Ministro relator Marco Aurélio, ficando vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso.

A ementa:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corporis 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 exurgindo 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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013, 'a')

Raquel Nigro (2012), jornalista, traz consideração acerca da decisão:

Vale ressaltar que essa decisão de 1996 foi muito criticada, sobretudo pelas feministas que trouxeram à baila a discriminação contra a mulher que ainda encontra guarida em nossos Tribunais. A descaracterização da infância é visível nos termos usados pelos juízes, como "mocinha", "jovem" e mesmo "mulher" para se referirem às menores não mais virgens que se prostituem por todo o território brasileiro.

Indiscutivelmente, este caso foi o precursor de todos os demais acerca do tema, influenciou e gerou discussões, polemizou e abriu precedentes sobre a possibilidade de relativização da presunção absoluta.

Caso 2 - As teses acerca da presunção de violência previstas no art. 224, "a", do Código Penal, podiam variar de acordo com a câmara em que fossem distribuídos os recursos.

No Superior Tribunal de Justiça as câmaras divergiam em suas decisões. A quinta turma entendia ser absoluta a presunção de violência contida no artigo supracitado. Destaca-se a decisão em um de seus acórdãos:

Ementa:

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 10.215/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. 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 aquiescência da vítima menor de 14 (quatorze) anos com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime de estupro. 3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa. 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal a quo prossiga no julgamento da apelação. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'b')

O suposto crime ocorreu em meados do mês de junho de 1996, na casa do acusado, onde a vítima trabalhava há 3 anos, aproximadamente. Aproveitando-se da ausência de sua mulher, o acusado, manteve relações sexuais com a empregada, que na época contava com 12 anos de idade. Fato que se estendeu por reiteradas vezes. O réu e a vítima, após algum tempo de relacionamento resolveram fugir juntos, o que se concretizou no fim de setembro do mesmo ano.

Ciente da situação o Ministério Público ofereceu denúncia, que foi acolhida pelo Juiz, que ao final do processo lhe deu procedência. Apresentada a apelação pelo réu, o Tribunal de Justiça de Tocantins reformou a sentença por entender que não houve crime de estupro, diante da relativização da presunção de violência. O Ministério Público do estado do Tocantins interpôs recurso especial contra a decisão.

No Tribunal Superior, e aqui é que destaca-se a decisão, os Ministros entenderam por reformar o acórdão, entendendo ser absoluta a presunção de violência do art. 224, "a", do estatuto repressivo. Julgado pela 5ª Turma, o Ministro relator, Jorge Mussi, foi acompanhado pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Laurita Vaz, por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Caso 2.1 – Em que pese a decisão acima relatada, a 6ª Turma do mesmo tribunal entendia de forma contrária. Observa-se o caso concreto:

Ementa:

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". (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'c')

Trata-se do relacionamento de R.S.A. com menor de 14 anos, os quais eram namorados. Após o conhecimento do relacionamento pelos pais da vítima, o

acusado foi denunciado. Os autos relatam evidente consentimento da vítima ao manter relações sexuais com seu namorado.

Condenado em primeira instância e absolvido em segunda, o Ministério Público do estado da Bahia interpôs recurso especial, este levado a julgamento pela sexta turma do STJ. O relator Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa votou pelo provimento do recurso, ou seja, votou pela condenação do réu, entendendo ser absoluta a presunção da violência. Porém os demais Ministros, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina acompanharam o voto do Ministro Nilson Naves, que salienta em seu voto que a liberdade sexual não é atingida devido o consentimento da vítima. Assim observa:

O meu convencimento, e creio não me achar em erro, é que a liberdade sexual, bem jurídico que orienta a punição dos crimes sexuais, tem a ver com a livre disposição do corpo para fins sexuais, bem como com o direito de não ser a pessoa envolvida em atividades sexuais sem seu consentimento. Ora, se a relação sexual é consciente e validamente consentida, não há afetação real dessa liberdade; conseqüentemente, eventual punição do ato que não atingiu o bem jurídico violaria, na verdade, o princípio do *nullum crimen sine injuria*. Ao que cuido, a ofensividade do bem jurídico deve derivar, obviamente, da conduta do agente, não de presunção legal. O Direito Penal da culpa – isto é, aquele apoiado no princípio da culpabilidade – pressupõe não haver responsabilidade penal seja por ato de outrem, seja por ato inexistente. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'c')

Não só neste, mas na maioria dos acórdãos com esse tema, a 6ª Turma do STJ decide de maneira idêntica.

Caso 3 – Importante destacar decisão de Recurso Especial, proferida pela 6ª Turma do STJ, onde o Ministro relator Luiz Vicente Cernicchiaro, em seu voto considerou o art. 224, “a”, do Código Penal como sendo inconstitucional.

Ementa:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato, que se recrudescem a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da

doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'd')

Um dos casos utilizados como base e, ainda, como paradigma em variados recursos, é o exposto na ementa acima. Diz respeito ao envolvimento de E. A. de S. com uma menor, na época com idade inferior a 14 anos, ambos mantiveram relações sexuais, sendo o autor denunciado por estupro com a presunção de violência.

O julgamento ocorreu em 14 de julho de 1994 e apesar de não ter sido provido o recurso, o Ministro relator sustentou, em sua tese, manifestação acerca do art. 224, "a", do Código Penal, considerando, como dito, o artigo inconstitucional.

Vejamos trecho de seu voto:

[...] A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transige com a responsabilidade objetiva, muito menos, a responsabilidade pelo fato de terceiro. Além do mais, consequência lógica, impõe-se a culpabilidade (sentido Moderno do termo), ou seja, reprovabilidade ao agente da conduta delituosa. Em consequência, não há, pois, como sustentar-se, em direito penal, presunção de fato. Este é fenômeno que ocorre no âmbito da experiência. Existe, ou não existe. Em consequência, não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato) o crime existe, ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224, do Código Penal. Que se aumente a pena, ocorrendo as hipóteses ali inseridas, tudo bem. Presumir violência é punir por crime não cometido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'd')

Prova-se, novamente, a grande discussão acerca do artigo supracitado. No entanto, a alegação de inconstitucionalidade do Ministro não fez com que o artigo fosse realmente revogado, mas corroborou para a corrente que considera relativa a presunção de violência.

