



**Ana Beatriz Guimarães Passos**

**ABSOLUTA OU RELATIVA: COMO O STF INTERPRETA A  
PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA**

**Monografia apresentada  
à Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP,  
sob a orientação da  
Professora Carolina  
Cutrupi Ferreira**

**SÃO PAULO  
2012**

**Resumo:** A presente monografia procura identificar o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do caráter da presunção de violência em crimes contra a liberdade sexual praticados em menores de 14 anos de idade (art. 224, *a*, do Código Penal, revogado pela Lei 12.015/2009). Tendo em vista a antiguidade de tal diploma, promulgado em 1940, e as evidentes mudanças comportamentais da população ao longo deste período, procurou-se verificar se houve mudança na interpretação do art. 224, *a* do Código, ou seja, se a Corte passou a relativizá-la diante das circunstâncias do caso, tais como comportamento da vítima, sua aparência física e consentimento com a relação. Foi realizada pesquisa de natureza jurisprudencial mediante busca no *site* oficial do STF, identificando-se 33 acórdãos relacionados ao tema da investigação, julgados entre 1954 e maio de 2012. A leitura do material permitiu a identificação dos argumentos utilizados pelos ministros acerca do caráter da presunção, que foram agrupados em razão de sua similaridade para efeito de análise. Em apenas uma situação, no ano de 1996, a Corte manifestou-se pela relativização da presunção. Em todos os demais julgamentos a presunção foi considerada absoluta, mesmo com frequentes votos dissidentes por parte do ministro Marco Aurélio de Mello. Desse modo, mesmo diante das mudanças sociais verificadas nas últimas décadas, o Supremo não se revelou, ao menos no tema aqui estudado, uma Corte que relativiza a aplicação de uma norma penal antes da alteração ou revogação legislativa destes dispositivos.

**Acórdãos citados:** HC 51.500; HC 56.684; HC 69.084; HC 72.575; HC 72.947; HC 73.662; HC 74.215; HC 74.286; HC 74.580; HC 74.700; HC 74.983; HC 75.414; HC 75.608; HC 76.246; HC 80.286; HC 81.268; HC 92.219; HC 93.263; HC 94.818; HC 97.052; HC 99.897; HC 99.993; HC 101.456; HC 105.558; HC 109.206; RE 94.005; RE 106.075; RE 108.267; RE 116.649; RHC 33.279; RHC 42.837; RHC 79.788; RHC 80.613.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Código Penal art. 224, *a*; presunção de violência; violência presumida; menor de 14 anos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu pai, pelo exemplo de paixão e dedicação ao ensino, qualidades raramente encontradas nos professores de graduação. Obrigada pelas longas horas gastas com a leitura e revisão deste trabalho, mesmo sem entender com exatidão o prolixo “juridiquês”. Agradeço também à minha mãe, por sempre incentivar meu estudo e por me confortar nos momentos de dificuldade. A todos os amigos da Escola de Formação, que, através da convivência próxima ao longo de 2012, me proporcionaram grande aprendizado, além das caronas, risadas e conselhos valiosos. Aos demais amigos, pela paciência em me ouvir falando dos julgamentos do STF e da elaboração desta monografia. Aos funcionários e coordenadores da Escola de Formação, ao “amigo EF” e à minha orientadora, Carolina Cutrupi, pelo auxílio durante este ano. A todas as outras pessoas que, de alguma forma, contribuíram com a realização desta pesquisa.

## ÍNDICE

<b>Resumo.....</b>	<b>3</b>
<b>SIGLAS UTILIZADAS.....</b>	<b>4</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>5</b>
1.1 Introdução.....	5
1.2 Hipóteses da investigação.....	7
<b>2. OBJETIVOS.....</b>	<b>9</b>
<b>3. METODOLOGIA.....</b>	<b>10</b>
3.1 Escolha do tema.....	10
3.2. Seleção dos acórdãos.....	11
3.3 Análise dos acórdãos.....	13
<b>4. CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS ACÓRDÃOS ESTUDADOS.....</b>	<b>14</b>
4.1 Natureza da ação julgada.....	14
4.2 Distribuição por ano de julgamento.....	14
4.3 Distribuição por Estado de procedência.....	15
<b>5. ANÁLISE QUALITATIVA.....</b>	<b>17</b>
5.1 Acórdãos em que a presunção de violência não é relativizada...	18
5.2 Acórdão em que a presunção é relativizada.....	37
5.3 Proposta de remessa ao Plenário.....	48
5.4 Ministros que julgaram o caso.....	50
5.5 Repercussões da decisão.....	59
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>64</b>
6.1 Dificuldades no desenvolvimento da pesquisa.....	64
6.2 Conclusões da pesquisa.....	66
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>69</b>

## **SIGLAS UTILIZADAS**

Art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

DF: Distrito Federal

GB: Guanabara

HC: *Habeas Corpus*

MG: Minas Gerais

Min.: Ministro

MPF: Ministério Público Federal

MS: Mato Grosso do Sul

PB: Paraíba

PE: Pernambuco

PGR: Procuradoria-Geral da República

PLS: Projeto de Lei do Senado

PR: Paraná

RE: Recurso Extraordinário

Rel.: Relator

RHC: Recurso Ordinário em *habeas corpus*

RISTF: Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RJ: Rio de Janeiro

RS: Rio Grande do Sul

SC: Santa Catarina

SP: São Paulo

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### 1.1 Introdução

O ato de presumir significa que se admite algo como verdadeiro em razão de indícios e aparências, e não em fatos comprovados <sup>1</sup>. É exatamente essa a ideia que norteia as legislações penais quando estabelecem a “presunção de violência” no capítulo dos crimes sexuais: partem da premissa de que determinadas situações ou características da vítima a impedem de compreender a extensão do ato praticado, retirando, portanto, a possibilidade de com ele consentir validamente. Não podendo aceitar a relação, supõe-se que tenham sido obrigadas à sua prática. Assim, a conduta do agente seria resultante de violência, mesmo que indiretamente.

Embora a ideia por trás da presunção seja a de proteger a vítima, este é um tema que sempre despertou debates doutrinários e jurisprudenciais. Inicialmente, pelo fato de que não podem existir presunções contrárias ao réu, o qual deve ser considerado inocente até a sentença condenatória definitiva. Em segundo lugar, porque se discute a natureza de tal presunção, que poderia ser absoluta (não admitindo provas em contrário) ou relativa (sujeita a provas em contrário, podendo ser afastada diante de determinadas circunstâncias).

Inserida no Código Penal brasileiro de 1890 para resguardar menores de 16 anos <sup>2</sup>, tal instituto foi mantido pelo Código de 1940, que, além de estender a proteção a outras pessoas consideradas frágeis, reduziu o limite etário para 14 anos <sup>3</sup>. A justificativa para tal redução aparece na Exposição de Motivos do Código ainda em vigência:

---

<sup>1</sup> HOUASSIS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houassis da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, página 1548.

<sup>2</sup> “Art. 272. Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos”.

<sup>3</sup> **Presunção de violência** (revogado pela Lei 12.015/2009).

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

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

“Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.”<sup>4</sup>

A leitura desse trecho chama atenção para um fato: se em 1940 entendeu-se que a idade de 16 anos não era mais condizente à realidade do momento, o que dizer da idade de 14 anos para a situação do fim do século XX e início do século XXI?

Essa discussão foi suscitada no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo ministro Marco Aurélio de Mello, o qual, em voto emblemático, afirmou que, como a presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal não se coadunava mais à realidade brasileira, cabia ao intérprete da lei flexibilizar o seu rigor, de modo a torná-la “adequada e oportuna”<sup>5</sup>. Assim, o Ministro admitiu a relativização da presunção.

Tendo em vista a antiguidade do Código e as evidentes alterações comportamentais da população ao longo deste período, procurou-se verificar se houve mudança na interpretação do art. 224, *a* do Código, ou seja, se a Corte passou a relativizá-la diante das circunstâncias do caso, tais como comportamento da vítima, sua aparência física e seu consentimento com a relação. Assim, buscou-se analisar como foi a interpretação dada pelo STF ao longo do tempo: se em crimes sexuais praticados contra menores de 14 anos a presunção teria caráter absoluto ou relativo.

Apesar de o artigo 224, *a* ter sido revogado pela Lei 12.015/2009 e não constar mais do nosso Código Penal, entende-se que o estudo da sua interpretação representa tema relevante. Isto porque, tendo como objeto a

---

<sup>4</sup> Item 70 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940.

<sup>5</sup> STF: HC 73.662/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/05/1996.

aplicação de um artigo em especial, busca-se investigar um comportamento mais geral da Corte. Ou seja, o papel que o STF assume na interpretação e aplicação de leis antigas e, aparentemente, em descompasso com a realidade social dos tempos recentes.

Embora a doutrina seja importante para oferecer subsídios capazes de permitir a compreensão do instituto, bem como para formar opiniões próprias a respeito do tema, ela não reflete, muitas vezes, a maneira pela qual os Tribunais do país o enxergam. Em decorrência disso, assume papel relevante a realização de pesquisas empíricas que analisem a conduta destes órgãos, em particular o do STF, intérprete máximo do direito brasileiro. Este fato motivou a elaboração da presente monografia.

## **1.2 Hipóteses da investigação**

A hipótese principal desta pesquisa é a de que o STF, possivelmente entendendo que a mudança sofrida pela sociedade desde a promulgação do Código Penal, em 1940, não comportava mais a previsão da presunção de violência no caso de menores de 14 anos, deixou de aplicá-la ou ao menos a relativizou antes de sua revogação por via legislativa.

A hipótese secundária é a de que o STF possivelmente não leva em conta determinadas mudanças sociais ao proferir seu julgamento, atentando-se exclusivamente ao que estabelece o tipo penal. Caso essa hipótese seja confirmada, é possível supor, ainda, que:

a. Os ministros levam em conta as mudanças sociais, mas afirmam não poder julgar de modo diverso, pois estão impedidos de fazê-lo pelo dever de se ater ao tipo legal;

b. Os ministros citam inúmeros precedentes para justificar o caráter absoluto da presunção de violência. Todavia, quando tais precedentes são analisados, a discussão que se encontra é superficial ou inexistente. Portanto, é possível crer que os precedentes são frágeis, uma vez que o tema não é debatido em profundidade.



Embora antagônicas, pode-se supor que as duas hipóteses serão verificadas simultaneamente nas decisões do Tribunal. A questão consiste, portanto, na análise da medida em que cada uma delas se apresentará.

Contudo, pelo fato de o material analisado consistir em decisões proferidas em *habeas corpus*, recursos ordinários em *habeas corpus* e recursos extraordinários (instrumentos que não permitem a rediscussão de fatos ou provas), acredita-se que possa haver limitações quanto à verificação das hipóteses acima mencionadas.

## 2. OBJETIVOS

Esta monografia possui como objetivos:

Objetivo 1: Investigar se o STF mostra-se um órgão que relativiza a aplicação de determinadas normas penais antes da alteração ou revogação legislativa destes dispositivos. Pretende-se estudar quais são os argumentos formulados pelos ministros sobre a “presunção de violência”.

Para tanto, busca-se responder às seguintes questões:

a. O comportamento da vítima (ter experiência sexual anterior, prostituir-se, bem como seus trajes e atitudes, por exemplo) e sua aparência física (parecer mais velha) podem influenciar, na opinião dos ministros, o ato do sujeito ativo, que supostamente seria levado a crer tratar-se de alguém maior de 14 anos (erro de tipo) ?

b. O consentimento da vítima menor de 14 anos com a relação deve ser considerado na decisão, ou seja, a concordância da vítima com a prática sexual poderia levar à atipicidade do fato?

c. Os ministros consideram que a idade estabelecida no Código Penal (inferior a 14 anos) não se coaduna à realidade atual da sociedade brasileira?

