

APONTAMENTOS ACERCA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS: UM OLHAR SOB O ENFOQUE DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Victor da Costa Reis¹

Luís Eduardo Marinho Costa²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tipo penal do estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, inserido no Capítulo II (Dos crimes sexuais contra vulnerável), por força da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. Nesse sentido, faz um exame da importância e missão do Direito Penal Contemporâneo, com vistas a assegurar uma interpretação constitucional do direito penal em geral, e dos seus institutos e crimes, em particular. Assentadas as bases constitucionais do Direito penal, calcadas, sobretudo, nos princípios da legalidade e da intervenção mínima, parte-se para a análise do tipo penal acima referenciado. Como é sabido, o Direito é uma ciência social dinâmica, cujos meandros necessitam acompanhar a evolução da sociedade. Bem por isso, embora o código penal date da década de 40, ao longo dos tempos, inúmeros (e necessários) tipos penais foram criados, como forma de penalizar condutas consideradas lesivas, no afã de proteger bens jurídicos relevantes à sociedade. A tipificação do estupro de vulnerável (art. 217-A, Código Penal) harmoniza-se com essa proposta, pois parte da premissa de que a liberdade, dignidade e desenvolvimento sexual dos menores de 14 anos merece tanto o resguardo do ordenamento jurídico a ponto de serem tutelados sob o manto de proteção do Direito Penal. Nesse desiderato, examina-se a novel decisão do STJ (3ª Seção) que relativizou a presunção de violência de estupro praticado contra crianças de 12 anos, sob o pretexto de que as garotas vitimadas já se prostituíam. Por reconhecer como equivocada tal decisão judicial, o presente trabalho caminha no sentido de sugerir um novo olhar para o enlace da questão, até porque a manutenção de uma interpretação relativizadora, no caso concreto, macula a *ratio essendi* da norma que criou o tipo penal, dismantela as estruturas de um direito penal mínimo e prejudica, com força de machado, a solidez e vergadura do nosso Estado Democrático Constitucional.

Palavras-chave: Direito Penal Constitucional. Intervenção Mínima. Estupro de vulnerável. Relativização da presunção de violência pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

ABSTRACT

1 Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: vicreis7@hotmail.com.

2 Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI - RN E-mail: luluca@supercabo.com.br

The present work aims to analyze the type of criminal rape of vulnerable, provided for in art. 217 of the Penal Code, inserted in Chapter II (Of the sexual offenses against vulnerable), pursuant to Law 12015 of 07 August 2009. In this sense, is an examination of the importance and mission of Contemporary Criminal Law, in order to ensure a constitutional interpretation of criminal law in general and its bodies and crime in particular. Settled the constitutional basis of the criminal law, sidewalks, especially on the principles of legality and of minimum intervention, it starts to analyze the above-referenced criminal offense. As is known, the law is a dynamic social science, whose intricacies need to follow the evolution of society. Well why, although the penal code date of the 40s, over time, many (and necessary) criminal types were created as a way of penalizing conduct deemed detrimental, in the zeal to protect legal interests relevant to society. The Rape of vulnerable (Section 217-A, Criminal Code) fits with this proposal because the premise that freedom, dignity and sexual development of children under 14 years deserves much of the shield law to the point to be protected under the mantle of the Criminal Law. In this goal, it examines the novel decision from the Supreme Court (3rd Section) relativized to the presumption of rape violence against children 12 years under the pretext that these girls have prostituted themselves. Recognizing this as a mistaken judicial decision, this study suggests moves towards a new look to link the issue, because the maintenance of a relativistic interpretation in this case, the ratio essendi macula of the rule that created the criminal offense, dismantle the structures of criminal law and undermines minimum, the force of the ax, the solidity and extension of our Democratic Constitutional State.

Keywords: Constitutional Criminal Law. Minimal Intervention. Rape vulnerable. Relativization of the presumption of violence by the Superior Court of Justice (STJ).

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do direito penal é proteger os bens mais caros e necessários ao indivíduo e à sobrevivência em sociedade.³ Assim, compete ao legislador ordinário selecionar e tipificar aquelas condutas que, sob ameaça de sanção, serão resguardadas pelo direito penal. Todavia, se por um lado, os bens jurídicos relevantes merecem a chancela do direito penal, de outra banda, nem tudo necessita ser protegido por esse ramo do Direito. É que o direito penal, juntamente com o direito processual penal (que juntos compõem aquilo que se convencionou denominar Direito Criminal) são searas jurídicas bastante estigmatizantes àqueles que nela se envolvem.

Deste modo, em que pese a importância e a efetividade do direito criminal, qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático impescinde reconhecer a lesividade desta

³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009, p. 4.

seara jurídica, de um modo tal que apenas e tão somente convocar-se-á o Direito criminal para resguardar um dado bem quando todos os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes para tanto. Eis a essência do princípio da intervenção mínima.