Caso 04 – Importante destacar, ainda, decisão de Embargos de Divergência opostos no Superior Tribunal de Justiça com conclusão contrária aos Embargos de Divergência do mesmo Tribunal ensejador da presente monografia. Destaca-se a anterioridade do presente julgado, datado de 08 de outubro de 2008.

Ementa:

"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." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'e')

Aqui, conta o caso que o acusado, no dia 20 de agosto de 1998, dirigiu-se às proximidades do Colégio Estadual de Calmon na cidade de Caçador, estado de Santa Catarina, convidou a vítima para entrar no seu veículo, levando-a a local ermo e mantendo com ela relações sexuais, sendo que a suposta vítima tinha apenas 12 anos na época dos fatos. Durante a instrução verificou-se que o fato não era isolado e que ambos já mantinham relações sexuais frequentes. A sentença de 1º grau condenou o réu a sete anos, sendo que, na instância superior, o réu foi absolvido. Não contente, o Ministério Público interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, distribuído para a 6ª Turma de Recursos, que manteve a sentença de 2º grau, entendendo como relativa a presunção de violência. Novamente insatisfeito, o Ministério Público, na pessoa do Douto Subprocurador-Geral da República Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão, interpôs Embargos de Divergência, utilizando como paradigma decisões da 5ª Turma, que entendia ser absoluta a presunção de violência do art. 224, "a".

No Julgamento, a Ministra relatora, explanou:

[...]Creio que, mesmo no contexto da dita vida moderna, não se mostra razoável atribuir capacidade de discernimento a menor de tão tenra idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual. Nessas 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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'e')

Por maioria, então, decidiram acolher a tese dos acórdãos paradigmas e manter a presunção de violência como absoluta.

Os casos relatados acima mostram a instabilidade da jurisprudência no que tange à presunção de violência do, já revogado, art. 224, "a", do Código Penal. Por várias vezes, a depender de onde os recursos são julgados, as decisões podem ser de modo contrário, isto corrobora para a discussão da presente monografia. Sendo assim, tentar-se-á mostrar se a decisão dos Embargos de Divergência no RESP Nº 1.021.634 – SP, de 28 de março do corrente ano, esta que relativizou a presunção de violência, pôs fim ou não a esta discussão. E, até mesmo, se essa relativização se estende a nova redação da lei 12.015/09. São respostas que formular-se-á ao logo do presente trabalho.

3 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para uma melhor compreensão da matéria referente ao presente trabalho, cumpre explicar, diante da legislação específica da criança e adolescente, o olhar com que a mesma trata esses seres em desenvolvimento. Analisar as garantias asseguradas, o modo de proteção, a quem incumbe o zelo e, sobretudo, os direitos correspondentes.

E impossível afastar o tema “sexualidade” e tratá-lo de forma distinta, pois está ligado, intrinsecamente, a quase todos os direitos e garantias da criança e do adolescente. Dentre esses direitos e garantias afetados pela sexualidade podemos citar: a dignidade, a saúde, o desenvolvimento mental, moral, espiritual e social da criança e do adolescente.

Sendo assim, passa-se a observar a criança e o adolescente do modo com que a legislação quer que o faça, de forma especial.

3.1 LEGISLAÇÃO PROTETORA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes de mais nada, é necessário lembrar que a criança e o adolescente, antigamente, não dispunham de nenhuma proteção especial. Vale ressaltar que o marco inicial para essa proteção foi a Declaração de Genebra, de 1924, que determinava a necessidade dessa garantia. Na sequência, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, previa o direito a cuidados e assistências especiais à infância. (VERONESE, 2006, p. 08)

No que tange à criança e ao adolescente, no Brasil, não se reconhecia, também, esse tratamento especial consagrado nos dias de hoje. Foi no início do século XX que esses direitos começaram a ser discutidos. A evolução foi gradual, passando por várias doutrinas e teorias e, dentre elas, a doutrina do direito do menor (1926), que resultou no primeiro código de menores da América Latina, aprovado em 12 de outubro de 1927.

Pode-se destacar, ainda, a Política do Bem-Estar do Menor de 1964, no período de ditadura militar. E, não menos importante, a doutrina do menor em situação irregular, cujo novo código de menores foi instituído pela Lei nº 6.697 de 1979. (CUSTÓDIO, 2009, p. 20)

Quando se trata das crianças e dos adolescentes o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira que denominamos de situação irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase denominada de Doutrina da proteção integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988, onde encontramos no art. 227, o entendimento da absoluta peioridade. (VILAS-BÔAS, 2013)

Esta doutrina se tornou obsoleta, dando margem à várias discussões sobre os direitos do menor. A maior parte dessas manifestações eram influenciadas pelo processo de elaboração na nova constituição, que trazia em sua essência um caráter extremamente social.

Na década de 1980, inúmeras foram as mobilizações sociais, debates, reflexões e apresentação de propostas para o atendimento aos meninos e meninas de rua, além da organização do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de rua, o Movimento Criança Constituinte, as pastorais da igreja católica, organizações comunitárias, sindicais e assistenciais que contribuíram para a criação do direito da criança e adolescente. (CUSTÓDIO, COSTA, PORTO, 2010, p. 14)

Era, portanto, um complexo processo de transição que resultaria na formação da Teoria da Proteção Integral. (CUSTÓDIO, 2009, p. 24). A mais nova doutrina trata esses sujeitos de direitos como “criança e adolescente” e não mais como “menor”.

A construção do Direito da Criança e do Adolescente proporcionou significativo processo de reordenamento institucional com a desjudicialização das praticas de caráter administrativo, com as mudanças de conteúdo, método e gestão, bem como a integração dos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da democratização na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que, a partir daí, tem reconhecido seu status de sujeitos de direitos, garantindo o irrestrito, amplo e privilegiado acesso a justiça. (RAMIDOFF apud CUSTÓDIO, 2009, p. 31)

A doutrina da proteção integral modificou substancialmente os antigos conceitos, o modo com que o menor era tratado, a gestão e a organização dos direitos até então sedimentados. Passa-se, então, a estudá-la detalhadamente.

3.2 TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O advento da Constituição Federal de 1988, trazendo em seu bojo o novo modo de tratar a criança e o adolescente, constituiu a base da teoria da proteção integral. Consolidou-se com o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído em 13 de julho de 1990 pela Lei nº 8069. A partir daí passou-se a considerar a criança e adolescente como detentores de direitos especiais, concedendo a estes atenções e desvelo até antes não observados.