Objetivo 2: Investigar a existência ou não de referências sobre “separação dos poderes”, isto é, se existem argumentos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário relativizar ou não aplicar um tipo penal em vigor. Em caso afirmativo, haveria um padrão nesse argumento ou isso variaria caso a caso ou segundo as concepções pessoais de cada ministro?

### 3. METODOLOGIA

Este capítulo é dedicado a explicar as diferentes etapas de elaboração desta monografia. No primeiro tópico, explicam-se os motivos que levaram à escolha do assunto pesquisado. No segundo, a maneira pela qual se deu a seleção do universo de decisões analisadas, bem como a escolha por trabalhar apenas com acórdãos.

#### 3.1 Escolha do tema

A ideia inicial de trabalho consistia em desenvolver uma monografia voltada à análise da jurisprudência do STF acerca dos denominados “crimes contra os costumes”<sup>6</sup>.

Em um primeiro momento, propôs-se a estudar a maneira pela qual o STF julgava os crimes constantes do Título VI do Código Penal antes das alterações introduzidas pelo Poder Legislativo (Leis nº 11.106/2005 e nº 12.015/2009), verificando se o Tribunal havia mudado seu entendimento, ao longo do tempo, a respeito de tipos penais editados em 1940. A intenção era analisar o modo como a Corte havia julgado os mesmos crimes nos últimos anos e sob a perspectiva de diferentes Constituições da República (enquanto o Título VI da legislação penal manteve sua redação inalterada de 1940 a 2005, cinco Constituições diferentes regeram a nação). Desejava-se, ainda, verificar se havia um conceito ou entendimento da Corte a respeito de termos caracterizadores de alguns tipos penais, tais como “inexperiência ou injustificada confiança da vítima”, “mulher honesta”, ou “mulher virgem”. Todavia, pode-se perceber que a maioria dos acórdãos

---

<sup>6</sup> Para Nelson Hungria, redator do anteprojeto do Código Penal de 1940, o termo *costumes* deveria ser entendido como os “hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria*, é o interesse mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais”. (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Vol. 8, páginas 103 e 104).

versava a respeito de questões processuais, não tratando da interpretação dos artigos em si, fato esse que forçou a mudança do tema da pesquisa.

Ainda objetivando-se estudar o tratamento dado a algum crime que constasse da redação original do Código Penal de 1940, cuja alteração ou revogação tivesse ocorrido pelas referidas Leis de 2005 ou 2009, pensou-se em verificar qual o entendimento da Corte a respeito do crime de "adulterio", previsto no art. 240 do Código. Buscava-se, com isso, analisar a interpretação dada pela Corte a respeito de tal delito, bem como verificar a possível existência de uma tendência maior em se condenar pessoas do sexo feminino pela sua prática. Contudo, também em função do escasso material encontrado no site da instituição, considerou-se por bem não prosseguir com esse tema.

Após as duas tentativas anteriores resolveu-se pesquisar algo mais amplo no âmbito do Título VI da redação original do Código. Acompanhando-se a repercussão provocada pela decisão de outro Tribunal Superior – STJ - que, em março de 2012, relativizou a presunção de violência no crime de estupro praticado contra menores de 14 anos,<sup>7</sup> surgiu interesse por verificar qual o tratamento dado pelo STF ao assunto. Assim, o tema desse trabalho limita-se à alínea *a* do artigo 224 (revogado pela Lei 12.015/2009).

### **3.2. Seleção dos acórdãos**

Este trabalho consiste em uma pesquisa empírica, que busca analisar a jurisprudência do STF no tema da "presunção de violência".

---

<sup>7</sup> A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, em março de 2012, pela relativização da presunção de violência no crime de estupro. No caso julgado, o réu fora acusado pela prática de estupro contra três menores de idade, com 12 anos à época dos fatos. De acordo com a ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do processo, não se poderia considerar como crime um ato que não violou o bem jurídico tutelado (a liberdade sexual), uma vez que as menores "já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data". Mais informações podem ser encontradas no site do STJ: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175)

Portanto, o primeiro passo dado foi a busca por decisões acerca do assunto no site oficial da instituição <sup>8</sup>.

No dia 16 de agosto de 2012, através da inserção da palavra-chave “presunção de violência” no campo “pesquisa livre”, do item “pesquisa de jurisprudência” <sup>9</sup> encontraram-se 57 decisões potencialmente relacionadas ao tema de estudo. Este número se formou pelo somatório de 33 acórdãos, 23 decisões monocráticas e uma decisão da presidência. Em seguida, utilizando-se a palavra-chave “violência presumida”, identificaram-se 154 decisões potencialmente relacionadas ao tema de estudo, representadas por 67 acórdãos, 83 decisões monocráticas e quatro decisões da presidência.

As decisões da presidência e as monocráticas foram excluídas por diferentes motivos. Em primeiro lugar, pelo fato de que, sendo proferidas por apenas um ministro, dificultam uma análise da atuação da Corte como um órgão colegiado. Ademais, a opção por análise qualitativa recomenda aprofundamento do estudo das decisões, inviabilizando a inclusão de números elevados de situações analisadas, até mesmo em virtude da exiguidade do tempo disponível para elaboração da monografia.

Assim, chegou-se ao número total de 100 acórdãos obtidos pela inserção das duas palavras-chave isoladamente. Desses, ocorreram 15 repetições, reduzindo o universo a 85 acórdãos potencialmente utilizáveis na investigação. Em um primeiro exame das ementas correspondentes, percebeu-se que havia um grande número de acórdãos cujo conteúdo se referia a questões processuais, tais como legitimidade do Ministério Público para proceder à representação, fixação da pena e caráter hediondo do crime, entre outras. Como decorrência dessa percepção, decidiu-se pela inclusão daqueles casos cujas ementas não apresentassem questões processuais como único objeto da ação e nas quais constassem um ou mais dos seguintes termos: “presunção absoluta de violência”; “presunção de violência absoluta”; “presunção de violência: caráter absoluto”; “violência presumida: caráter absoluto”; “eventual consentimento”; “experiência

---

<sup>8</sup> A pesquisa foi realizada no dia 16 de agosto de 2012, de modo que decisões publicadas após tal data não se encontram no trabalho.

<sup>9</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

anterior”; “não elidem a presunção de violência”; “presunção relativa”; “comportamento da menor”; “erro de tipo”; “vida desregrada da ofendida”; “legitimidade constitucional”; “consentimento da vítima”; “afastar-se a ficção jurídica de violência”; “opera a presunção de violência”; “violência presumida por ser a vítima menor de 14 anos”; “somente afastável por exame de prova”; “dúvida acerca da idade”; “justificativa judicial da verdadeira idade da vítima”; “mitigação do rigor da norma”; “aquiescência da mulher”; “presunção *juris tantum*”.

Adicionalmente, foram buscadas outras decisões pertinentes ao objeto de estudo na “Coletânea de Jurisprudência do STF em temas penais”, disponibilizada no site da instituição <sup>10</sup>, encontrando-se apenas uma decisão que não havia sido localizada anteriormente, qual seja, o HC nº 75.608.

Desse modo, chegou-se ao universo de 33 acórdãos (85 acórdãos – 53 eliminados por tratarem de questões processuais + 1, encontrado pela Coletânea em matéria penal) que serão objeto da presente monografia.

### **3.3 Análise dos acórdãos**

A presente pesquisa representa uma análise qualitativa não temporal das decisões do STF. Para tanto, procedeu-se à leitura e fichamento dos acórdãos, agrupando-se os diferentes argumentos utilizados pelos ministros acerca do caráter da presunção de violência, de acordo com suas similaridades. Este procedimento foi adotado para todos os acórdãos analisados, representados por 32 nos quais não ocorreu relativização e por um único em que isso foi verificado (HC 73.662). Este último mereceu análise mais detalhada em razão de representar julgamento isolado na jurisprudência do Tribunal.

---

<sup>10</sup> [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Temas\\_penais.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Temas_penais.pdf)

## 4. CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS ACÓRDÃOS ESTUDADOS

### 4.1 Natureza da ação julgada

Conforme demonstrado na figura 1, verificou-se predomínio absoluto de *habeas corpus* (25 acórdãos ou 76% do total incluído nessa investigação), seguidos de recursos ordinários em *habeas corpus* e recursos extraordinários (quatro acórdãos cada um, ou 12%).

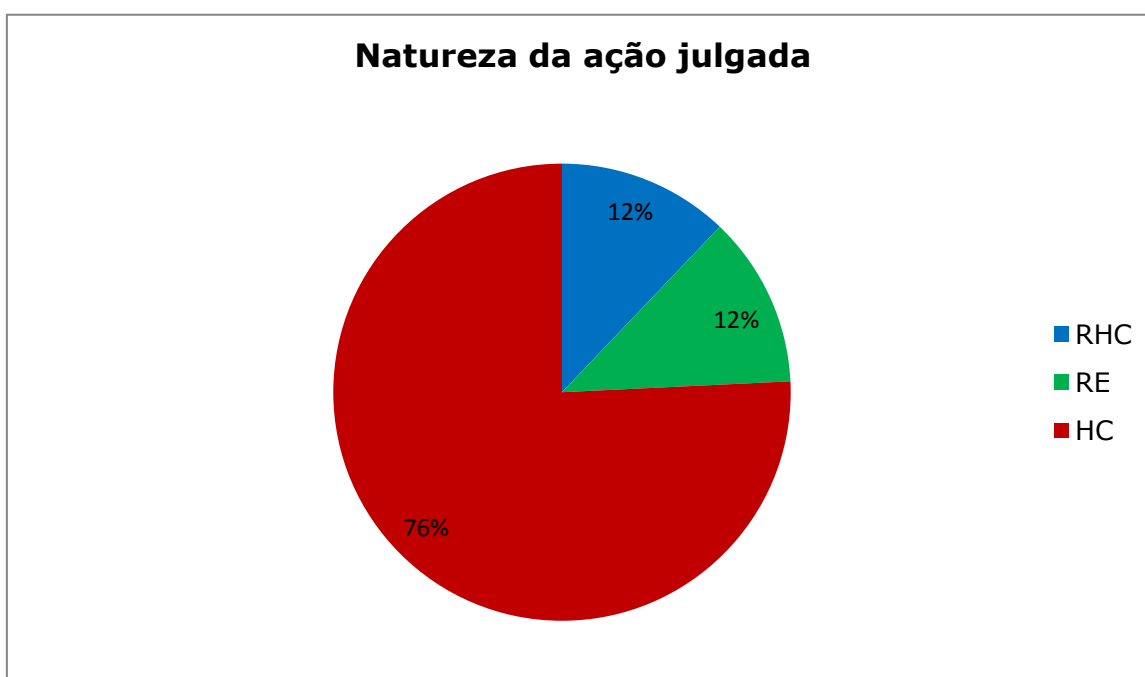


Figura 1 – Distribuição dos acórdãos estudados segundo a natureza da ação julgada. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 1954 a 2012.  
Fonte: elaboração própria.

### 4.2 Distribuição por ano de julgamento

A figura 2 mostra que os acórdãos incluídos nesta pesquisa foram julgados pelo STF no período compreendido entre 1954 e 2012 <sup>11</sup>. Observa-se ocorrência esporádica de acórdãos julgados entre a década de 1950 e início da década de 1990. No ano de 1996 ocorreu o maior número de

<sup>11</sup> Casos publicados até 16 de agosto de 2012.

juizamentos (4), com redução nos anos imediatamente seguintes. A não ocorrência de casos entre 2002 e 2007 foi seguida de novos juizamentos a partir de 2008.