Por outro lado, ao longo dos tempos, a sociedade muda, alterando sua nuance, modificando seus valores e incrementando suas exigências. O Direito, como autêntica ciência social, necessita acompanhar tais variações, sob pena de se perder no tempo, gerando com isso uma anarquia normativa, cujos prejuízos não tardariam a ser lastimados por toda a sociedade. Em matéria de direito penal, essas alterações necessitam ser legalizadas sob a forma de tipos penais, caso contrário, alguém que pratica uma conduta, por mais deletéria e amoral que ela possa parecer, não poderá ser por ela responsabilizado, pois ali faltará a tipicidade, primeiro substrato do crime.⁴

Dessa forma, envolto na necessidade de adequação social e adstrito aos limites impostos pela intervenção mínima, caberá ao legislador ordinário selecionar os bens jurídicos que julgue mais relevantes à sociedade, embalando-os em tipos penais, cujo descumprimento redundará nas sanções penalmente impostas. Em um só instante, se reconhece que o Direito penal necessita evoluir para fornecer à sociedade as repostas e a segurança jurídica reclamadas pelo seu povo, em cada momento histórico; por outro lado, parte-se da premissa de que nem todos os bens poderão ser alvo do Direito Penal, pois não seria justificável proteger alguns bens jurídicos (ainda que potencialmente relevantes) em detrimento e prejuízo da honra e dignidade humana daqueles que, porventura, se envolvam no cenário do direito criminal. É que, não é demais repetir, o direito penal e também o direito processual penal podem trazer manchas irreparáveis àqueles que nele trafegam. Algumas delas maculam, denigrem e estigmatizam, com tintas indeléveis, a história de quase todos que caem seus braços.

Bem assim, no intuito de proteger a liberdade, dignidade e desenvolvimento sexual, foi que o legislador ordinário, por intermédio da Lei 12.015/2009 alterou o título do capítulo II do Código Penal, revogando alguns tipos penais e criando outros, com o nítido escopo de

⁴ Embora nosso Código Penal não forneça o conceito de crime, adota-se aqui a postura tripartite no que diz respeito à configuração do delito. Os crimes, de acordo com a doutrina majoritária, são fatos típicos, ilícitos e culpáveis. Nesse sentido se posicionam: Rogério Greco, Luiz Regis Prado, Assis Toledo e Eugenio Raul Zaffaroni.

tutelar a incolumidade sexual dos indivíduos menores de 14 anos. Fez isso por entender que tal bem jurídico é relevante para a sociedade.

Todavia, na contramão desse entendimento decidiu a 3ª Sessão do Superior Tribunal de Justiça que a presunção de violência anteriormente encapsulada no artigo 224 do Código Penal não se estende para as hipóteses em que a vítima, ainda que menor de 14 anos, se prostituía de longos tempos, sob a alegação de que “já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo.”

Por tal razão, sobretudo por possibilitar interpretações prejudiciais e teratológicas, abrindo precedentes perigosos nessa matéria, é que o assunto será aqui examinado, sempre no sentido de procurar alternativas que ao mesmo tempo em que respeita a vontade do legislador ordinário, dignifica o indivíduo (eventualmente vítima no processo penal) e se harmoniza com o viés democrático constitucional de nosso ordenamento jurídico. Até porque, de nada adiantaria a sociedade evoluir, o ordenamento jurídico inovar e as leis serem alteradas, se a postura dos magistrados e a interpretação dada aos institutos jurídicos permanecerem as mesmas. A sociedade, muito mais que leis renovadas, necessita de renovação jurisprudencial, o que só será alcançada quando os órgãos do Judiciário (em qualquer de suas instâncias) entregarem ao seu povo respostas juridicamente embasadas e socialmente coerentes com o momento histórico vivenciado.

2. DO DIREITO PENAL

Dentre uma gama de definições plausíveis podemos dizer que se trata o Direito Penal do ramo de Direito Público dedicado às normas emanadas pelo Poder Legislativo para reprimir os delitos, cominando penas afim de preservar a sociedade por ele regida.

De acordo com Fernando Capez, o Direito Penal é (CAPEZ: 2010, p. 19):

é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

Neste ensejo, aplica-se a idéia da ciência penal, esta que, por sua vez, busca explicar a razão, essência e o alcance das normas jurídicas, assim como adequar os dispositivos legais aos princípios constitucionais utilizados nesta seara, compatibilizando-os em cada caso concreto.

Por se tratar de uma ciência, seria esta passível de determinação de seus objetos, ou seja, a o que ou quem se dirige determinado regramento. No caso do Direito Penal encontramos a figura do homem, visto que este seria o único agente capaz de executar ações com consciência do fim a ser atingido, limitando o alcance da normatividade jurídico-penal às suas atividades finais.