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente inter-relacionando os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro. A constituição de uma base epistemológica consistente possibilitou a doutrina da proteção integral reunir tal conjunto de valores, conceitos, regras, articulação de sistemas e legitimidade junto à comunidade científica que a elevou a um outro nível de base e fundamentos teóricos, recebendo, de modo mais imediato, a representação pela idéia de Teoria da Proteção Integral. (CUSTÓDIO, 2008, p. 27)

Essa doutrina impõe um novo modo de pensar sobre a criança e o adolescente. Considerando-os seres em desenvolvimento seus direitos são garantidos para que cresçam de forma saudável e cheguem à vida adulta plenamente capazes de enfrentá-la. Desse modo, a Constituição Federal em seu artigo 227, consolida a presente teoria:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Analisando o texto constitucional e a teoria da proteção integral salienta-se o dever da família, da sociedade e do estado no zelo perante a criança e o adolescente. A presente teoria não restringe apenas à família o dever de cuidado para com a criança e adolescente mas, também, estende à sociedade e ao Estado.

Por isso, é dever de todos zelar pela proteção e desenvolvimento seguro da criança e do adolescente.

Destaca-se aqui o dever do estado diante de todas as garantias elencadas no artigo supra-citado, dentre elas o direito a vida, a saúde, dignidade, além de afastá-los da violência e exploração.

Sabe-se que pouca efetividade será alcançada sem o compromisso firme com o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Neste contexto, a articulação dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente para sua aplicação na realidade concreta pode desempenhar um papel pedagógico, verdadeiramente provocador da cidadania, da democracia e das necessárias transformações sociais e políticas. Esse é o fundamento emancipatório da Teoria da Proteção Integral. (CUSTÓDIO, 2008, p. 38)

A tríplice responsabilidade, como é chamada, constitui, portanto, um dos alicerces da teoria da Proteção Integral e do Direito da Criança e do Adolescente. Neste mesmo sentido o ECA vem, em seus arts. 3 e 4, consolidar a teoria e destacar novamente a tríplice responsabilidade:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, Estatuto da Criança e Adolescente, 1990)

Sendo assim, a teoria da proteção integral é a base de todo direito da criança e do adolescente nos dias atuais. Instaurou um novo método de tratamento para estes sujeitos, que implica em um novo projeto político social para o país. Considerando-os como sujeitos de direitos e tendo a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. (VERONESE, 2006, p. 9)

De acordo com essa teoria as crianças e adolescentes não são mais pessoas *capitis deminutae*, mas sujeitos de direitos plenos. Esses sujeitos têm, inclusive, direitos específicos, que têm por finalidade assegurar o crescimento e o

cumprimento de suas potencialidades, garantindo sua formação livre e digna. (CURY, 2010, p. 36).

Para Chaves, proteção integral significa:

[...] o que significa “proteção integral”? quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual ira fazer parte. Mas também outro sentido do ponto de vista estritamente legal: é que toda matéria passará a ficar subordinada aos dispositivos do seu estatuto, como se de resto se deduz do ultimo de seus artigos, o de n. 267. (1997, p. 51)

Machado entende que a formação da personalidade de forma íntegra e segura - alvo da presente teoria – deve ser reconhecida como direito fundamental devido sua máxima importância, e, nesse sentido, explica:

[...] sustento, pode-se afirmar, ao menos sob uma ótica principiológica ou conceitual, que a possibilidade de formar a personalidade humana adulta – que é exatamente o que estão “fazendo” crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem até a condição adulta – há de ser reconhecida como direito fundamental do ser humano, porque sem ela nem poderiam ser os demais direitos da personalidade adulta, ou a própria personalidade adulta. (MACHADO, 2003, p. 110).

Faz-se distinção entre criança e adolescente em que pese serem os direitos fundamentais extensivos às duas classes. Essa distinção é necessária apenas no que concerne aos delitos e contravenções praticados por estes, diferenciando sua punição (CURY, 2010, p. 21). As crianças que cometem os fatos típicos são submetidas à medidas mais brandas, que consistem em frequência escolar obrigatória, apoio e acompanhamentos temporários, inclusão em programa de acolhimento, por exemplo. Essas medidas estão previstas no art. 101, do ECA. Já os adolescentes, são submetidos à medidas mais severas, estas elencadas no art. 112, do mesmo dispositivo legal. Dentre elas pode-se citar: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, inserção de regime de semi liberdade e até mesmo internação.

Para o presente estudo nota-se relevante apenas o critério cronológico absoluto tratado no estatuto, ou seja, a proteção da criança e do adolescente é fixada em função da sua faixa etária, sendo irrelevantes quaisquer outros motivos,

como, por exemplo, a emancipação civil (CURY, GARRIDO E MARÇURA, 2000, p. 20).

O critério cronológico acima citado é trazido pelo artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, este prevê: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (BRASIL, ECA, 1990). Sendo assim, distingue-se criança de adolescente por um critério estritamente legal, não tendo espaço para qualquer tipo de exceção, o que é discutível. Nesse ponto, vale lembrar que pessoa vulnerável, na legislação penal, é aquela menor de quatorze anos, sendo este, também, um critério estritamente legal, dando margens a várias discussões acerca de sua relativização.

O Direito da Criança e do Adolescente busca, portanto, a efetivação do que a teoria da proteção integral propõe: a proteção especial desses sujeitos, buscando um desenvolvimento físico, psíquico e espiritual da melhor forma possível. Resguardando, de forma *sui generis*, todos os direitos inerentes ao ser humano.

Depois dessa análise de como a teoria da proteção integral funciona, é imprescindível destacar no presente trabalho o parágrafo 4º, do art. 227, da Constituição Federal. A redação transcrita no referido parágrafo vem garantir a superproteção à dignidade sexual das crianças e dos adolescentes e preceitua: “§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988) Portanto, na referência constitucional da teoria da proteção integral, através do art. 227, encontra-se, em seu § 4º, a garantia de punição mais severa aos crimes que envolvam a dignidade sexual da criança e do adolescente.