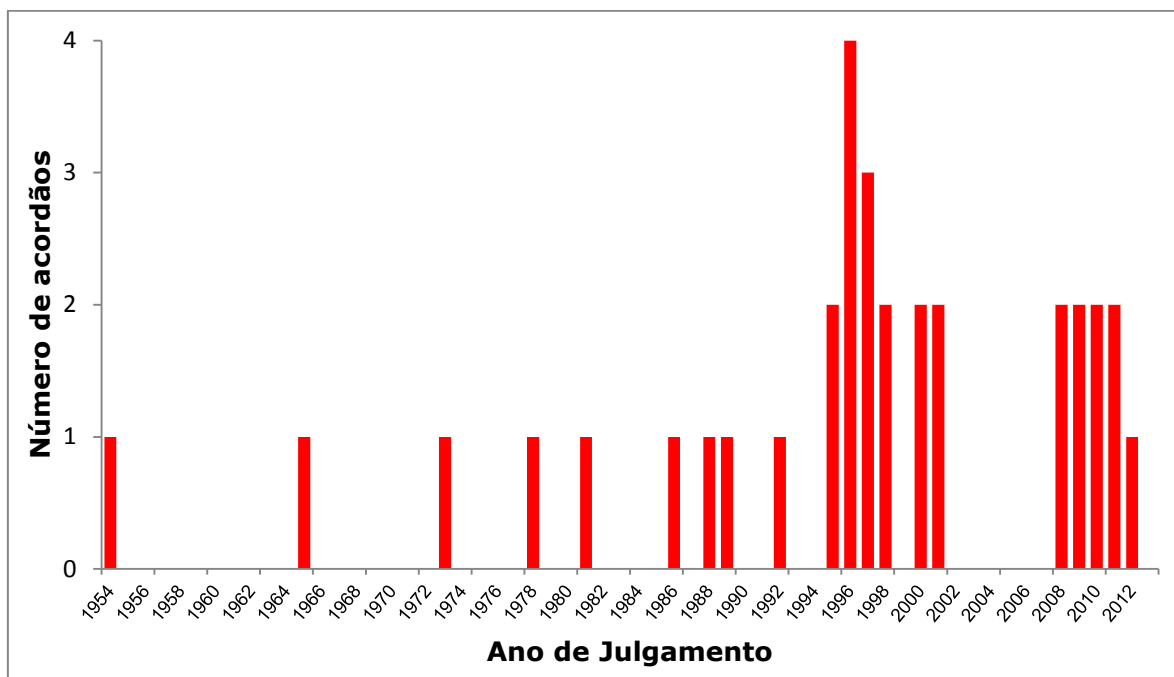


Figura 2. Número de acordos segundo o ano de julgamento. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 1954 a 2012.  
Fonte: elaboração própria.

### 4.3 Distribuição por Estado de procedência

De acordo com a figura 3, houve evidente predomínio de casos procedentes de três estados da federação (MG, SP e PR). Chama atenção a raridade de casos provenientes do Nordeste e Centro-Oeste, e ausência de casos provenientes da região Norte do país.



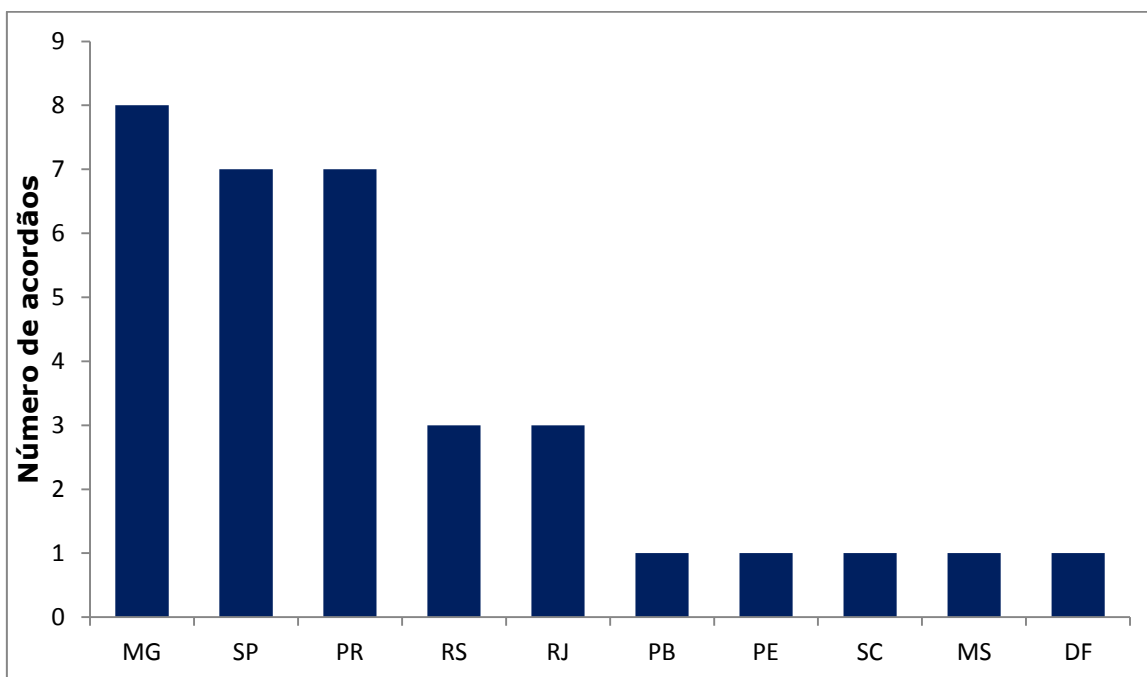


Figura 1. Número de acórdãos julgados segundo a Unidade Federada de procedência. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 1954 a 2012.  
Fonte: elaboração própria.

## 5. ANÁLISE QUALITATIVA

A partir da leitura e do fichamento dos acórdãos estudados, percebeu-se que a maioria dos argumentos utilizados pelos ministros do STF sobre o tema da presunção de violência se repetia em mais de uma decisão. Desse modo, os casos analisados foram agrupados em razão de tais argumentos, permitindo que o leitor tivesse conhecimento das principais discussões travadas no Tribunal sem necessitar proceder, para tanto, à leitura do inteiro teor de todos os acórdãos estudados pela pesquisa.

Entre os argumentos que não relativizam a presunção de violência, são estes os mais utilizados: (i) argumento do comportamento da vítima; (ii) argumento da (ir)relevância do consentimento e da experiência sexual anterior; (iii) argumento da constitucionalidade de dispositivo do Código Penal; (iv) argumento da função da norma; (v) argumento da mudança da sociedade e da função do intérprete; (vi) argumento da dúvida acerca da idade da vítima e do erro de tipo e (viii) argumento do precedente.

Entre os argumentos que relativizam a presunção de violência, são estes os mais utilizados: (i) argumento do comportamento da vítima; (ii) argumento da (ir)relevância do consentimento e da experiência sexual anterior; (iii) argumento da constitucionalidade de dispositivo do Código Penal; (iv) argumento da mudança da sociedade e do papel do intérprete; (v) argumento do erro de tipo e (vi) argumento do precedente.

Dos 33 acórdãos estudados por esta pesquisa, 30 deles atribuem, como resultado final, caráter absoluto à presunção de violência, dois não foram conhecidos pelo Tribunal <sup>12</sup> e somente um relativiza tal previsão <sup>13</sup>.

Os casos foram divididos em dois blocos distintos de análise. Inicialmente, analisam-se os argumentos mais utilizados nos 30 acórdãos que relativizam a presunção (item 5.1), bem como os argumentos

---

<sup>12</sup> STF: RE 94.005/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 19/05/1981; RE 106.075/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 25/02/1986.

<sup>13</sup> STF: HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/05/1996.

constantes daqueles dois não conhecidos pela Corte. Integram esse bloco tanto os argumentos proferidos pelos votos vencedores quanto pelos votos vencidos (situação em que se colocou apenas o ministro Marco Aurélio). A seguir, analisam-se os argumentos constantes do único acórdão em que a presunção foi relativizada, por se tratar de um caso isolado na jurisprudência do Tribunal (item 5.2). Nesse bloco, aparecem tanto os argumentos proferidos pelos ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa, vencedores, quanto os votos proferidos por Carlos Velloso e Néri da Silveira, que ficaram vencidos.

## **5.1 Acórdãos em que a presunção de violência não é relativizada**

### **5.1.1 Argumentos utilizados pelos ministros**

#### **5.1.1.1 Comportamento da Vítima**

Um dos pontos que costuma ser arguido pela defesa, no sentido de se afastar a aplicação da presunção de violência ao caso concreto, é o comportamento da vítima. Procura-se defender a tese de que o tipo penal do art. 224, *a*, do Código Penal, não teria aplicação caso se constatassem “vícios morais”<sup>14</sup> na conduta da ofendida. Assim, adjetivos como “leviana”, “dissoluta” e “corrompida” são comumente utilizados para se referir ao comportamento da menor de 14 anos.

Parece haver uma tendência no entendimento da Corte, de modo que a conduta da ofendida seria irrelevante para afastar a aplicação do art. 224, tornando a presunção de violência sempre absoluta, independentemente de qualquer consideração acerca de seu comportamento. Todavia, nem sempre foi essa a visão do Tribunal.

No caso mais antigo de que trata esta pesquisa (RHC 33.279, julgado em 1954), o fato de a vítima prostituir-se foi tido como um fator que poderia levar à relativização da presunção de violência. Ante a sustentação do paciente, ora recorrente, de que as ofendidas seriam de

---

<sup>14</sup> STF: RHC 80.613/SP, voto do Min. Ilmar Galvão, j. 06/03/2001.

“moral-duvidosa”, razão pela qual não se poderia falar em violência presumida devido ao simples fato de serem menores de 14 anos, é essa a posição do juiz de primeiro grau, transcrita no relatório:

“O que se tem decidido – e com razão, ao que se me afigura – é pela absolvição dos acusados quando se trata de cópulas carnis mantidas – com menor de 14 anos que já são ‘prostitutas de portas abertas’. – Ora, na hipótese, tal não ocorre. As vítimas são duas meninas que vivem em companhia do pai viúvo, e não existe, nos autos do inquérito, nada depondo contra a honestidade delas”. (RHC 33.279, relatório).<sup>15</sup>

O ministro relator do caso, Orosimbo Nonato, parece concordar com a afirmação feita pelo magistrado, uma vez que seu voto faz a seguinte consideração acerca do item:

“Objeta-se que a vítima, posto conte menos de 14 anos de sua idade, não guardava bom procedimento, o que anularia a presunção de violência. Isso, porém, diz respeito a mulher que exerce o comércio carnal. E como não é êsse o caso dos autos, nego provimento ao recurso” (RHC 33.279, voto do ministro Orosimbo Nonato).

Interessante notar que considerações a respeito do comportamento da vítima também são trazidas nos acórdãos estudados através do parecer da Procuradoria Geral da República. Verifica-se a seguinte consideração feita no HC 56.684<sup>16</sup>:

“Impressiona, nestes autos - diga-se de passagem - a condenação por estupro, quando a vítima é referida, do início ao fim do processo, como sendo pessoa devassa, corrompida, criada e, vivendo com a avó, prostituta” (HC 56.684, relatório).

A essa afirmação, responde o ministro Décio Miranda que, além de tal questão não estar em causa, a avó da vítima já largara, em razão da idade, a “mais antiga das profissões”. Ademais, que a devassidão da

---

<sup>15</sup> STF: HC 33.279/SP, Rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 15/09/1954.

<sup>16</sup> STF: HC 56.684/PB, Rel. Min. Decio Miranda, j. 28/11/1978.

ofendida, embora afirmada por várias testemunhas, teria sido contestada pelo acórdão:

“Por último, é de salientar que não está em causa, no presente *habeas corpus* a matéria alusiva à inexistência concreta de violência à vontade da ofendida, assunto que é objeto do item 4 do douto parecer do Prof. Francisco de Assis Toledo. Caberia dizer, porém, que a devassidão da moça, embora referida por várias testemunhas, é contestada pelo acórdão, que viu a queda moral da ofendida como fato posterior, consequência do mau passo no namoro com o réu” (HC 56.684, voto do ministro Decio Miranda).