Apresentado o objeto, buscamos a finalidade do mesmo, qual o fim a ser alcançado sob a chancela do Direito Criminal, o escopo de sua utilização prática, notadamente, tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não poderem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito.⁵ O Direito penal, de todos os ramos do Direito, é aquele dotado de maior força, cujos efeitos, em virtude de sua potência nata, atinge diretamente o bem mais importante do ser humano depois da vida, qual seja, a liberdade.

Dessa forma, estabelecemos os bens jurídicos a serem levados em conta no tocante da tutela estatal, utilizando-se como fonte primária a Constituição Federal que concretizou o pensamento legislativo ao agrupar vasta diversidade de bens, propondo-se a assegurar a manutenção de determinados valores específicos e necessários para o convívio harmônico em sociedade, evitando possibilidades de ataque e lesão efetiva dos mesmos, sendo defeso ao próprio legislador a imposição ou proibição de direito já assegurados ou ainda, vetar ou dirimir direito intrínseco do cidadão.

Nesse sentido são as lições de André Copetti, quando assevera: “É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral.. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009, p. 4.

se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade”.⁶

Em que pese discorrer sobre Direito Penal devemos fazer menção as figuras do Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo. No que diz respeito ao primeiro, podemos classificar como o conjunto de normas editadas pelo Estado que impõem ou proíbem determinadas condutas e, caso necessário, aplicam sanções ou medidas de segurança; o Estado envolto do princípio da legalidade pode ditar as normas de conduta, estas que ganham vida no corpo da legislação pátria, por sua vez, o Subjetivo diz respeito da possibilidade do Estado criar e fazer cumprir suas normas, caracterizando-se a figura do *ius puniendi*.

Ainda referente a esta última figura, podemos dizer que se trata do dever-poder do Estado que visa obter um decreto condenatório, tal qualidade é intransferível, ou seja, apenas este Ente poderá executar a sentença condenatória, uma vez que ao cidadão é vedada a vingança pessoal dada a evolução do pensamento jurídico à luz das transformações sociais no decorrer das décadas.

Em suma, o Direito Penal Contemporâneo assume as características da sociedade por ele regida, buscando sempre mudar para se adequar aos novos tempos, visando alcançar os anseios e necessidades existentes na mesma.⁶

O juiz das garantias assume, portanto, um relevante papel a desempenhar na dinâmica do processo penal contemporâneo, uma vez que o Poder Judiciário atual exerce um mister basilar na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, assumindo um novo e legítimo encargo: o de transformar positivamente a realidade social.⁷ O juiz, portanto, é garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do indiciado ou do réu no processo penal⁸ e a inserção das garantias constitucionais desde logo nas investigações criminais

⁶ COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.; p. 137-138

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual, p.568.

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008, p. 113.

constitui um verdadeiro passo adiante na construção de um processo penal garantidor, de modo a preconizar uma nova postura ética do Estado.⁹

3. DOS PRINCÍPIOS

Ao discorrer sobre os mais variados temas da seara jurídica, o indivíduo ocasionalmente se deparará numa questão em que necessariamente terá de fazer uso de um ou mais princípios, são usualmente aplicáveis dados o seu condão genérico, abarcando uma infinidade de situações e servindo como guia para o raciocínio de determinada questão, são os pilares do ordenamento jurídico que condicionam e orientam a compreensão do mesmo em sua aplicação ou integração, e ainda, na elaboração de novas normas.

De acordo com Robert Alexy¹⁰ os princípios são mandamentos de otimização que devem ser observados no maior grau possível dentro de um quadro de condições fáticas e jurídicas possíveis. Em nosso ordenamento jurídico, a maior parte desses princípios está encapsulada em normas que disciplinam direitos fundamentais, os quais podem ser definidos, de acordo com o professor Leonardo Martins¹¹ como sendo direitos públicos subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas que tem por objetivo limitar o poder estatal em face das liberdades individuais, encerrando um caráter supremo no Estado Democrático de Direito.

Justamente por isso qualquer democracia necessita conceder aos indivíduos por ela protegidos um mínimo de direitos necessários a uma vida digna. Parte desses direitos está contida em normas jurídicas e outra parcela é protegida por princípios, alguns de alçada constitucional, com o nítido condão de colmatar lacunas e orientar o legislador na busca do melhor caminho a seguir. Nesse sentido, a Constituição de 88, que inaugurou um novo cenário democrático na realidade brasileira, previu diversos princípios, alguns relacionados ao Direito Penal, sobre os quais teceremos breves comentários.

⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 94.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

¹¹ MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

3.1 – INTERVENÇÃO MÍNIMA

No caso do Direito Penal em particular, temos a figura da Intervenção Mínima que alerta que o Direito Penal apenas deve ocupar-se da tutela dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade e, apenas deve fazê-lo quando os demais ramos do Direito se revelarem incapazes de tal tarefa [representado aqui um dos aspectos relevantes deste princípio: a subsidiariedade], sendo este um princípio limitador do poder punitivo do Estado, conforme preleciona Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 59-60):

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

Demonstrada a sua característica, temos que este princípio indicará os bens que merecem atenção especial por parte do Estado, incumbindo o poder punitivo nos casos das agressões mais intoleráveis, para aquilo que efetivamente perturba o convívio social [por estas palavras temos o outro aspecto relevante: a fragmentariedade], dessa forma, cabe apregoar acerca do sinônimo do aludido princípio, qual seja, *ultima ratio*, símbolo da forma de atuação deste poder estatal.

Na contramão desse entendimento, há quem sustente que o Direito Penal deverá ser a *prima* ou *solo ratio*, contudo tais lições não merecem prosperar, visto que em tempos democráticos a doutrina penal que mais se harmoniza com o viés garantista assumido pelas democracias caminha no sentido de equilibrar a existência do Direito Penal com a mínima interferência possível: eis a essência do princípio da Intervenção Mínima, que configura a espinha dorsal do ordenamento jurídico penal contemporâneo brasileiro e é teoria penal que melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito.

Não é demais dizer, esse Estado Democrático necessita livrar-se dos grilhões de seu passado constitucional, assumindo (o que já deveria ter feito) o papel de remodelar substancialmente nossa realidade. Não é por outro motivo que Maria Luiza Schäfer Streck. sustenta que tal Estado tem um conteúdo transformador das relações sociais e já não pode se limitar a uma simples melhoria nas adaptações das condições de existência, impondo-se a ele

um conteúdo de transformação da realidade, pois, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o objetivo é a igualdade, operada por meio da transformação do *status quo*.¹²

Como é sabido, a sociedade brasileira não gozou das benesses de um Estado Social verídico, porque tal Estado não foi implantado entre nós, pelo menos não da forma enfática e longa que se verificou no continente europeu a partir do primeiro quartel do século XX. Pois bem. Ao dizermos que o Estado Social no Brasil representou um simulacro, corremos o perigo de afirmarmos o mesmo para o Estado Democrático Constitucional recém inaugurado.

Se a vontade da Constituição não for respeitada, a ponto de ensejar as mudanças sistemáticas que necessitam ser operadas, nosso ordenamento jurídico corre o sério risco de ter como marca um Estado Democrático alijado em sua própria essência. Mais uma tentativa fracassada a se somar no brevíssimo e já degradado histórico constitucional democrático brasileiro. É um fechar de olhos para o fato de que a Constituição de 1988 pretendeu não apenas proclamar direitos mas, sobretudo, concretizá-los,¹³ pois o desejo do constituinte é de que toda interpretação constitucional seja uma atividade voltada para a busca da efetividade da Constituição.¹⁴

Nesse sentido, um Direito Penal de bases constitucionais necessita do respaldo e legitimidade democrática conferida pelo princípio da intervenção mínima. Em outras palavras, o supracitado ramo do Direito exige dois fundamentos de validade: um de natureza jurídica e outro de índole democrática e garantista. O fundamento de validade jurídica é atestado pela Própria Constituição que, sobrepondo-se a quaisquer espécies normativas, tem-se que o texto constitucional é fundamento de validade de todas as normas jurídicas. Como

¹² STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

¹³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 70.

¹⁴ Nesse sentido, Eros Roberto Grau destaca que, diante dos casos concretos, não se busca a verdade dos fatos, e sim a percepção dada pelo intérprete. Interpretar é dar concretude, é concretizar o direito, vê-se que o ato de interpretar vai do geral (de uma premissa maior), para o singular (premissa menor), sempre na busca de conclusões. A atividade hermenêutica significa escolher uma dentre várias interpretações possíveis; de que a escolha seja a mais adequada. A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto e essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Com isso, ele sustenta a ideia de que o direito não se produz exclusivamente a partir do processo legislativo, todavia, nasce inarredavelmente da atividade interpretativa, operante, isto é, do labor analítico (tópico-problemático) do aplicador do direito, quando analisa o caso concreto, compreende o sentido da norma legal, e aplica ao caso concreto, oferecendo uma solução. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação e Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.)

bem destaca Ferrajoli, já vai longe o tempo dos paradigmas positivistas, tanto que a sujeição do juiz à lei já não significa sujeição à letra da lei¹⁵. Ou seja, muito mais importante que o embrulho que envolve a espécie normativa, o conteúdo ali presente necessita amoldar-se aos ditames constitucionais.