Sendo assim, o método de tratamento dado, a criança e ao adolescente, pela teoria da proteção integral e seus princípios, é que se deve aplicar a tudo que os envolve. Observa-se, portanto, a visão extremamente protetora com que a legislação trata a criança e adolescente. E é desse modo que devemos os tratar, e, por consequência, aplicar essa visão ao crime em estudo, qual seja, o estupro de vulnerável.

3.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Tão importante quanto a proteção integral é o princípio do interesse superior da criança. Esse princípio advém da Convenção Internacional do Direitos da Criança. Esta, por sua vez, teve origem na Assembleia Geral das Nações Unidas, datada de 20 de novembro de 1989. Segundo Azambuja:

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança vem reforçar a idéia da não-exclusão das crianças e dos adolescentes, possibilitando a aplicação de seus princípios em países com culturas diferentes, a partir da ratificação quase universal hoje verificada, sinalizando para o fato de que as particularidades culturais devem ficar em segundo plano sempre que entrarem em conflito com os direitos humanos. (2004, p.45)

O princípio justifica-se no artigo 3º, 1, desta convenção, e preceitua: “Art. 3º, 1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.” (BRASIL, Convenção Internacional dos Direitos da Criança, 1989)

Da redação do artigo extrai-se que todas as ações sejam elas públicas ou privadas, de tribunais ou de autoridades devem, antes de tudo, primar pelo melhor interesse da criança.

Sendo assim, todos os atos relacionados com a criança e o adolescente devem observar os melhores interesses, isto é, a família, a sociedade e o estado devem optar pelas oportunidades e facilidades que melhor atendam os interesses destes protegidos. (CUSTÓDIO, 2009, p. 34)

Para Gama, o princípio do interesse superior da criança:

[...] representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, à pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa. (2003, p. 456)

Custódio complementa dizendo que o princípio do interesse superior da criança é um critério estruturante da organização sistemática do direito nos seus vários campos, pois orienta os atos direcionados à realização dos direitos fundamentais, destacando, claro, o direito da criança e do adolescente (2009, p. 34).

3.4 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O princípio da prioridade absoluta está previsto no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do Estatuto da Criança e Adolescente.

Como o próprio nome já diz, garante à criança e ao adolescente a prioridade absoluta na efetivação de seus direitos. Veronese explica que:

Por prioridade absoluta devemos entender que a criança ou adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes. Entendemos que, na área administrativa, enquanto não existem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial a gestantes, condições mínimas de moradia, trabalho, não se deveria ter como principais ações do tipo: asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção e o tratamento de doenças são mais importante que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante. (2006, p. 15)

Segundo o parágrafo único, do art. 4º do ECA, a prioridade absoluta compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, ECA, 1990)

Percebe-se, ao serem violados os direitos da criança e do adolescente, seu socorro é prioritário e as políticas públicas devem ter atenção voltada para privilegiar estes sujeitos na destinação de verbas e na formulação e na execução das políticas implementadas.

A prioridade absoluta, decorrente da teoria da proteção integral, é mais um exemplo do tratamento mais que especial dado a estas pessoas em desenvolvimento.

3.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é o da Dignidade da Pessoa Humana e, como não poderia deixar de ser, reflete também

no Direito Penal. Necessária, portanto, a sua apreciação especialmente no que concerne à criança e ao adolescente, pois está intrinsecamente ligado à discussão da relativização da presunção de violência no estupro de vulnerável.

É princípio garantido pela CF/88 e é um dos fundamentos da República, presente no art. 1º, inciso III, do mesmo diploma legal. Sendo qualidade humana, difícil consolidar seu conceito e Kant esforça-se para traduzi-lo:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade...Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade um valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade. (apud SARLET, 2009, p. 36)

Segundo Barbosa (2013), foi a partir dessa conceituação de dignidade da pessoa humana por Immanuel Kant que o pensamento filosófico marcou a história, influenciando diretamente os contornos do mundo jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana é instrumento de análise de tudo que circunda o mundo jurídico, sendo aplicável em todos os seus ramos, desde um projeto de Lei até a aplicação desta mesma no caso concreto, por exemplo. Nesse sentido, Paulo Bonavides traduz com excelência:

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássicos e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa na concretização constitucional dos direitos fundamentais. Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecimento da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados. (apud SARLET, 2009, p 109)

Bonavides explica a dimensão do referido princípio justamente por estar intrinsecamente ligado à personalidade. Delineia sua esfera de atuação dizendo que, no sistema constitucional vigente, sua aplicação deve ser máxima.

Gonçalves (2013) destaca a importância desse princípio dizendo que este é um princípio unificador de todos os direitos fundamentais, onde todos os direitos fundamentais estão presentes. Quando há dignidade, por exemplo, significa estar necessariamente garantidos os direitos a vida, liberdade, igualdade, saúde, etc.

Pode-se notar que o doutrinador Ingo Sarlet fortalece esse entendimento:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (2009, p. 65)

O estado tem papel importantíssimo na garantia e proteção deste princípio, e é seu dever impor limites à sua própria atuação e da sociedade em geral.

Brandão (2013) afirma que o exercício do poder e a ordem estatal só serão legítimos se observado o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, constituindo, este, verdadeiro pressuposto de democracia. Portanto, é princípio que deve ser respeitado por todos, estado, sociedade e, via de consequência, pela legislação em vigor.

No que diz respeito à observância deste princípio pelo estado Sarlet afirma:

Não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias a dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). (2009, p. 121)

Importantíssimo destacar a aplicação deste princípio no direito da criança e do adolescente. Novamente, o art. 227, da Constituição Federal, consolida com absoluta prioridade o direito à dignidade, enquanto que o ECA, em seu art. 15,

prevê a aplicação do princípio, destacando a condição de sujeitos em desenvolvimento:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, Estatuto de Criança e Adolescente, 1990)

No mesmo norte preceitua, em seu art. 18, que: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (BRASIL, Estatuto de Criança e Adolescente, 1990).

Sobre o artigo Munir Cury comenta:

As praticas mencionadas no final deste artigo atentam contra a honra e respeitabilidade da criança e do adolescente, podendo comprometer o desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 7º), nos seus aspectos físico, moral, espiritual e social (art. 3º). (2000, p. 30)

A dignidade, então, é valor essencial para o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança e do adolescente e, como tal, merece aplicação e garantia prioritária.