Percebe-se ter havido uma mudança no entendimento dos julgadores ao longo do tempo: se por um lado o comportamento da vítima ainda é objeto de análise por parte dos ministros, que muitas vezes tecem comentários acerca do que consideram uma conduta desregrada ou prematura da ofendida, por outro, ele não é tido mais como fator capaz de afastar a presunção de violência. Nesse sentido, são ilustrativos os seguintes votos, proferidos nos anos 2000:

“A afirmação de que a ofendida possuía vida desregrada não impressiona. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal” (RHC 79.888, voto do ministro Nelson Jobim).<sup>17</sup>

“Não procede a alegação de que a presunção de violência prevista na alínea *a* do art. 224 do Código Penal não prevalece nas hipóteses em que a vítima menor de catorze anos frequenta ‘ambientes corrompidos’ e é ‘conhecedora das coisas da sexualidade’. É que, no caso, tanto a sentença quanto o acórdão que a confirmou afastaram expressamente os vícios morais que a recorrente pretende atribuir à vítima. Ademais, mesmo que comprovados, somente poderiam afastar a presunção mencionada se, em razão deles, houvesse a paciente incorrido em erro (arts. 20 e 21 do CP), o que em momento algum foi alegado” (RHC 80.613, voto do ministro Ilmar Galvão).<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> STF: RHC 79.788/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 02/05/2000.

<sup>18</sup> STF: RHC 80.613/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 06/03/2001.

A extensão da proteção legal a prostitutas, questionada no passado, conforme demonstrou o RHC 33.279, anteriormente citado, parece ter sido incorporada ao entendimento do Tribunal, conforme se constata da leitura do voto do ministro Sepúlveda Pertence:

"A honestidade da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas *a* e *b* do art. 224 do CP. Só virgens de formação antiquada e mentalmente pouco dotadas é que, *ex hypothesis*, poderiam ser vítimas de estupro presumido. Se a legislação, como um todo, protege inclusive prostitutas, procurando impedir a exploração, a submissão, etc., se a legislação, bem assim, através do Estatuto da Criança e do Adolescente procura dar uma proteção mais ampla às crianças e aos adolescentes, então, carece de amparo jurídico entender-se, como algo penalmente indiferente, o ato sexual praticado com crianças" (HC 81.268, voto do ministro Sepúlveda Pertence – reprodução da decisão do STJ).<sup>19</sup>

#### **5.1.1.2 (Ir) relevância do consentimento e da experiência sexual anterior da vítima**

Outro aspecto que costuma ser aduzido pela defesa na tentativa de se afastar a aplicação do dispositivo referente à presunção de violência é o fato de ter a menor de 14 anos consentido na prática das relações sexuais, bem como de já ter tido ela algum tipo de relacionamento sexual anterior.

Esta estratégia da defesa parte do seguinte raciocínio: o crime de estupro pressupõe o "constrangimento", como se depreende da leitura do próprio tipo penal. Caso a vítima tivesse consentido com a prática das relações, não teria sido ela constrangida, de modo que não seria possível condenar alguém por estupro praticado mediante violência presumida. A experiência anterior da ofendida contribuiria, na visão da defesa, para reforçar a tese de que, já tendo praticado relações com outras pessoas, não teria sido o réu quem a obrigara a fazê-lo.

Para a maioria dos ministros, tais alegações não prosperam, uma vez que a lei protege a menor de 14 anos justamente em razão de sua

---

<sup>19</sup> STF: HC 81.268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/10/2001.

incapacidade de discernir. Assim, predomina na jurisprudência do Tribunal a seguinte posição acerca do consentimento da menor de 14 anos: é inexistente, pois alguém dessa idade não tem capacidade para consentir, ou, se existente, seria inválido. Ambas conduzem à mesma conclusão: qualquer consideração acerca da concordância da vítima ou de sua experiência anterior não resultaria no afastamento da aplicação do dispositivo do Código Penal. Nem mesmo o consentimento dos pais em relação ao relacionamento da filha seria capaz de excluir a responsabilidade do agente <sup>20</sup>.

Em 1973 tem-se o primeiro julgado no qual se aborda o consentimento da vítima. Utilizando-se do parecer da PGR, afirma o ministro Antônio Neder:

“Por outro lado, como também apontado pela veneranda decisão condenatória, irrelevante se apresente, na espécie, o consentimento da menor ou a conclusão dos peritos sobre a atividade sexual anterior da ofendida, pois tanto não elide a tipicidade do crime em tela, máxime considerando que o apelado por mais de uma vez possuiu a menor e o fato de, eventualmente, antes de alcançar a idade de doze anos, ter sido ela vítima de outro ou outros estupros em nada o beneficia” (HC 51.500, voto do ministro Antônio Neder, transcrevendo o parecer da PGR). <sup>21</sup>

Esse argumento está presente em outras decisões. Interessante notar, nos trechos a seguir, a posição dos ministros Sydney Sanches e Ilmar Galvão sobre o objeto da tutela penal: enquanto aquele afirma, em 1989, que a lei protege “o livre consentimento das relações sexuais”, o segundo menciona, no ano de 2001, que se está diante de “um ato violador aos costumes”:

“A lei tutela o livre consentimento das relações sexuais, mas, sendo a ofendida menor de 14 anos, não pode consentir em matéria sexual e, se o faz, tal consentimento carece de

---

<sup>20</sup> “O consentimento dos pais, como salientado pela PGR, não exclui a responsabilidade do paciente. A circunstância foi acolhida como atenuante, que resultou na condenação mínima” (HC 75.608, voto do ministro Nelson Jobim, j. 10/02/1998).

<sup>21</sup> STF: HC 51.500/GB, Rel. Min. Antônio Neder, j. 08/10/1973.

validade" (RE 108.267, voto do ministro Sydney Sanches, acolhendo e transcrevendo o parecer da PGR).<sup>22</sup>

"Falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Como não se pode falar, portanto, em consentimento pleno e livre, conseqüentemente há violência presumida" (RHC 80.613, voto do ministro Ilmar Galvão, acolhendo o parecer da PGR).<sup>23</sup>

Há apenas um ministro que toma como válido o consentimento da vítima menor de 14 anos na prática da relação sexual. Em oposição ao entendimento da Corte, sustenta o ministro Marco Aurélio:

"Senhor Presidente, considero, em primeiro lugar, a definição do procedimento criminoso constante do art. 213 do Código Penal – 'constranger mulher', pouco importando se honesta ou não, se virgem ou não, a 'conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça'. Se pesquisarmos a melhor doutrina, constataremos que, no tocante a esse tipo penal, tem-se como núcleo o constrangimento. É o vocábulo que, inclusive, abre o preceito 'constranger mulher', ou seja, a contrariedade à vontade da mulher. O objeto jurídico aqui protegido também se mostra escancarado: é a liberdade sexual da mulher. Portanto, temos como núcleo o constrangimento para configuração do tipo penal; indispensável é a contrariedade à vontade. E essa contrariedade é potencializada por quê? Porque o preceito indica que o constrangimento deve ocorrer mediante violência, violência física, ou grave ameaça. Senhor Presidente, o artigo 224, em si, não encerra um tipo penal, ou seja, não revela que consubstancia crime manter relação sexual com menor de catorze anos. Não, não é o que se contém no artigo 224. Esse artigo não encerra, no campo da previsão criminal, uma norma autônoma, uma figura criminosa dissociada do artigo 213. O artigo 224 remete, ao revelar a presunção de violência, aos crimes contra os costumes. Preceitua presumir-se a violência se a vítima é menor de catorze anos". (HC 76.246, voto do ministro Marco Aurélio).

"Diante desse quadro, concluo que o ora Paciente acabou por ser condenado por estupro quando já mantinha, com o consentimento da vítima, relações sexuais há mais de dois anos, e tudo ocorreu em virtude de desentendimento, de fuga à promessa de casamento" (RHC 79.788, voto do ministro Marco Aurélio).

---

<sup>22</sup> STF: RE 108.267/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 21/03/1989.

<sup>23</sup> STF: RHC 80.613/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 06/03/2001.



### 5.1.1.3 Constitucionalidade de dispositivo do Código Penal

No HC 74.983 <sup>24</sup> requer-se a concessão da ordem, objetivando-se a decretação de inconstitucionalidade do disposto no art. 224, a, do Código Penal. Sustenta-se que tal previsão fere o “direito penal da culpa”, isto é, sendo a responsabilidade penal subjetiva, impossível seria falar-se em presunção de fato. Em razão de tal arguição, o julgamento é levado ao Plenário do Tribunal <sup>25</sup>, que proclama, em votação unânime, a legitimidade constitucional do referido artigo.

A questão é posta da seguinte maneira pelo ministro Carlos Velloso, relator do caso:

“Primeiro que tudo é preciso dizer que, no caso, não há falar em inconstitucionalidade, dado que a disposição inscrita no art. 224, a, do Cód. Penal, é anterior à Constituição vigente. O que poderia ter ocorrido é a não recepção da mencionada disposição, art. 224, a, do Cód. Penal, pela Constituição vigente (...). Não há, na citada norma do art. 224, a, do Cód. Penal, nada de atentatório à responsabilidade subjetiva. O que deve ser entendido é que a lei estabelece a presunção de violência com base na afirmativa de que a menor de 14 anos não sabe querer. Se o agente, mesmo existindo a norma, age conscientemente e a constrange à prática da conjunção carnal, agiu com culpa, na modalidade dolo.” (HC 74.983, voto do ministro Carlos Velloso).

---

<sup>24</sup> STF: HC 74.983/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 30/06/1997.

<sup>25</sup> A remessa do julgamento ao Plenário justifica-se pela disposição constante do art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF):

“Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário.

b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário”.

De encontro ao voto do Relator, o ministro Sepúlveda Pertence argumenta que a presunção do Código não fere de modo algum o direito penal da culpa, posto que constitui uma forma de legislar:

“Daí não se segue, porém, a meu ver, nenhum padrão do qual fosse lícito extrair a alegada inconstitucionalidade da presunção de violência do art. 224 do Código Penal nos delitos contra os costumes da liberdade sexual e outros similares, se a vítima não é maior de quatorze anos. Data venia, isso nada tem a ver com presunção de culpa. A presunção, no dispositivo questionado, é um modo de legislar: a menoridade da vítima e sua, aí sim, incapacidade absoluta de consentir, substitui, no caso, um elemento típico do art. 213 e similares, que é a violência real. Nada mais. E isso, a meu ver, não é inconstitucional: a personalidade de responsabilidade penal – que é o princípio constitucional a considerar – não veda ao legislador equiparar, na tipificação de delitos contra a liberdade sexual, a vigência ou a ameaça à irrelevância de eventual consentimento de vítima que se reputa absolutamente incapaz de consentir” (HC 74.983, voto do ministro Sepúlveda Pertence).

Finalmente, destaca-se a argumentação do ministro Marco Aurélio no que diz respeito à constitucionalidade (recepção) de tal norma penal. No voto proferido em Plenário, afirmou:

“Creio que não se pode fugir ao princípio que direciona no sentido de examinar-se sempre a culpa ou o dolo do agente. O artigo 224 não alija do cenário jurídico essa óptica, ao indicar que se presume ocorrida violência quando a vítima for menor de quatorze anos.” (HC 74.983, voto do ministro Marco Aurélio).