De fato, vivemos em uma época em que a força da lei é mitigada pelo poder da toga; tempos de preponderância do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo. Tal axioma possui uma razão óbvia e até mesmo institucional: nos casos de omissão, negligência ou deficiência da prestação legislativa, as lides daí decorrentes podem ser postas sob os cuidados do Poder Judiciário, que não pode furtar-se do encargo de, analisando o caso concreto, posicionar-se conclusivamente sobre uma dada matéria.

Ou seja, sempre que o Poder Judiciário atua, o faz porque foi convidado a se manifestar (em virtude do princípio da inércia jurisdicional), sendo obrigado a deliberar acerca de todas as questões que forem postas ao seu crivo, por força da inafastabilidade judicial prevista no art. 5º XLV. No cumprimento de tal mister, os membros do Poder Judiciário (seja na primeira instância, na segunda ou nos Tribunais Superiores) necessitam sempre atuarem com os olhos voltados para a realidade social, no afã de prestar uma atividade jurisdicional com a melhor performance possível. Mas não poderá, sob hipótese alguma, desconsiderar o valioso papel desempenhado pelo Poder Legislativo, fechando os olhos aos avanços por ele trazidos ao longo dos anos. sobre o assunto, Garcia Amado quando examina o papel dos juízes no neoconstitucionalismo, critica a excessiva liberdade judicante quando arremata¹⁶:

muitas das teses do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo dos direitos resultam extremamente funcionais para uma jurisprudência muito propensa ao abuso, à demagogia e à política mais descarada, e a uma casta professoral ansiosa por legislar sem passar pelas urnas e muito dada a mágicas que transformam posições pessoais em postulados pseudocientíficos, como tão perspicazmente viu Kelsen, sempre tão difamado por seus colegas mais ambiciosos.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000, p. 68.

¹⁶ AMADO, García. Derechos y pretextos. Elementos de crítica Del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta Editor, 2007, p.237

Dada a presente explicação, este trabalho visa confrontar a mácula causada a este princípio com a decisão pronunciada pelo STJ, que decidiu afastar a presunção de violência presente no crime de estupro de vulneráveis em razão de não encontrar figurado no caso a violação do bem jurídico tutelado pelo Estado. Nossa indignação com tal posicionamento reside no fato de o Direito Penal ser mínimo e do bem jurídico em questão já se encontrar protegido pelo legislador; realizada a ponderação legislativa e uma vez alcançado um referido bem pela zona de proteção da norma jurídica, cessa-se a possibilidade de o Poder Judiciário desconsiderar tal tutela.

3.2 – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é fruto do Estado de Direito e surgiu para debelar o autoritarismo absolutista, na tentativa de retirar das mãos do governante (o déspota, monarca que reinava absoluto) o poder pleno e ilimitado. Além disso, teve o nítido intuito de proteger os cidadãos que, libertando-se dos infortúnios e surpresas que podiam chegar com o raiar do novo dia, passaram a gozar da garantia de que nada lhes seria cobrado, exceto aquilo fixado em lei.

Cumprir mencionar que para se alcançar um ordenamento jurídico inspirado na justiça e racionalidade, exigimos a presença de um princípio garantidor de segurança jurídica e liberdade, sendo este atemporal, estaria apto a ser mencionado, utilizado como referência ou mesmo guia para suprir lacunas, solver querelas e acima de tudo, base para estruturar o pensamento jurídico hodierno.

Assim preleciona Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1994, p. 112):

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Este princípio encontra-se insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que diz: *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação*

legal, cuja redação representa a ideia de anterioridade da lei, presente já art; 1º do Código Penal, sendo considerado o mais importante dentre os princípios, pois garante seguramente que para falar na existência de crime tem este que ser amparado por lei que o define como tal.

A lei é a única fonte do Direito que pode coibir ou impor determinadas condutas sob a ameaça de sanção, seguindo este raciocínio pode-se dizer que no universo das ações ou omissões que não forem terminantemente proibidas serão estas lícitas sob a ótica do Direito Penal. Aqui vigora a máxima popular: tudo que não é proibido é permitido, de modo que uma determinada conduta, por mais odiosa que seja e amoralmente inaceitável, se não houver previsão legal enquadrando-a em um tipo penal específico.