Por se tratar de direito fundamental, Muller explica:

Os direitos fundamentais sugerem a idéia de limitação e controle dos abusos do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, valendo, por outro lado, como prestações positivas a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. Esta compreensão incide, igualmente, sobre os direitos fundamentais de criança e adolescente, os quais sustentam um especial sistema de garantias de direitos, sendo a efetivação desta proteção dever da família, da sociedade e do Estado. (2013)

A citação de Muller destaca, mais uma vez, os guardiões da tríplice responsabilidade compartilhada mencionado na teoria da proteção integral para a garantia de aplicação e proteção dos direitos da criança e do adolescente, estes são: o Estado, a sociedade e a família. Finaliza dizendo que, para que haja a efetiva concretização dos direitos e garantias até aqui descritos, para a proteção da criança e do adolescente, garantindo-lhes desenvolvimento saudável e íntegro, necessário o comprometimento de todos, tendo, sempre, como norte, o princípio da proteção

integral e, conseqüentemente, promovendo a manutenção da dignidade da pessoa humana e o exercício da cidadania. (MULLER, 2013)

4 – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

4.1 UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RESP Nº 1.021.634 – SP

Apesar de várias situações fáticas semelhantes a este caso, que tiveram como discussão a relativização da presunção de violência constante no, já revogado, art. 224, 'a', do Código Penal, a mais recente e impactante decisão foi a dos embargos de divergência supracitado (EResp nº 1.021.634). Neste, a corte mudou seu posicionamento e unificou o entendimento acerca do caso.

Como já mencionado anteriormente, as câmaras do STJ, mais precisamente a Quinta e a Sexta Turmas, entendiam de maneira divergente, uma pela relativização da referida presunção e, outra, entendendo que esta era absoluta.

Não era só no STJ que havia esta discussão. Em todas as instâncias, Juízes e Desembargadores decidiam a seu modo, fazendo valer seus entendimentos. Com a ação penal em tela, não foi diferente. Durante toda a tramitação, desde a primeira instância, até o STJ, houve decisões oscilantes, ora absolvendo, ora condenando o réu.

4.1.1 O caso

Os fatos que ensejaram a ação e, conseqüentemente, a uniformização da jurisprudência, não possuem data e hora certas mas, como consta do inquérito policial, foram no primeiro semestre do ano de 2002, no Município de Ibitinga, São Paulo. O Acusado Ivanil Aparecido Fabri, mediante violência presumida, constrangeu as adolescentes P.E.S., A.E.O.C e A.S., na época menores de 14 (quatorze) anos, à conjunção carnal.

Repetidas vezes, o denunciado levava as “vítimas” a motéis da região para realizar os atos, sempre pagando as vítimas pelo “serviço”. Ocorre que, durante a instrução criminal, comprovou-se que as meninas já levavam a vida de prostituição há tempos. Situação, inclusive, relatada pela mãe de uma das vítimas.

Dessa maneira, o Juiz de Ibitinga entendeu por absolver o réu, considerando que, em momento algum, houve violência ou grave ameaça, não

tipificando, pois, o crime de estupro. A primeira decisão do caso, portanto, entende como relativa a presunção da violência no crime de estupro de vulnerável, ignorando o texto do art. 224, “a”, do Código Penal, na época vigente.

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, consubstanciado no entendimento de presunção absoluta, novamente o acórdão resultante negou provimento do recurso relativizando, mais uma vez, a presunção de violência. Do acórdão podemos retirar:

[...]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.[...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'f')

Após a manutenção da sentença pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda insatisfeito, o Ministério Público apresentou recurso especial, novamente alegando o caráter absoluto da presunção de violência. O recurso foi distribuído para a 5ª Turma de Rec. do STJ, tendo como relator o Ministro Jorge Mussi.

No STJ, entretanto, alterou-se a linha das decisões proferidas no processo até então. A 5ª Turma, ressalvado o entendimento do relator que entendia de forma divergente, votou em considerar a presunção de violência absoluta.

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 quo prossiga no julgamento da apelação. (BRASIL, Superior Tribunal Justiça, 2013, 'g')

Observando a discussão acerca do tema e a divergência nos julgamentos da 5ª e 6ª Turmas do STJ, a defesa de Ivanil opôs Embargos de Divergência em Recurso Especial visando, claro, a modificação da decisão e a uniformização da jurisprudência.

Os embargos de divergência tiveram como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que conheceu e levou a julgamento.

4.1.2 Voto da Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Inicialmente, a Ministra Maria Thereza explana sobre as antigas decisões sobre a matéria no referido tribunal (STJ) e, lembra que, em outros embargos de divergência, julgados naquela Corte, as decisões foram no sentido de considerar a presunção de violência absoluta, para isso cita os julgados: EREsp 666.474/MG de 2008, EREsp 688.211/SC também de 2008 e EREsp 762.044/SP de 2009. Observa que, diante da modificação substancial dos integrantes da referida Corte, e ainda a evolução de conceitos durante o passar dos anos, necessário trazer a polêmica discussão à baila novamente.

Destaca a extrema importância do caso, por envolver a liberdade sexual de pessoas cuja capacidade a lei considera incompleta. Se a violência sexual, por si só, é de extrema relevância, imagine praticado contra menores de 14 anos. Porém, para ela, “não parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia presunção absoluta em fatos como tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.”

A relatora destaca que o direito não é estático e que conceitos de 1940 (ano de publicação do Código Penal) podem já estar ultrapassados. Assim como a sociedade sofre mudanças, os conceitos e preconceitos modificam-se da mesma forma. Lembra ela, que o ECA trás como crianças as pessoas menores de 12 anos, e este é datado de 1990, citando apenas, como exemplo de diferentes conceitos,

sendo que o código penal de 1940 considera vulnerável as pessoas menores de 14 anos.

Nesse sentido a Ministra relatora destaca o voto do Ministro Celso Limonge no julgamento do Habeas Corpus nº88.664/GO:

[...] Em primeiro lugar, faz-se necessário relembrar 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 Documento: 1079892 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 23/03/2012 Página 9 de 46 Superior Tribunal de Justiça escreveu monografia a propósito desse tema e já no preâmbulo anotou: '...a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo, gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele' (cf. 'O Direito como obstáculo à transformação social', 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. [...] 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... (BRASIL, Superior Tribunal Justiça, 2013, 'h')

A relatora faz profunda crítica à fixação de um marco etário, no caso, 14 anos, para consideração do desenvolvimento mental. Considera ser este um critério extremamente subjetivo, variando de pessoa a pessoa. Para isso, cita Neemias Prudente sendo que este diz:

[...] 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. (2000, p. 79).