Todavia, tal fala não parece refletir o posicionamento adotado pelo Ministro em julgamentos posteriores:

“Impossível é agasalhar o crime por presunção que resultaria, conforme proclamado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e, também pelo Superior Tribunal de Justiça, da circunstância de a vítima contar com menos de catorze anos, pouco importando a manifestação de vontade, ou seja, a concordância em manter a relação sexual” (RHC 79.788, voto do ministro Marco Aurélio).<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> STF: RHC 79.788/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 02/05/2000.

“Presidente, peço vênia ao relator para, mais uma vez, reafirmar que não existe tipo doloso por presunção. Não há tipo penal por presunção. O que assentado no Código, quanto à idade da vítima, não possui natureza absoluta. Caso a caso, deve-se examinar a prática, para concluir-se pela tipologia ou não. Concedo a ordem” (HC 109.206, voto do ministro Marco Aurélio).<sup>27</sup>

Deste modo, verifica-se que, a despeito de uma possível contradição entre os votos do ministro Marco Aurélio, o entendimento adotado pelo Supremo foi de que o art. 224, *a*, do diploma penal, possui legitimidade constitucional, tendo sido recepcionado pela Carta de 1988. Assim, não vigorou a pretensão de se afastar a aplicação de tal dispositivo argumentando-se pela sua inconstitucionalidade.

#### **5.1.1.4 Função da norma**

Um argumento comumente utilizado pelos ministros do STF para não relativizar a presunção de violência é o de que a norma do art. 224, *a*, seria um instrumento para a proteção de menores de 14 anos:

“Lembro que, no caso, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão-somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir” (HC 74.286, voto do ministro Sydney Sanches).

“Com efeito, e são justamente aquelas meninas, e que são meninas ainda, sem qualquer dúvida, que por fisicamente desenvolverem-se precocemente atraem a cupidez do homem adulto. Todavia, emocional e psiquicamente ainda são por demais infantis, mesmo que sofram o bombardeio hedonista das redes de televisão. Mas permanecem indefesas. Ainda brincam com bonecas... No entanto, o homem adulto, no caso alguém já casado, e com filho, acerca-se, volteia a menina de 13 anos, e corpo avantajado; insiste; não desgruda de seu espaço de vida; faz-lhe

---

<sup>27</sup> STF: HC 109.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2001.

promessas até alcançar seu inescrupuloso *desideratum*. Depois, o abandono” (HC 74.580, voto do ministro Ilmar Galvão).

Embora não se conteste o caráter protetivo atribuído pelos ministros a tal artigo, tem-se a impressão de que por vezes o seu uso mostra-se inadequado na argumentação. Há votos afirmando, por exemplo, que o afastamento da norma penal incentivaria a prostituição infantil:

“Aceita a tese da decisão impugnada o estupro ficto só poderia subsistir se praticado contra crianças de tenra idade ou virgens de primitiva instrução. Assim, restariam impunes as ações abjetas de elementos inescrupulosos que buscam satisfação sexual com pobres crianças, já desprotegidas em razão da miséria material e do abandono moral e intelectual, que cercam a prostituição infantil” (RE 108.267, voto do ministro Sydney Sanches, acolhendo e transcrevendo o parecer da PGR).<sup>28</sup>

“Até lá, sou, entretanto, pela integral aplicação da lei, buscando com isto, diminuir os crimes sexuais que arrastam à prostituição, ano após ano, milhares de menores desprotegidas.” (HC 72.575, voto do ministro Néri da Silveira, reproduzindo trecho constante do acórdão condenatório).<sup>29</sup>

Por exemplo, no RE 108.267, o paciente foi condenado em primeira instância por ter mantido relações sexuais com sua vizinha, de 12 anos de idade à época dos fatos. O réu foi absolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que entendeu ter havido consentimento da vítima. No STF restabeleceu-se sua condenação, utilizando-se como um dos argumentos o trecho do voto do ministro Sydney Sanches acima transcrito. Apesar de a exploração infantil consistir em um problema a ser combatido com firmeza pelos três poderes do Estado, não parece claro como o argumento utilizado por tal Ministro seria aplicável ao caso em tela.

Embora esta monografia trabalhe com um número pequeno de decisões, chama-se atenção para o seguinte aspecto, que, eventualmente, pode indicar uma característica no modo de decidir do Tribunal: os

---

<sup>28</sup> STF: RE 108.267/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 21/03/1989.

<sup>29</sup> HC 72.575/PE, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 04/08/1995.

ministros parecem julgar determinados casos pela mera exposição de “teses em abstrato”, ou seja, não se atentando para o que foi trazido verdadeiramente aos autos. Ainda que seja possível identificar situações em que a relativização da presunção de violência poderia representar um estímulo à prostituição infantil, não parece que seja essa a regra nas demandas analisadas neste estudo.

#### **5.1.1.5 Mudança da sociedade e função do intérprete**

Muito se discute no Tribunal acerca da mudança vivida pela sociedade brasileira desde a promulgação do Código Penal. Assim, observa-se que, tendo como pano de fundo o julgamento de casos concretos, podemos notar diferentes posicionamentos da Corte sobre o papel que tem o Poder Judiciário diante da aplicação de uma lei que já vigora há bastante tempo e sobre a qual recaem, em função disso, dúvidas sobre o esvaziamento de seu conteúdo.

Percebe-se que a mudança dos costumes da sociedade não passa despercebida pelo ministro Octavio Gallotti, que, lamentando-a, aproveita para afirmar o entendimento de que o juiz não pode substituir-se ao legislador:

“A consideração de que a elaboração da lei penal haja tomado ‘como fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes’ a *innocentia consilii*, como expresso no item 70 da respectiva exposição de motivos, não autoriza o magistrado a substituir a atividade do legislador, na avaliação desse pressuposto. Assim é, porque o Código fixou, ele próprio, a idade, e, de modo algum deixou, ao critério do aplicador, a aferição, em cada caso, da maturidade da menor. A lamentável realidade de que novelas e outros espetáculos transmitidos por televisão abordem, com naturalidade, cenas reprováveis – como anotado pela sentença – não pode conduzir à descriminalização desses fatos pelo Juiz, até mesmo porque, a prevalecer essa permissividade, os meios de divulgação já teriam derrubado considerável parte da legislação penal, no capítulo referente aos costumes e em outros domínios. Mas, aos meios de

comunicação, ainda não é dado o poder de revogar as leis do país” (RE 116.649, voto do ministro Octavio Gallotti).<sup>30</sup>

Outros ministros também não negam as mudanças ocorridas desde 1940, afirmando, no entanto, que o papel do magistrado é o de julgar conforme determinam os dispositivos legais:

“É provável que a Legislação Penal do segundo milênio derogue o princípio da violência presumida nos delitos sexuais contra menores de 14 anos. Até lá, sou, entretanto, pela integral aplicação da lei (...)” (HC 72.575, voto do ministro Néri da Silveira, que transcreve trecho proferido pela decisão condenatória).<sup>31</sup>

“Com a reforma do Código Penal que está em andamento, este tema, naturalmente, será objeto de debate por parte daqueles que elaborarão as alterações da legislação penal brasileira. Por enquanto sinto-me, como disse, na contingência de acompanhar o eminente Relator, exatamente com base no preceito penal mencionado” (HC 76.246, voto do ministro Maurício Corrêa).<sup>32</sup>

“Lamento, é certo, que na linha da exacerbação repressiva - a um tempo, histérica e ingênua -, a lei haja cominado ao estupro pena mínima igual à do homicídio. Mas não temos como remediar o despautério” (HC 81.268, voto do ministro Sepúlveda Pertence).<sup>33</sup>

Através da leitura do relatório do HC 81.268 nota-se que o papel do magistrado também é objeto de apreciação pela Procuradoria Geral da República, para a qual, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, não existiria a possibilidade de o julgador negar aplicação a texto expresso de lei, ao fundamento objetivo da mudança da realidade.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup>STF: RE 116.649/PR, Rel.Min. Octavio Gallotti, j. 09/09/1988.

<sup>31</sup>STF: HC 72.575/PE, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 04/08/1995.

<sup>32</sup>STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

<sup>33</sup> STF: HC 81.268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/10/2001.

<sup>34</sup> “Mas não é só. O próprio legislador para sufragar legislativamente o entendimento da capacidade de discernir, por um menor de 14 anos, teria que buscar na ciência especializada a comprovação do referido amadurecimento, para que o simples dado da corrupção de menores não seja apanágio de sua coonestação. Seria o erro a fundamentar a sua tutela, pelo simples fato de errar. A alegada relação que se pretende estabelecer entre o desenvolvimento científico e o amadurecimento precoce do menor não encontra respaldo nos quadros da ciência. Nenhuma teoria psicológica antiga ou moderna prevê referida relação”. (HC 81.268, relatório, ministro Sepúlveda Pertence).

O ministro Marco Aurélio é quem cogita, nas decisões analisadas, a possibilidade de o juiz dar interpretação diversa ao texto de uma lei cujo conteúdo, a seu ver, encontra-se superado. No RHC 79.788, por exemplo, utiliza-se do parecer do Procurador de Justiça para defender tal ideia:

“Em sã consciência, não estou de acordo que se puna com nove anos de reclusão um jovem de dezenove anos, por prática de uma conduta absolutamente usual e costumeira nos dias de hoje em qualquer canto da terra, simplesmente porque o CP de 1940, lá do início do mundo, está a determinar” (RHC 79.788, voto do ministro Marco Aurélio, transcrevendo parecer do Procurador de Justiça).<sup>35</sup>

Ainda no sentido de mostrar que a previsão do Código não se adequava mais à realidade brasileira, diz, ironicamente, no voto proferido no HC 76.246:

“(...) Mesmo porque, se formos colocar na cadeia quem, em Brasília, já transou com mulher menor de catorze anos, a Papuda vai ser pequena para abrigar essas pessoas” (HC 76.246, voto do ministro Marco Aurélio).<sup>36</sup>

Por fim, interessante notar a fala do ministro Eros Grau quanto à edição da Lei 12.015/2009, (que revogou o artigo que tratava da presunção de violência e inseriu o tipo penal do estupro de vulnerável) no sentido de que ela veio apenas a confirmar um entendimento já construído pelo Supremo Tribunal Federal:

“A figura da violência presumida foi eliminada pela Lei 12.015/2009. Assim, a simples conjunção carnal com menor de quatorze anos é suficiente à configuração do crime de estupro. Não há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência desta Corte” (HC 101.456, voto do ministro Eros Grau).<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> STF: RHC 79.788/MG, Rel.Min. Nelson Jobim, j. 02/05/2000.

<sup>36</sup> STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

<sup>37</sup> STF: HC 101.456/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/03/2010.

Pode-se vislumbrar, nesse aspecto, um ponto de convergência e outro de divergência dentro dos acórdãos estudados. Em comum, tem-se a constatação de que a sociedade e os “costumes” são outros desde 1940. Em conflito, o papel que cabe ao magistrado diante dessa mudança. Enquanto para a maioria dos membros da Corte o julgador deve se ater ao texto legal, o ministro Marco Aurélio defende que cabe ao Poder Judiciário atribuir-lhe nova interpretação.

De qualquer modo, percebe-se a existência de uma delicada relação entre o órgão que elabora e aquele que aplica a lei, os quais, na visão do ministro Eros Grau, interagem, podendo inclusive o intérprete influenciar na atividade do legislador.