Com relação às suas características, este princípio possui quatro funções de destaque: proibir a retroatividade da lei penal (em adendo a esta função temos que a lei retroagirá se for para beneficiar o réu), proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e, por último, proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Desse modo, não pode o Poder Judiciário arranhar a força de tal princípio, no intuito de conferir interpretações não autorizada e, em última análise, *contra legem*. De fato, no Estado Democrático de Direito, a lei, como espécie normativa infraconstitucional, perde sua primazia, sendo ofuscada pela força da Constituição e, agora, pelo ativismo judicial visto às largas. Todavia, em que pese o arrefecimento do vigor da Lei, sua missão de conduzir a sociedade, regulando fatos que a Constituição não alcança, permanece incólume. Por essa razão, Gilmar Mendes esclarece (MENDES, Gilmar. *et al*, 2009, p. 181):

Embora ultrapassada em sua antiga visão como instrumento de autogoverno popular, juristas-filósofos do porte de Zagrebelsky -a quem se deve um dos mais judiciosos balanços sobre a crise da legalidade no mundo contemporâneo - pensadores dessa envergadura observam que, mesmo assim, a Lei não perdeu a sua importância como expressão dos direitos democráticos, razão por que deve ser reconhecida como um valor em si mesmo, independentemente dos seus conteúdos e dos vínculos de derivação que mantém com os preceitos constitucionais. (...) Mais não se precisa dizer para realçar a importância do princípio da legalidade nas sociedades democráticas.

Quanto ao caso em questão, foco principal deste trabalho, utilizamos raciocínio semelhante ao disposto quando da menção do princípio da intervenção mínima, quando criticamos a postura tomada na referida decisão uma vez que tratado o estupro de vulneráveis

como parte da lei 12.015/2009, ou seja, já formalizado na norma, não há que se sustentar posição contrária, pactuando com o agente na sua conduta contrária a lei. Desse modo, como adiante se verá, no instante em que a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça negou a proteção penal a determinadas vítimas, sob a alegação que já se prostituíam, findou exarando uma decisão *contra legem* ferindo o referido princípio da legalidade.

4. DA LEI 12.015/2009

Datada de sete de agosto de 2009, este dispositivo normativo foi criado com o objetivo de alterar o Título IV da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Assim dispõe a nova redação:

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

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

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

§ 2º (vetado)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.0

No que diz respeito ao tema tratado veio esta lei para criar o tipo penal do estupro de vulnerável, em substituição ao art. 224 do Código Penal que tratava da presunção de violência, tornando esta absoluta, em tese, e não mais relativa, no tocante aos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos; um novo capítulo então fora criado para zelar por essas vítimas de modo especial.

Inicialmente, a mudança alterou o sistema de imputação típica em seu inteiro teor, para os casos que antes abrangiam a presunção de violência. Na redação anterior a ocorrência do estupro dependia da combinação do art. 213 com o art. 224, ambos do Código Penal, culminando no estupro com violência presumida. Nessas hipóteses, ainda que a vítima com idade igual ou inferior a 14 anos fosse objeto de estupro mediante violência ou grave ameaça seria aplicável o art.224, sendo considerada a hipótese de violência real e não apenas de presunção, sem nenhuma diferença existente no aspecto da sanção.

Dessa forma, elimina-se o dissídio existente a respeito da presunção ser absoluta ou relativa. As hipóteses de presunção passam a figurar no novo tipo penal sem a possibilidade de discussão acerca do consentimento, consciência acerca do fato e da própria experiência sexual da vítima e para os agentes que cometem estes delitos sexuais são imputadas as sanções de maior gravame, tendo em vista a situação de maior fragilidade do sujeito passivo frente à ação delinquente.

Ainda neste contexto, vale transcrever parcialmente a exposição de motivos da Lei 12.105/09 (apud GRECO, 2009, p. 614):

O art. 217-A que tipifica o estupro de vulneráveis, substituiu o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Observada a passagem acima fica perceptível a intenção do legislador em proteger, sobretudo, os menores de 14 anos, através deste critério objetivo e absoluto, ainda que a criança ou adolescente mantivesse um estilo de vida desregrado, na maioria das vezes proveniente do ambiente em que se encontra. Isto é, o legislador não deu margens para discussões subjetivas, de modo que o julgador não poderia, com fulcro nos atos sexuais e anteriores da vítima, não poderia negar-lhe a proteção que a própria lei lhes conferiu, até porque, sabemos, nesta idade a personalidade do indivíduo ainda se encontra em formação e o modo como enxerga a vida ainda será moldado com o tempo e consolidado com a chegada da maturidade.

5 – DA DECISÃO DO STJ

A decisão supracitada proferida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça foi noticiada e logo provocou polêmica pela forma em que foi julgado o caso. Em síntese, entenderam os julgadores que a presunção de violência no crime de estupro é relativa e que pode sim ser afastada no caso concreto, para melhor visualização, trazemos a seguir fragmento da notícia que divulgou o ocorrido:

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime. Dizia o dispositivo vigente à época dos fatos que “presume-se a violência se a vítima não é maior de catorze anos”. No caso analisado, o réu era acusado de ter praticado estupro contra três menores, todas de 12 anos. Mas tanto o magistrado quanto o tribunal local o inocentaram, porque as garotas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”. Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a própria mãe de uma das supostas vítimas afirmara em juízo que a filha “enforcava” aulas e ficava na praça com as demais para fazer programas com homens em troca de dinheiro. “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 foi denunciado”, afirmou o acórdão do TJSP, que manteve a sentença absolutória.