Finaliza citando o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que em bela explanação resume o caso.

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". (1996. p. 44/45).

Baseada nestes argumentos, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura votou para manter a decisão de primeiro grau diante das peculiaridades do caso. Entende que não pode ser considerado crime fato que realmente não violou o bem juridicamente tutelado (liberdade sexual), tendo em vista que as menores já se prostituíam há algum tempo.

Sendo assim, a Ministra Relatora considerou a presunção de violência constante no art. 224, 'a', do Código Penal, como relativa, observando-se cada caso em particular.

4.1.3 Voto do Ministro Gilson Dipp

O Ministro Gilson Dipp, desde o início da sua argumentação, mostra-se contrário ao argumento da Ministra Maria Thereza e entende que é de natureza absoluta a presunção de violência constante no dispositivo do Código Penal. Salaria que a discussão não é recente e que, inclusive, já devia estar pacificada diante das decisões do STJ e STF. Porém, opta por receber os embargos diante da relevância do caso e a fim de pacificar o entendimento.

Em sua explanação, o Ministro argumenta que, ao entender que a presunção de violência é relativa, está se julgando o comportamento da vítima e não do acusado. Faz-se, assim, um juízo de valor da conduta da vítima, analisando o seu consentimento e sua vida pregressa. Nas palavras do Ministro:

[...] 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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'i')

Diante desse juízo de valor entende, então, que a vítima, diante do princípio do devido processo legal, tem o direito de defender-se pois, com a referida interpretação, sua vida ficará eternamente manchada e a reputação destruída.

Argumentando, o Ministro cita o art. 227, § 4º, da CF, que preceitua: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” Diante dessa previsão constitucional, o Ministro entende que toda lei penal que trate de abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescente deve ser interpretada sempre da forma mais rigorosa, justamente para garantir o que o texto constitucional, norma máxima, pretende.

No que tange à alegação da Ministra Maria Thereza quando diz que o direito não pode ser estático, Gilson Dipp refuta dizendo que o judiciário é responsável apenas pela execução da lei, sendo que, se atuasse de forma diferente, estaria fora de sua alçada e, como sempre se combate, legislando.

O Ministro combate os argumentos referentes à faixa etária estabelecida pelo ECA dizendo:

[...] 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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'j')

Finaliza dizendo que a conduta da vítima é, no direito processual penal, circunstância judicial para a fixação da pena base e nunca para a exclusão da tipicidade da conduta. Diante disso, excluindo o comportamento ou vida pregressa

da vítima, o Ministro Gilson Dipp vota por considerar que a presunção de violência constante no art. 224, 'a', do Código Penal, tem natureza absoluta.

4.1.4 Voto da Ministra Laurita Vaz

A Ministra Laurita Vaz, em seu voto, concorda integralmente com os argumentos do Ministro Gilson Dipp e entende ser de caráter absoluto a presunção de violência do referido artigo. Entende que uma pessoa, no contexto da vida moderna, menor de 14 anos não tem discernimento necessário para consentir validamente com práticas sexuais e que a lei é expressa e clara nesse sentido. Salaria, ainda, que a vida pregressa da vítima pouco importa para a apuração do crime praticado.

Sendo assim, acompanha o voto do Ministro Gilson Dipp para considerar a presunção de violência do art. 224,'a', do CP, como de caráter absoluto.

4.1.5 Voto do Ministro Og Fernandes

O Ministro Og faz referência à nova redação do crime de estupro para a interpretação da antiga. Ele menciona que na nova lei, nº 12.015/09, possível agora o estupro ou violência sexual contra a figura masculina o que, de maneira alguma, era admitido na redação da antiga lei.

Cita este exemplo para dizer que direito deve ser uma “metamorfose ambulante” e que deve acompanhar a evolução da sociedade. Assim como atualmente o homem pode ser vítima de estupro, fato nem cogitado antigamente, pessoas menores de 14 anos podem, sim, ter discernimento para consentir com o ato. Esclarece que a relativização da referida presunção não implica desconsiderar-se a regra geral e, sim, dizer que essa exceção confirma a regra geral.

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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'I')

Entende que o Código Penal, na sua antiga redação, estava ultrapassado e que sua interpretação deve se dar nos moldes da atual sociedade, buscando sempre a justiça.

Sendo assim, entende que a medida a ser considerada justa é a relativização da referida presunção, acompanhando o voto da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura.

4.1.6 Voto do Ministro Sebastião Reis Junior

O Ministro Sebastião, em seu voto, lembra que desta questão muito já foi discutido e que não hesitaria em aderir ao voto da Ministra Relatora Maria Thereza. Porém, preocupa-se muito com a segurança jurídica refletida nas decisões e lembra que há jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, e até mesmo do próprio STJ, no sentido contrário ao da relatora.

Faz menção às jurisprudências apresentadas no voto do Ministro Gilson Dipp, dizendo que estas são fartas, reiteradas e atuais. Diante disso, baseado no princípio da segurança jurídica vota por considerar a presunção de violência do art. 224, 'a', do CP, como absoluta, para não contrariar as referidas jurisprudências e, a seu ver, causar instabilidade jurídica.

4.1.7 Voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze

O Ministro apenas acompanhou o voto da Ministra Relatora e votou para considerar a presunção de violência como relativa, enfatizando os argumentos expostos por ela.

4.1.8 Voto do Ministro Vasco Della Giustina

O Ministro Vasco Della Giustina foi convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em seu voto, acompanha o voto da Ministra relatora e salienta que a sociedade evoluiu e que meninas de 14 anos, por vezes, aparentam idade superior a que realmente têm. Sendo assim, acredita que no crime em tela deve-se analisar caso a caso sendo, portanto, a presunção de violência constante do Código Penal, relativa.