#### **5.1.1.6 Dúvida acerca da idade da vítima e erro de tipo**

Em alguns casos levados ao Supremo, relatam-se problemas relativos ao conhecimento do verdadeiro ano de nascimento da ofendida, que por vezes possui mais de um documento com informações diferentes. Nessas situações, verifica-se que um dos argumentos da defesa consiste em afastar a presunção de violência em razão da dúvida sobre a idade da vítima:

“O recorrente alega que não havia certeza a respeito da idade da moça. Surgiu dúvida acerca dessa idade e essa dúvida não fôra removida. Apesar disso, surgiu a condenação, quando o caso – diz êle – seria de verdadeira prejudicial cível. Enquanto não estivesse aclarada a matéria da prova da idade da vítima, não era admissível prosseguir o feito, sob pena de prejudicar-se a sua defesa” (RHC 42.837, relatório).<sup>38</sup>

“O impetrante, em primeiro lugar, quer ver afastada a presunção de violência, que serve de amparo à condenação, alegando que o registro de nascimento da ofendida foi efetivado com atraso, quando ela já contava, pelo menos, quatro ou cinco anos de idade” (HC 72.947, relatório).<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> STF: RHC 42.837/SP, Rel. Min. Hermes Lima, j. 10/11/1965.

<sup>39</sup> STF: HC 72.947/MS, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 28/11/1995.



Nos casos ora analisados o Tribunal não acata essa tese. Para justificar tal posicionamento, transcreve-se frequentemente o ensinamento de Nelson Hungria, constante da obra *Comentários ao Código Penal*, bem como a ementa de um julgado proferido pelo Desembargador Hoepfner Dutra, do TJ/SP:

“E a simples dúvida sobre a idade da vítima ‘não exclui a presunção de violência’, segundo o ensinamento de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, 4ª edição, vol. VIII, pag. 240)” (HC 69.084, voto do ministro Ilmar Galvão).<sup>40</sup>

“Além disso, como sintetiza a feliz ementa do emérito Des. Hoepfner Dutra, é predominante o entendimento de que ‘a simples dúvida, ou incerteza do acusando quanto à menoridade da vítima do estupro não exclui o delito, pois a hipótese configura o dolo eventual, que é o bastante para que a presunção de violência subsista’”. (HC 72.947, voto do ministro Sydney Sanches, transcrevendo o trecho de parecer da PGR).<sup>41</sup>

Embora seja negada a tese de que a dúvida acerca da idade da vítima exclui a presunção de violência, o posicionamento do Tribunal é diverso em relação ao “erro de tipo”, conforme se percebe do voto do ministro Moreira Alves:

“Portanto, quer a sentença quer o acórdão, ambos aludem, apenas, a dúvida ou suposição errada do réu. Já os acórdãos trazidos a confronto, para a demonstração da divergência, dizem respeito a hipóteses em que era ‘séria e fundada a convicção do réu, no tocante à idade da vítima, que a todos aparentava ser superior a 14 anos, conforme assinalado na própria carteira profissional’ ou em que ‘a vítima aparentava idade muito superior a 12 anos’, motivando tal aparência o engano do réu ao ter relações com ela, porque qualquer pessoa normal poderia incidir nesse engano capaz de exculpá-lo nos termos do art. 17 do Cód. Penal” (RE 94.005, voto do ministro Moreira Alves).<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> STF: HC 69.084/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10/03/1992.

<sup>41</sup> STF: HC 72.947/MS, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 28/11/1995.

<sup>42</sup> STF: RE 94.005/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 19/05/1981.

O “erro de tipo” está previsto no art. 20 do Código Penal e recai sobre a circunstância elementar da descrição típica, caracterizando-se pela falsa percepção da realidade sobre um elemento constitutivo do delito <sup>43</sup>.

Um exemplo de erro de tipo consiste na situação em que o agente acredita manter relação sexual com pessoa que, seja pelo desenvolvimento físico avantajado, seja pelo comportamento que demanda certa idade para ser praticado (menina que está em uma boate ou ingerindo bebida alcoólica, por exemplo) suponha maior de 14 anos.

Caso o equívoco se mostre razoável, não restaria configurado o delito:

“É o que a doutrina chama de erro de tipo. Ou seja, erro quanto a um dos elementos integrantes do tipo. A jurisprudência do Tribunal reconhece a atipicidade do fato quando a prova demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 anos” (RHC 79.788, voto do ministro Nelson Jobim). <sup>44</sup>

Embora os ministros reconheçam a existência do erro como algo capaz de afastar a tipicidade dos crimes sexuais praticados contra menor de 14 anos, o cabimento desta hipótese não se verificou nos votos analisados, ora porque entendem que isso deva ser feito pelo Tribunal *a quo*, ora porque desqualificam o depoimento das testemunhas:

“Adoto integralmente as razões do recurso extraordinário e do parecer do Ministério Público federal, para conhecer do apelo e lhe dar provimento parcial, cassando o acórdão recorrido e determinando que o E. Tribunal ‘a quo’ prossiga no julgamento da apelação do réu, examinando a alegação relativa ao ‘erro quanto à idade da vítima’ que não chegou a ser apreciada, em razão do acolhimento da tese que agora fica afastada” (RE 108.267, voto do ministro Sydney Sanches). <sup>45</sup>

“A vítima esclareceu que logo que travou conhecimento com o réu já lhe havia informado sobre sua idade e a mãe de

---

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* – 15ª edição -. São Paulo: Saraiva, 2010, página 325.

<sup>44</sup> STF: RHC 79.788/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 02/05/2000.

<sup>45</sup> STF: RE 108.267/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 21/03/1989.

Luana informa que sua filha tinha 'cara de criança'. O réu não incidiu em erro quanto à idade da menor, porque a sabia menor de 14 anos. A testemunha Roberto Iazawa Barbosa – arrolada pela Defesa – informou que a menor aparentava 17 ou 18 anos o que não é crível, contrariando o próprio bom senso. Impossível que uma criança de 12 anos há poucos completos, ainda que ostentasse excepcional desenvolvimento físico, pudesse aparentar 17 ou 18 anos. O informe da testemunha não é verossímil e não merece qualquer credibilidade, com a devida vênia” (HC 80.286, voto do ministro Ilmar Galvão, que acolhe o parecer da PGR).<sup>46</sup>

Os ministros não estabelecem, também, qual seria a diferença, diante dos casos que julgam, entre uma dúvida “séria e fundada”<sup>47</sup> a respeito da idade da vítima, capaz de levar à absolvição pelo erro de tipo, de uma simples dúvida ou incerteza em relação ao fato.

Talvez seja esse tênue limiar que tenha dado origem à seguinte afirmação do ministro Luiz Fux:

“De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dezoito anos” (HC 109.206, voto do ministro Luiz Fux).<sup>48</sup>

Mesmo tendo-se em conta o reduzido número de decisões incluídas na presente pesquisa, o voto do ministro Fux acima transcrito não parece refletir a jurisprudência do Tribunal, já que aparentar idade superior a 14 ou 18 anos se mostrou algo que deveria ser levado em consideração pelos ministros. Diante disso, duas questões relevantes se colocam: com qual clareza o STF constrói seus julgados? E, ainda, com qual profundidade a Suprema Corte de nosso país conhece, de fato, sua jurisprudência?

---

<sup>46</sup> STF: HC 80.286/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05/09/2000.

<sup>47</sup> Expressão utilizada pelo Min. Moreira Alves, no RE 94.005/RJ, j. 19/05/1981.

<sup>48</sup> STF: HC 109.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2011.

### 5.1.1.7 Argumento do precedente

O grau de conhecimento da sua própria jurisprudência, mencionado no item anterior, nos leva a tratar de mais um argumento utilizado com frequência pelo Supremo Tribunal Federal. Nas decisões analisadas foi possível perceber que muitos votos não consideram o caso concreto, sendo justificados apenas pela utilização de precedentes da Corte. Observa-se assim, que, sem tecer qualquer consideração acerca da situação, o ministro justifica seu voto afirmando que já existe entendimento da Turma ou do Tribunal a respeito do tema, não individualizando seu posicionamento diante do caso concreto.

O ministro Eros Grau faz isso em oportunidades bastante próximas. Para se referir ao caráter da presunção de violência, utiliza em dois acórdãos diversos o mesmo texto, modificando, no segundo, apenas a conjugação do verbo “pacificar”, para corrigi-la:

“Ambas as Turmas desta Corte pacificou (*sic*) o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224, *a* do Código Penal é absoluta (HC 94.818, Segunda Turma, Ellen Gracie, DJE 15/8/08 e HC 93263, Primeira Turma, Carmen Lúcia, DJE 11/4/08)” (HC 99.897, voto do ministro Eros Grau).<sup>49</sup>

“Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224, *a* do Código Penal é absoluta (HC 94.818, Segunda Turma, Ellen Gracie, DJE 15/8/08 e HC 93263, Primeira Turma, Carmen Lúcia, DJE 11/4/08)” (HC 101.456, voto do ministro Eros Grau).<sup>50</sup>

Todavia, quando se procede à leitura dos casos citados como precedentes por Eros Grau, verifica-se que eles também foram construídos com base na citação de outros julgados<sup>51</sup>. Indaga-se, portanto: qual é o julgado a que os ministros verdadeiramente se referem? Será que todos eles contêm fatos exatamente iguais, de modo a merecer um tratamento

---

<sup>49</sup> STF: HC 99.987/PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 17/11/2009.

<sup>50</sup> STF: HC 101.456/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/03/2010.

<sup>51</sup> O HC 93.262 baseia-se nos precedentes do RHC 80.613; HC 72.286 e HC 81.268, enquanto que o HC 94.818 cita os HC 93.263, 81.268, 80.613 e RHC 79.788.

uniforme? Pode-se, ainda, questionar a solidez de tais precedentes, já que em algumas situações os ministros se utilizam de casos julgados em épocas muito distantes entre si, e com ordenamentos constitucionais diversos.

O precedente não é utilizado apenas por aqueles que afirmam o caráter absoluto da presunção de violência. Sem fazer qualquer consideração a respeito do caso sob análise, o ministro Marco Aurélio apenas transcreve trecho de voto proferido anteriormente, de modo a justificar a decisão tomada em outro julgado:

“Reporto-me ao voto que proferi no célebre caso, na Segunda Turma, para conceder a ordem (...). Transcrevo a justificativa de voto, tendo em conta o precedente a que me referi, um empate concedido, na Segunda Turma, à ordem” (HC 97.052, voto do ministro Marco Aurélio).<sup>52</sup>

Dentro do universo de acórdãos analisados, percebe-se que a utilização do argumento do precedente começou a se dar com bastante frequência a partir do HC 74.580<sup>53</sup>, intensificando-se ainda mais a partir do HC 93.263<sup>54</sup>.

Para explicar esse aumento, pensou-se na seguinte possibilidade: depois do julgamento do HC 73.662<sup>55</sup>, relativizando a presunção de violência, praticamente todos os casos que chegam ao STF o invocam como precedente, pleiteando, com isso, a absolvição do paciente. Na tentativa de afastar uma decisão considerada polêmica e afirmar que se tratava de uma exceção não representativa do entendimento da Corte acerca do tema, os ministros passaram a se utilizar da “técnica” de enumerar outros casos em que se interpretou a presunção de violência como absoluta. Os votos abaixo transcritos nos dão um indício de que isso possa ter sido feito:

“A circunstância de ter a Segunda Turma deferido *habeas corpus* a réu, em matéria semelhante, afirmando o caráter relativo da presunção de violência do art. 224 do Código Penal, em nada interferiu na decisão desta Primeira Turma,

---

<sup>52</sup> STF: HC 97.052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011.

<sup>53</sup> STF: HC 74.580/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17/12/1996.

<sup>54</sup> STF: HC 93.263/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/02/2008.

<sup>55</sup> STF: HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/05/1996.

supervenientemente proferida, a qual, pelo que se infere, não se afastou da orientação da Corte” (HC 74.580, voto do ministro Ilmar Galvão, relator).<sup>56</sup>

“É de notar que a decisão invocada da Segunda Turma (HC 73.662, 21.05.96, M. Aurélio) – e nela tomada por empate na votação – afora a admissão do erro de fato quanto à idade da ofendida -, no que dá relevo ao seu consentimento à relação sexual como elidente da presunção legal de violência, não retrata a jurisprudência do Tribunal” (HC 81.268, voto do ministro Sepúlveda Pertence).<sup>57</sup>

Há que se reconhecer, contudo, a potencial fragilidade da hipótese anteriormente mencionada, construída com base em número limitado de acórdãos.