Ainda neste afã, no tocante a relatividade da presunção estabelecida por maioria dos ministros, continua a matéria:

Para a relatora, apesar de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. “Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado”, afirmou. “O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais

encontradas em um país de dimensões continentais”, completou.¹⁷

“Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”, concluiu a relatora.⁹

Com efeito, concordamos com a ministra relatora quando esta brilhantemente elucida que o Direito não é estático, devendo amoldar-se aos casos práticos e às mudanças da sociedade por ele regida. Verdadeiramente, trata-se de uma ciência social e, portanto, dinâmica, mas ainda que essa forte característica predominantemente contemporânea venha a acompanhar o Direito, não cumpre olvidar ou muito menos utilizar-se de tal preceito como justificativa para desproteger determinada parcela da sociedade.

Podemos dizer que com a referida decisão foi aberto espaço para uma série de discussões acerca de sua repercussão, a exemplo do caso em comento, as vítimas do estupro que, por se tratarem, através de critério objetivo, qual seja a idade, de indivíduos absolutamente incapazes, não sendo passíveis da prática de atos da vida civil, são também vulneráveis como apregoa a lei 12.015/2009. Ainda assim, não foram agraciadas com a proteção estatal, quando esta se fez necessária, quando foram vítimas de estupro, logo, a tutela do bem jurídico garantido a elas pela Constituição Federal de 88, assim como a própria tutela penal para resguardar-lhes suas características ínsitas de Direito, lhes foi negada.

Destarte, podemos considerar este acontecimento de grande repercussão como precursor e gerador de uma problemática social: estaria aqui o Estado, através do Judiciário, instigando este tipo de conduta, ou ainda, vedando os olhos para o crescente aumento na prostituição infantil? O STJ deixa de considerar que faz parte da nova redação do Título VI do Código Penal a tutela dos bens juridicamente protegidos pelo art. 217-A, tanto a liberdade quanto a dignidade social, bem como o próprio desenvolvimento sexual, como ensina Rogério Greco (GRECO, 2009, p. 214):

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano,

¹⁷ STJ, Decisão, **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175> . Acesso em: 26 de abril. 2012.

presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também para o seu desenvolvimento sexual.

Temos que atentar para o fato de que o referido julgado abre um precedente perigoso e indesejável ao ordenamento jurídico brasileiro, pois discrimina as vítimas com base na sua idade e gênero, chega a ser algo impensável – até o aparecimento da referida decisão - que os atos da vida sexual de uma criança ou adolescente pudessem vir a gerar consequência deste calibre, como a renegação dos seus direitos. No entendimento da relatora, as vítimas não teriam mais a proteção do ordenamento jurídico, visto que a prática sexual recorrente, ou a ausência de virgindade mesmo, retirariam delas o estigma de "vulneráveis".

Ora, a Lei 12.015/09, no instante em que resguardou a liberdade e desenvolvimento sexual o fez para os menores de 14 anos e demais indivíduos que, nas circunstâncias ali estabelecidas, não possuam tais bens (liberdade e desenvolvimento sexual) em sua plenitude. Em outras palavras, quando o legislador engendrou a referida norma, estabeleceu um critério objetivo para a determinação do sujeito passivo, a quem denominou vulnerável. Não fez distinção alguma: se jovem *expert*, se libidinoso contumaz, se precocemente desvirginado ou vítima antecipada da prostituição infantil. Não. Através do critério adotado (etário, frise-se), as circunstâncias subjetivas pouco importam para atestar a vulnerabilidade do sujeito passivo: sendo menor de 14 anos, deverá ser considerado vulnerável.

Ademais, ainda que a vítima, menor de 14 anos, esteja comercializando seu próprio corpo, a população em geral tem conhecimento de que praticar algum tipo de ato libidinoso com a mesma, incluindo a figura da conjunção carnal simultaneamente aplicada, trata-se de uma conduta ilícita e reprovável, pela qual o agente deveria ser condenado pela prática do delito.

Como sabemos o Direito possui como um de seus corolários a coerência, posto que seus institutos tem que estar harmonizados para melhor compreensão de sua disposição e orientação acerca dos mais variados temas da vida em sociedade. Examinando o Código Penal podemos notar alguns delitos ligados à prostituição (rufianismo, corrupção de menores, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável), de modo que a conduta de prostituir-se, em si não configura delito algum.