4.1.9 Voto do Ministro Adilson Vieira Macabu

Em seu voto, o Ministro Adilson, que é convocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, diz que muito já julgou estes casos em seu tribunal, e que não se pode ser inflexível à realidade. Explana que:

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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, 'm')

Com vênias aos votos dos demais ministros, salienta que o Código Penal que trazia esta redação, nos tempos atuais, já está obsoleto, e que é questão de justiça a relativização da presunção de violência. Diz, ainda, que não há inconstitucionalidade nenhuma em reconhecê-la relativa e que, por se tratar de matéria infraconstitucional, o STJ é o órgão competente para o julgamento.

Diante de sua explanação vota por reconhecer o caráter relativo da presunção de violência constante no art 224, do CP, devendo ser o crime analisado de acordo com as normas particulares de cada caso.

4.1.10 Decisão dos Embargos de Divergência no REsp 1.021.634/SP

Diante dos votos acima transcritos a 3ª Seção do STJ, por maioria de votos, considerou a presunção de violência do art. 224, do CP, como tendo caráter relativo. Acompanharam o voto da Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura, os Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina e Adilson Vieira Macabu. Ficaram vencidos os Ministros Sebastião Reis Júnior, Gilson Dipp e Laurita Vaz.

A decisão em tela foi publicada no dia 23 de março de 2012, com o fim de uniformizar a jurisprudência nesse sentido.

4.2 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO ART. 217-A DA LEI Nº 12.015/09 DIANTE DA DECISÃO DO ERESP Nº 1.021.634/SP

Antes de mais nada, cabe lembrar que a decisão transcrita acima considerou relativa a presunção de violência constante no art. 224, 'a', do CP, este já revogado pela Lei nº 12.015/09. Na antiga redação, combinava-se o art. 213 (estupro) ou art. 214 (atentado violento ao pudor) como o art. 224 (presunção de violência) para a configuração do estupro de vulnerável.

Com o advento da Lei nº 12.015/09 e a criação do tipo penal autônomo, estupro de vulnerável, como já foi relatado, buscou-se sanar o problema, excluindo o termo presunção, passando a ser elementar do tipo a idade inferior a 14 anos.

A redação do atual crime ficou: “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.” Com esta redação, o crime se consuma com o simples fato da vítima ser menor de 14 anos, não se falando mais em presunção de violência.

Em tese, a discussão estava encerrada. Porém, apesar de não existir mais a chamada presunção de violência, a ‘discussão’ ainda continua. Chama-se atenção, agora, para a vulnerabilidade. O marco etário, 14 anos, ainda está presente, estático, sendo novamente ponto de debate.

A esse respeito Guilherme Nucci manifesta-se:

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução do comportamento da sociedade. (2009, p. 37)

Cezar Roberto Bitencourt vem com o mesmo entendimento, sendo, porém, pouco mais ríspido:

De notar-se que o Legislador, *dissimuladamente*, usa os menos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Constata-se que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), destacando expressamente as causas que levavam à *presunção de violência*; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve-se democratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de

Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, *disfarçadamente*, na Ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e aplicador da lei. (2012, p. 97)

A alteração trazida pelo legislador não foi suficiente para sanar a grande discussão acerca da vulnerabilidade. Apenas modificou sua redação, numa tentativa displicente de ‘botar panos quentes’. Tanto é que, no próprio julgamento do EREsp 1.021.634/SP, a Ministra relatora Maria Thereza assim finaliza:

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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013, ‘n’)

Nota-se que a Ministra Maria Thereza já na decisão dos embargos de divergência no REsp 1.021.634/SP verifica a discussão também diante da nova lei, porém, deixa a análise para momento oportuno. Diante desse relato, podemos observar que a Ministra já aguarda ações discutindo a mesma questão da vulnerabilidade, apesar da nova redação do crime.

Cezar Roberto Bitencourt deixa claro, novamente, a técnica utilizada pelo legislador e preconiza com excelência:

Embora se tenha utilizado outra técnica legislativa, qual seja, suprimir a previsão expressa da presunção de violência, certamente, a interpretação mais racional deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, in concreto, as condições pessoais de cada ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea. (2012, p. 98)

Apesar do legislador enrustir o problema deflagrado com a redação anterior do crime, ele permanece, devendo prevalecer o entendimento de que a vulnerabilidade é relativa.

Para Nucci (2011, p. 851), o legislador perdeu grande oportunidade, com a Lei nº 12.015/09, de equiparar os conceitos do Código Penal com o Estatuto da Criança e Adolescente. O Estatuto diz que criança é a pessoa menor de 12 anos e adolescente é a pessoa maior de 12 anos, sendo assim, a idade de 14 anos deveria ser excluída do crime de estupro de vulnerável. O marco etário para ele seria

fixado aos 12 anos e se a pessoa tivesse idade inferior não haveria possibilidade de relativização. Seria relativa, apenas, a vulnerabilidade do adolescente entre 12 e 14 anos, onde considerando possível a discussão sobre a capacidade de consentimento desses sujeitos para a prática de atos sexuais havendo, é claro, prova da capacidade.

Nessa mesma acepção André Estefam, corroborando com até aqui exposto, entende que persistirá a crítica contra o critério estabelecido pela nova lei. Entende que o critério fixado é demasiadamente rígido, sendo que pessoas dessa faixa etária, dependendo da situação, podem ter consciência e maturidade sexual para praticar o ato. (2011, p. 167)

Posiciona-se claramente no sentido da relativização da vulnerabilidade do art. 217-A, do código Penal. Nas suas palavras:

[...] entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescente (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua "dignidade sexual"). (ESTEFAM, 2011, p. 167)

Nota-se que novamente é citada a faixa etária de 12 anos para a vulnerabilidade, corroborando com o entendimento de Nucci. Ambos, Estefam e Nucci, entendem que deve ser considerada absoluta a vulnerabilidade de crianças de 12 anos, mas posicionam-se, enfaticamente, na relativização da vulnerabilidade dos adolescentes menores de 14 e maiores de 13 anos.

Diante desses conceitos e posicionamentos e, ainda, segundo a tendência jurisprudencial acerca da relativização da vulnerabilidade, vislumbra-se que este entendimento seja o adequado. Aplicando-se integralmente os argumentos da decisão descrita anteriormente que exaustivamente esgotou o tema.