Embora se tome como positivo o fato de que o Tribunal construa sua jurisprudência, indicando e respeitando seus precedentes, isso não o exime de fundamentar a sua utilização em cada caso concreto, inclusive para se evitar que situações diferentes recebam tratamentos iguais.

## **5.2 ACÓRDÃO EM QUE A PRESUNÇÃO É RELATIVIZADA**

### **5.2.1 Breve Introdução do Caso**

“Com vista dos autos, observei que estamos diante de uma situação clara quanto aos fatos. Sobre esses fatos firmou-se uma tese jurídica, e quer-se saber se o Supremo Tribunal a abona ou rejeita. A tese é a de que, ocorrendo crime contra os costumes, contando a vítima idade inferior a 14 anos (e o réu, naturalmente, idade superior a 18 anos), o estupro, que a ordem jurídica brasileira contemporânea denomina crime hediondo, é uma conclusão jurídica inevitável. A questão é saber se a presunção de violência, nesse caso, é inafastável, e se, portanto, os operadores do direito envolvidos num processo dessa índole estão dispensados de refletir: considerada apenas a idade das partes e a ocorrência do relacionamento sexual, proclamariam sumariamente a ocorrência de estupro” (HC 73.662, voto do ministro Francisco Rezek).<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> STF: HC 74.580/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17/12/1996.

<sup>57</sup> STF: HC 81.268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/10/2001.

<sup>58</sup> STF: HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/05/1996.

A fala do ministro Francisco Rezek retrata o cerne da discussão trazida ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 73.662/MG: a presunção de violência prevista pelo artigo 224, *a* do Código Penal é absoluta ou relativa?

No caso em questão, Márcio, com 24 anos à época dos fatos, foi condenado em primeira instância à pena de nove anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de estupro (art. 213, CP) mediante violência presumida (art. 224, *a*, CP), contra Maria Adelaide, de 12 anos de idade. Posteriormente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reduziu a pena para seis anos de reclusão.

Segundo o ministro Marco Aurélio, relator do caso, a ação penal que deu origem ao processo parece ter surgido única e exclusivamente da reação do pai da vítima. Constam do seu voto os seguintes trechos de depoimentos realizados em instâncias ordinárias – o primeiro, feito pela vítima, e o segundo, por uma testemunha de defesa:

“(...) já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais com o réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com pai não é muito bom e que o pai a pressionou para comparecer perante a autoridade; que transou com Valdir num sítio abandonado perto da fábrica” (HC 73.662, trecho da decisão condenatória, constante do voto do ministro Marco Aurélio).

“(...) tinha conhecimento de que Márcio saía junto à menor Maria Adelaide Noronha; que, igualmente ficou sabendo que ambos mantiveram relações sexuais; que a vítima aparentava ter uns 15 ou 16 anos; é do conhecimento do declarante que ela saía com outros; que chegou a ver a menor sair à noite com outras pessoas de moto; que a menor anda muito pela noite ficando até a madrugada na rua e o depoente a considera uma prostitutazinha.” (HC 73.662, trecho da decisão condenatória, constante do voto do ministro Marco Aurélio).

A partir do exame da prova coligida, sustenta a defesa que o fato de a vítima ter confessado em juízo a vontade com a prática da relação sexual,

além de aparentar ser mais velha, tanto sob o aspecto físico quanto sob o aspecto mental, impediriam a condenação do paciente, que teria pressuposto manter conjunção carnal com pessoa de idade superior aos 16 anos, verificando-se, assim, o erro de tipo.

Ao proferir seu voto, Francisco Rezek afirmou que se estava diante de um caso penoso, que certamente dividiria os ministros, antecipando, com isso, as dificuldades que cercariam o julgamento daquele *habeas corpus*<sup>59</sup>.

De fato, a questão dividiu a Segunda Turma: de um lado, saiu vencedora a posição defendida pelo relator Marco Aurélio, confirmada por Francisco Rezek e Maurício Corrêa, no sentido de que a presunção de violência cede às circunstâncias do caso concreto; de outro, não sem antes tentar levar a discussão ao Plenário do Tribunal – conforme será explicado adiante –, restou vencida a posição de Carlos Velloso e Néri da Silveira, que afirmavam ser a presunção absoluta, não admitindo provas em contrário.

Essa divisão, contudo, ultrapassou os muros do Supremo e do Poder Judiciário: julgado em 1996, imprensa, cidadãos e senadores opinaram e repercutiram os efeitos dessa decisão, que, adequada ou não, é até hoje bastante lembrada (ver item 5.6).

Por se tratar do único caso em que o STF conferiu caráter relativo à presunção de violência, optou-se, na presente pesquisa, em proceder a sua análise em apartado dos demais acórdãos. Acredita-se que essa seja a melhor forma de abordar com mais profundidade os fatos e as repercussões de um julgamento que se revelaria isolado na jurisprudência da Corte.

Inicialmente, serão elencados os argumentos de que se valeram os ministros no julgamento do presente *habeas corpus*, transcrevendo-se trechos dos votos que demonstram a sua utilização. Em seguida, serão feitos comentários a respeito da posição individual dos ministros,

---

<sup>59</sup> “Nas circunstâncias deste caso, que certamente nos dividirá e que é penoso para todos, não me parece apropriado proclamar uma tese de alto risco, porque lança cidadãos comuns, acaso irresponsáveis ou pouco escrupulosos, mas seguramente incapazes de cometer um verdadeiro crime de estupro, na categoria de criminosos hediondos” (HC 73.662, voto do ministro Francisco Rezek).



procurando-se verificar qual foi o posicionamento de cada um em casos julgados posteriormente ao HC 73.662. Finalmente, serão feitas breves considerações acerca das repercussões geradas por este julgamento dentro e fora do STF.

### **5.2.2 Argumentos utilizados**

No julgamento do HC 73.662, são utilizados todos os argumentos analisados no item 5.1.1, à exceção de um, qual seja, o argumento da constitucionalidade de dispositivo do Código Penal, pois não se contesta, no caso, a recepção da norma penal pela CF/1988.

Tendo em vista que os demais argumentos já foram explicados no item 5.1.1, não se procederá a uma nova explanação do que significam, sendo trazidos apenas alguns trechos do caso em questão que os retratam.

### **5.2.3 Comportamento da vítima**

Para os ministros que relativizaram a presunção de violência, o comportamento da garota de 12 anos deve ser levado em conta, conforme se depreende da leitura dos seguintes trechos:

“A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como já são apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público” (HC 73.662, voto do ministro Marco Aurélio).

“(…) que a jovem já não era mais virgem e que já havia mantido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida pregressa, e ademais que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava” (HC 73.662, voto do ministro Maurício Corrêa).

Já para aqueles que tomam a presunção como absoluta, a conduta da menor de 14 anos não importa na solução do caso concreto:

“A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura (...)” (HC 73.662, voto do ministro Carlos Velloso).

#### **5.2.4 (Ir) relevância do consentimento e da experiência anterior da vítima**

De acordo com os ministros que relativizaram a presunção, o consentimento da menor de 14 anos existe e é válido. Assim, anuindo com a prática da relação sexual, não se verifica o constrangimento, próprio ao tipo do art. 213, CP, de modo que não poderia haver condenação pelo crime de estupro:

“Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade (...). De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização.” (HC 73.662, voto do ministro Marco Aurélio).

“Temos aqui uma hipótese de atividade sexual consentida, absolutamente espontânea, e isso é incontroverso. Expressões usadas pela vítima M.A.N., que o voto do relator reproduziu, o deixam claro (...). A questão é saber se, numa hipótese de sexo consentido, a idade inferior a 14 anos que a mulher ostenta (sem embargo do seu aspecto físico, que fazia supor algo diferente, e das suas circunstâncias) obriga a entender absoluta a presunção do art. 224 do Código Penal e leva, inexoravelmente, à condenação por estupro. Penso que isso não é justo” (HC 73.662, voto do ministro Francisco Rezek).

Em sentido contrário argumentam Carlos Velloso e Néri da Silveira. Para eles, não tendo a menor de 14 anos capacidade para consentir livremente, qualquer afirmação no sentido de que desejara a relação é infundada, já que resultante de uma manifestação inválida:

“O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as consequências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Cód. Penal, art. 224, a,)” (HC 73.662, voto do ministro Carlos Velloso).

“Não logra, desse modo, também, maior relevo, a tão invocada expressão da vítima de que ‘assim agiu porque *pintou* vontade” (HC 73.662, voto do ministro Néri da Silveira).

### **5.2.5 Função da norma**

A ideia de que o art. 224, a, do Código Penal, representa um mecanismo de proteção aos menores de 14 anos consta somente dos votos que a consideram absoluta (Carlos Velloso e Néri da Silveira).

Mais uma vez aparece a preocupação com o fato de que uma decisão que a afastasse poderia representar um incentivo à prostituição infantil. Assim, volta-se a refletir sobre o fato de os ministros aparentemente defenderem “teses em abstrato” quando da análise de casos que devem ser individualizados:

“Tal interpretação, ‘data venia’, - além de negar o texto da lei, sua finalidade que é a proteção do menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas, simultaneamente, exige, dos Poderes

Públicos e das instituições privadas, a assistência moral e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana. (HC 73.662, voto do ministro Néri da Silveira).

O ministro Velloso chega a mencionar a cobrança feita ao governo brasileiro por parte de determinadas organizações no que diz respeito ao combate da exploração sexual de menores:

“O Supremo Tribunal Federal está tomando, neste caso, decisão das mais importantes, dado que, de lege lata, a menor tem a proteção da lei, proteção, aliás, em casos como este que decorre da própria Constituição Federal, que estabelece, no §4º do art. 227, que ‘A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’. Hoje, sabemos todos, a imprensa noticia, organizações não governamentais nacionais e internacionais reclamam do governo brasileiro medidas e providências rigorosas contra a prostituição infantil, contra a exploração sexual de menores” (HC 73.662, voto do ministro Carlos Velloso).

### **5.2.6 Mudança da sociedade e função do intérprete**

O argumento da mudança da sociedade e do papel que cabe ao intérprete nesse contexto é aquele no qual mais se detêm os ministros que relativizam a presunção de violência.

A questão do esvaziamento da norma penal ante todas as alterações vividas pelo Brasil nos quase 56 anos que separam sua promulgação e o julgamento do presente *habeas corpus* é suscitada com veemência pelo ministro Marco Aurélio:

“(…) Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo de modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse com doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não há de se igualar, por absolutamente

inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria. Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez” (HC 73.662, voto do ministro Marco Aurélio).

Em decorrência dessa constatação, o ministro deixa patente qual é a sua visão sobre o papel que cabe ao Poder Judiciário:

“Afinal, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis não? Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente” (HC 73.662, voto do ministro Marco Aurélio).

Maurício Corrêa também percebe a mudança da sociedade, afirmando:

“Cuida-se de exercício demasiadamente precoce da liberdade sexual – eu o diria precoce mesmo agora, à aproximação do século XXI, embora reconhecendo que não se cuida mais de um fenômeno raro” (HC 73.662, voto do ministro Maurício Corrêa).

Sua premissa o direciona à mesma conclusão feita pelo Ministro relator quanto ao papel do magistrado:

“(...) Deveria ou deverá o juiz estar alcidamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das invocações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?! Entendo que não” (HC 73.662, voto do ministro Maurício Corrêa).