Isto é, a prostituição embora seja uma postura moralmente reprimida pela sociedade não é juridicamente proibida, de forma que o mesmo ordenamento jurídico que não proíbe (e aceita) uma dada conduta não poderia prejudicar determinados indivíduos por praticá-la. É isto que se vislumbra no caso concreto. As vítimas, embora menores de 14 anos (e enquadradas objetivamente na zona de proteção estabelecida e desejada pelo legislador), findaram sendo prejudicadas, quando da decisão judicial, pelo simples fato de serem prostitutas.

Em outras palavras, o objetivo da lei 12.105/2009, ao enxertar no ordenamento jurídico o delito de estupro de vulneráveis, foi o de proteger aqueles indivíduos cujo grau de amadurecimento e desenvolvimento ainda não foi atingido ou tenha se perdido por uma determinada enfermidade. Desse modo, desconstituir a vulnerabilidade de alguns indivíduos em virtude de determinadas práticas por ele cometidas seria o mesmo que caminhar no sentido oposto ao idealizado pelo legislador. Outrossim, ao se negar a dita vulnerabilidade e possibilitar o não preenchimento dos elementos do tipo penal aqui analisado, poder-se-ia cometer um grave equívoco, isentando de culpabilidade eventuais delinquentes e marginalizando do sistema inúmeras crianças e adolescentes que, pelas razões mais diversas e até mesmo sem querer, caem no lamaçal da prostituição.

Não é demais dizer que o Brasil é um país subdesenvolvido e por assim ser algumas das áreas de atuação estatal não chegam nem perto do satisfatório quando notamos, por exemplo, o déficit do sistema educacional, resultado da desatenção governamental com relação aos investimentos educacionais, com quase 10% de sua população ainda analfabeta, refletindo por sua vez na desestruturação das famílias, defasando-as por não encontrar oportunidade palpáveis em busca de uma melhoria na qualidade de vida. Somado ao dinheiro fácil proporcionado pela prostituição, tudo isso conduz algumas pessoas a busca por meios alternativos e informais de sustento, como o tráfico de drogas e a prostituição, sendo ela por parte de adultos ou de menores, muitas vezes alçados a essa condição para angariar trocados para si ou sua família e, de fato, sobreviver num país desigual.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito é garantidor dos princípios formalizados na Constituição Federal, o poder Judiciário, por sua vez é o meio que se incube de aplicar as leis de forma adequada à garantir o convívio harmônico da sociedade, bem como tutelar pelos bem jurídicos mais preciosos da mesma. Resguardar esses bens significa envolvê-los sob um manto protetor nos casos em que o é exigido, respeitando os ditames legais e, no caso do Direito Penal, conferindo sanções aqueles que descumpriram algum desses regramentos.

No caso já vergastado por este trabalho, vimos a figura de indivíduos que sofreram com ações e omissões referentes a uma mesma situação, esta que partiu de duas frentes, a primeira delas pelo agente do crime ora em comento e a segunda pelo abandono protagonizado pelo Estado quando da decisão que não verificou ferimento ao bem jurídico da liberdade sexual.

Por esta razão, nos posicionamos contra o entendimento jurisprudencial de forma veemente por acreditar que se tratou de erro grosseiro quando deste posicionamento que deixou as vítimas do ocorrido desamparadas, enquanto aquele que delas abusou não recebeu a sanção correta por parte do Estado.

Isto porque a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao desconstituir a vulnerabilidade de determinadas pessoas, tão jovens e já prostitutas, desmorona todo um arcabouço protecionista, garantista e humanitário idealizado pelo Constituinte e também pelo legislador. Pior: desconsidera a realidade de milhares de brasileiros que, para vencer os obstáculos da vida, terminam direcionando seus passos pelos caminhos tortuosos de profissões insalubres e estigmatizadas por quase toda a sociedade. Em outras palavras, deixa de dar o mínimo que o Estado poderia conceder, qual seja, uma prestação jurisdicional efetiva e uma tutela jurídica eficaz.

É mais uma porta que se fecha, desta vez com a indesejável chancela do Poder Judiciário. É uma nova negativa que é dada a essas jovens, a se somar a outros tantos "nãos" já recebidos ao longo da vida. É o contrato social que, mais uma vez, é rasgado a vistas grossas, no claro do dia. Enfim, é o absurdo de presenciar o Estado, novamente, negar o mínimo (para não dizer o pouco) que deveria dar àqueles que nunca receberam nada dele.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002
- BRASIL, **Lei nº 12.015/2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 25 de abril. 2012.
- _____. **Código Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Editora, 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta Editor, 2007.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofia del derecho**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação e Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.
- HULSMAN, Louk. H. C; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Editora Luam, 1997.
- JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen júris, 2008.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

STJ, Decisão, **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. Disponível em
<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175>
. Acesso em: 26 de abril. 2012.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.