A relativização, desde a presunção da violência (da antiga redação do crime) até a vulnerabilidade (elementar do novo crime), é a medida justa na qual o direito acompanhará a sociedade na sua evolução. Analisando, assim, os casos em concreto e só penalizando os acusados quando realmente violarem o bem juridicamente tutelado, ou seja, a dignidade sexual dessas pessoas.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar, minuciosamente, o crime de estupro de vulnerável – pessoas menores de 14 anos. Investigando e explorando a evolução do referido crime na sociedade, os princípios que guarnecem os direitos desses seres especiais e, ainda, a jurisprudência acerca do tema. Deu-se destaque especial à decisão dos embargos de divergência no Resp. 1.021.634/SP, que relativizou a presunção de violência constante no já revogado art. 224, 'a', do Código Penal.

O cerne da discussão está na relativização da presunção de violência referida e sua extensão à nova redação do crime, dada pela Lei nº 12.015/09. A decisão julgou por relativizar a presunção de violência (da antiga redação) e unificou a jurisprudência nesse sentido, causando grande repercussão.

Temos que observar que, a respeito da vulnerabilidade, ou não, das pessoas menores de 14 anos, sempre surgirão casos especiais, em que estas pessoas, talvez, não se encaixem no conceito de vulnerabilidade pretendido pelo legislador. A sociedade evolui e assim também deve evoluir o direito. Estabelecer um critério extremamente rígido, como este da vulnerabilidade, é não respeitar essa evolução.

Fazendo uma interpretação teleológica do crime, analisando o que realmente o legislador quis proteger com a redação do artigo, é possível definir que o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual do menor, que não tem capacidade de discernimento para a prática de tal ato.

Neste ponto, onde realmente pode ocorrer a violência ou ameaça, ou até mesmo a verificação de que a vítima não tinha capacidade ou maturidade para consentir com o ato, o crime ficaria, neste ponto, sem discussões, consumado. O que não podemos é fechar os olhos para a evolução da sociedade pois percebe-se que pessoas menores de 14 anos, atualmente, possuem irrestrito acesso à informação e têm consciência do que é o ato sexual sendo que, muitos, já tem vida sexual ativa antes de completar 14 anos.

Por fim, é importante e justa a análise minuciosa de cada caso, podendo ser desconsiderado o crime quando verificar-se que o bem tutelado, no

caso, a dignidade sexual que quer se preservar, há muito já deixou de ser preservada pela vontade da própria “vítima”.

Sendo assim, a relativização da vulnerabilidade é a medida mais justa a ser aplicada nos dias atuais, como já nos trouxe a decisão do EResp nº 1.021.634/SP.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à história do direito.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA, Cecília Pinheiro. **Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_art_igos_leitura&artigo_id=12452&revista_caderno=12>. Acesso em mar 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4: Parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 6 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança,** 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 27/03/2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 25/05/2013.

_____. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 25/05/2013.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 25/05/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 73662, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=366017>> .Acesso em: 26/04/2013. 'a'.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1184236/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000433081&dt_publicacao=17/12/2010>. Acesso em: 26/04/2013. 'b'.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 542.324/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2005, DJe 14/04/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301021365&dt_publicacao=14/04/2008>. Acesso em: 26/04/2013. 'c'.

_____. Superior Tribunal Justiça. Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=46424&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 26/04/2013. 'd'.

_____. Superior Tribunal Justiça. Decisão de Embargos de divergência em Recurso Especial 688.211/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, 3ª Seção, julgado em 8-10-2008, DJe de 17-11-2008, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=688211&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 26/04/2013. 'e'.

_____. Superior tribunal de Justiça. EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16001903&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 03/05/2013. 'f'.

_____. Superior Tribunal Justiça. Decisão em Recurso Especial 1021634/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 04/10/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1021634&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>>. Acesso em: 06/05/2013. 'g'.

_____. Superior Tribunal Justiça. Decisão em HC 88664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 08/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=88664&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#>>. Acesso em: 17/05/2013. 'h'.

_____. Superior tribunal de Justiça. EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17414557&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=3&formato=PDF>. Acesso em 17/05/2013. 'i'.

_____. Superior tribunal de Justiça. EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16001903&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 03/05/2013. 'j'.

_____. Superior tribunal de Justiça. EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16001903&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 03/05/2013. 'l'.

_____. Superior tribunal de Justiça. EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16001903&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 03/05/2013. 'l'.

[Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16001903&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/AbreDocumento.asp?sLink=ATC&sSeq=16001903&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 03/05/2013. 'm'

_____. Superior tribunal de Justiça. EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/AbreDocumento.asp?sLink=ATC&sSeq=16001903&sReg=201100993132&sData=20120323&sTipo=91&formato=PDF>>. Acesso em: 03/05/2013. 'n'.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 243.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; **Estupro: violência presumida**, in Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLIV, nº 228, outubro de 1996.

CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e Adolescente**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1997.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 57.

COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: Parte Especial**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CURY, M.; SILVA, A. F. do A. e.; MENDEZ, E. G. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais**. Ed. Malheiros. São Paulo, 2010.

CURY; Garrido; Marçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 01/03/2013.

_____. **Direito da Criança e Adolescente**. Criciúma, SC:UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes; Porto, Rosane Teresinha carvalho. **Justiça Restaurativa e Políticas Públicas: uma análise a partir da teoria da proteção integral**. Curitiba: Multideia, 2010.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. **A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMBINE, Cláudio. **Civilizações Orientais Antigas**. Disponível em: <http://prof.claudiogambine.sites.uol.com.br/index_arquivos/HA.htm> Acesso em: 30 agosto 2012.

GIORDANI, Mario Curtis. **História do Direito Penal Entre os Povos Antigos do Oriente Próximo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Ellen Prata. **O princípio da dignidade da pessoa humana e suas peculiaridades**. Revista oab legal, 2012. Disponível em: <<http://www.oabsergipe.com.br/528/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-suas-peculiaridades.html>> Acesso em: 12/03/2013.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 136.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MULLER, Crisna Maria. **Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619&revista_caderno=12>. Acesso em mar 2013.

NIGRO, Raquel. Disponível em: <<http://era.org.br/2012/03/deciso-es-polemicas-do-stj-causam-indignacao/>> Acesso em: 24/10/2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: Evolução Histórica**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTINHO, João Pedro de carvalho. **História, Direito e violência: do estupro e atentado violento ao pudor - Aspectos gerais**. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&ID=10>> Acesso em: 10 de setembro de 2012.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588>. Acesso em 06 mar 2013.