Embora se diga “consternado”, Francisco Rezek entende que a não concessão do *habeas corpus* representaria uma “tese arriscada”, expondo, também, sua visão sobre a função do Poder Judiciário:

“O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de *habeas corpus*, é a convicção de que não concedê-la significaria proferir, no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro. Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, criminoso hediondo o rapaz” (HC 73.662, voto do ministro Francisco Rezek).

Em sentido diverso mostram-se os ministros vencidos.

O ministro Néri da Silveira enaltece o papel que tem o magistrado de não atender a “uma época de liberação sexual”, minimizando, assim, a “crescente dissolução dos costumes”:

“O Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionalidade, cumprindo-lhe, destarte, não dar às leis interpretação que, aparentemente, atenderia a uma época de liberação sexual, mas que, em verdade, conduzirá à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a crescente dissolução dos costumes”(HC 73.662, voto do ministro Néri da Silveira).

Para Carlos Velloso, o papel do magistrado estaria definido pelo art. 227, §4º, da Constituição Federal, que serviria de roteiro para que o juiz interpretasse o art. 224 do Código Penal:

“A norma inscrita no §4º do art. 227, da Constituição Federal – ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’ – determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, *a*, do Cód. Penal, a maior amplitude” (HC 73.662, voto do ministro Carlos Velloso).

### **5.2.7 Dúvida acerca da idade da vítima e erro de tipo**

No presente caso não existem discussões a respeito da verdadeira idade da vítima, uma vez que não havia qualquer incerteza quanto ao fato de ter ela nascido no dia 21/10/1979. Em função disso, apenas o erro de tipo é analisado no acórdão.

O relato de que a jovem aparentava idade superior a 14 anos é utilizado como argumento pelos ministros que relativizam a presunção de violência para sustentar que, diante da demonstração de “erro de tipo”, não poderia ser punido o réu:

“A idade da menor – embora, ao que tudo faz crer, despercebida do réu, que a supunha um pouco menos jovem (...)” (HC 73.662, voto do ministro Francisco Rezek).

“Ora, é preciso levar em conta também a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a ambiência, enfim, criada no momento exato da relação, para

se aferir se naquele instante deveria ou não julgar ou estimar se se tratava de menor de 14 anos ou não – moça já formada e que aparentava ser maior de idade!! (HC 73.662, voto do ministro Maurício Corrêa).

Néri da Silveira argumenta, por vez, que, além de não comprovada devidamente pela sentença, a tese do erro de tipo não poderia se sustentar na afirmação feita pela testemunha de defesa:

“É de notar, assim, que no exame das provas, a sentença não assentou que a menor aparentasse mais de doze anos de idade, como se pretende na inicial do habeas corpus. Ao recusar, por fundamentos jurídicos, a alegação da defesa, afirmou, inclusive, que isso seria, no ponto, irrelevante (...). À evidência, a fotografia de fls. 19, trazida com a inicial, nada prova, desde logo, por absoluta falta de identificação das seis meninas que nela são vistas e da data a que corresponde. Nem seria invocável mera afirmação de uma testemunha de defesa, companheiro do paciente” (HC 73.662, voto do ministro Néri da Silveira).

### 5.2.8 Precedente

Uma das justificativas dadas pelo ministro Néri da Silveira ao conferir caráter absoluto à presunção de violência é o de que seu voto mantém a jurisprudência da Corte. Para tanto, transcreve as ementas do *habeas corpus* 51.500<sup>60</sup>, julgado em 1973, e dos Recursos Extraordinários 116.649<sup>61</sup> e 108.267<sup>62</sup>, julgados, respectivamente, em 1988 e 1989:

“A posição adotada pela sentença e pelo acórdão guardam conformidade com a jurisprudência do STF” (...). Com a devida vênia, mantenho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque é a que melhor atende aos objetivos da lei, à exigida proteção social aos menores de quatorze anos e aos interesses maiores da sociedade. Indefero o *habeas corpus*” (HC 73.662, voto do ministro Néri da Silveira).

---

<sup>60</sup> STF: HC 51.500/GB, Rel. Min. Antonio Neder, j. 21/11/1973.

<sup>61</sup> STF: RE 116.649/PR, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 09/09/1988.

<sup>62</sup> STF: RE 108.267/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 21/03/1989.



Afirma-se aqui, mais uma vez, a importância que devem ter os precedentes na construção da jurisprudência de um Tribunal, o qual não deve, contudo, esquecer-se dos fatos particulares que cercam cada caso analisado, bem como do contexto e do ordenamento jurídico vigente à época <sup>63</sup>.

Os ministros Corrêa e Rezek parecem levar essa particularidade em consideração, pois mencionam a possibilidade de julgar de modo diverso futuramente:

“Volto a dizer que poderia, numa situação variante desta dos autos, entender que houve algum constrangimento, e que por isso, em razão da idade da vítima, presumiremos a violência, se qualquer elemento circunstancial contribuísse nesse sentido. Por exemplo, se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a menoridade dela; se houvesse uma relação hierárquica qualquer; se fosse ele o chefe, o tutor, o parente, o empregador, o professor, o filho do patrão, o guru, o astro pop, o líder da banda... Nada disso. O que temos aqui é uma hipótese de sexo entre dois jovens (ela jovem demais) não vinculados por nenhum fator que pudesse, de algum modo, contaminar a vontade de um deles, significando uma forma, ainda que incomum, de constrangimento” (HC 73.662, voto do ministro Francisco Rezek).

“Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente erga omnes, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal quaestio, ressalva essa que faço questão de anotar” (HC 74.215, voto do ministro Maurício Corrêa).

### **5.3 Proposta de remessa ao Plenário**

Após os votos proferidos por Marco Aurélio, Francisco Rezek, Maurício Corrêa e Carlos Velloso, isto é, quando o julgamento estava com o placar de 3 a 1 favoravelmente à concessão do *habeas corpus*, o ministro

---

<sup>63</sup> Os casos citados como precedentes pelo ministro Néri da Silveira foram julgados, por exemplo, sob a égide da Constituição de 1967/1969.

Néri da Silveira, presidente da Segunda Turma, propõe uma questão de ordem para que o julgamento do caso fosse remetido ao Plenário do Tribunal, pois, de acordo com ele, havia o risco de a Turma divergir da posição anteriormente adotada tanto por ela quanto pela Primeira Turma:

“Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões. Tenho considerado sempre de meu dever, como Presidente da Turma, zelar para que as questões de real importância, que nela se apreciem, sejam encaminhadas ao Plenário ou, ainda, quando exista divergência efetiva entre as Turmas da Corte. Convém, sempre, pelo reflexo do julgamento na sociedade e para esta, que o plenário julgue a causa e trace a orientação do Supremo Tribunal Federal” (HC 73.662, voto do ministro Néri da Silveira sobre proposta de remessa ao Plenário).

O final de sua fala, porém, revela uma preocupação com as possíveis repercussões geradas pelo julgamento do caso:

“O Supremo Tribunal Federal é um tribunal que define princípios. Assim, se esta matéria tem o relevo que realmente possui, o que já se depreende do noticiário sobre o início do julgamento pela Turma, importante é que a decisão seja tomada pelo Plenário” (HC 73.662, voto do ministro Néri da Silveira sobre proposta de remessa ao Plenário).

Tais repercussões não são deixadas de lado pelo ministro Marco Aurélio, ao rejeitar a proposta de remessa do julgamento ao Plenário:

“Senhor Presidente, cabe, aqui, indagar: é razoável – e este é um princípio constitucional implícito – pensarmos, com três votos concedendo a ordem, no deslocamento deste habeas corpus para o Pleno? Isso gerará uma perplexidade, tendo em vista que o Impetrante e, também, o meio acadêmico, em virtude da veiculação do caso pelos jornais, pelos periódicos, vêm acompanhando o julgamento com uma certa expectativa. Não me sentiria à vontade em acolher a proposta formulada por V. Ex<sup>a</sup>, para deslocar este processo ao Pleno em face ao quadro até aqui patente: a Turma, por três votos a dois, está concedendo a ordem” (HC 73.662,

voto do ministro Marco Aurélio sobre proposta de remessa ao Plenário).

Por maioria, a proposta é rejeitada, ficando vencidos, também nesse ponto, os ministros Néri da Silveira e Carlos Velloso.

## **5.4 Ministros que julgaram o caso**

Neste item serão feitos comentários a respeito da posição individual dos ministros, procurando verificar como cada um deles referiu-se, em julgados posteriores, à decisão tomada no HC 73.662.

### **5.4.1 Ministro Marco Aurélio: de vencedor a vencido**

De acordo com o ministro Marco Aurélio, o HC 73.662 foi o primeiro caso que ele julgou sobre a matéria no STF <sup>64</sup>. Seu voto foi proferido no dia 16 de abril de 1996, ao que se seguiu pedido de vista formulado por Francisco Rezek. Retomado no dia 14 de maio do mesmo ano, data em que Rezek, Corrêa e Velloso votaram, o julgamento foi novamente interrompido em virtude de pedido de vista formulado por Néri da Silveira, presidente da Turma.

A notícia publicada no jornal *O Estado de São Paulo* do dia 17 de maio de 1996 dá uma pequena ideia do clima que cercava o julgamento do caso. Intitulada de *Julgamento de estupro divide opiniões no STF* <sup>65</sup>, diz um trecho da matéria:

“Um homem deve ser condenado pelo crime de estupro por manter relações sexuais com uma menor que confessou ter se envolvido porque ‘pintou vontade’? A dúvida divide os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que decidirão o

---

<sup>64</sup> Essa informação foi dada pelo próprio ministro em entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo*, 27 de maio de 1996, página 19: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19960527-37476-nac-0019-cid-c3-not/busca/presun%C3%A7%C3%A3o+viol%C3%Aancia>

<sup>65</sup> *O Estado de São Paulo*, 17 de maio de 1996, página 27: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19960517-37466-spo-0027-cid-c7-not/busca/Julgamento+estupro+divide+opini%C3%B5es+STF>

futuro do mineiro Márcio Luiz de Carvalho, acusado de constranger uma menina de doze anos no distrito de Carmo de Minas, em 1991. A absolvição significará a abertura de precedente para os demais tribunais em casos semelhantes. Relator do tema, o ministro Marco Aurélio de Mello já absolveu o rapaz, alegando que não estaria caracterizado 'constrangimento à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça', agravada quando a vítima é menor de 14 anos.

Na sessão para análise do assunto, no entanto, seu colega, ministro Néri da Silveira, entrou com pedido de vistas ao processo, preocupado com as possíveis repercussões de uma decisão considerada 'progressista' pelo próprio ministro Mello pelo fato de pôr em questão o Código Penal".

Somente no dia 21 daquele mês o *habeas corpus* viria a ser decidido em definitivo, não sem antes ser votada proposta de remessa de seu julgamento ao Plenário.

Além de representar o único acórdão da jurisprudência do STF em que a presunção de violência foi relativizada, o HC 73.662 constitui o único caso da presente pesquisa no qual Marco Aurélio foi relator. Tal dado nos faz pensar no peso que tem a atuação deste Ministro como relator, isto é, quando profere o voto antes dos demais membros da Corte. Tanto o voto do ministro Rezek quanto do ministro Corrêa, em especial, referem-se à sua decisão:

"O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de habeas corpus (...). Estou na contingência, assim, de acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de habeas corpus" (Francisco Rezek).

"Deixo de acrescentar quaisquer outros adinículos, porque me satisfaço com o voto do Relator, a que agora se acrescenta o exato e circunstanciado pronunciamento do ministro Francisco Rezek" (Mauricio Corrêa).

Assim, indaga-se se outros casos, e mesmo o presente HC, não teriam resultado diferente caso o relator fosse outro ministro.

Diante da impossibilidade de se responder a tal questão, resta apenas verificar qual foi a posição do Ministro em casos posteriores de que

participou. Mesmo não tendo acesso ao teor de todos os seus votos, constata-se que nem sempre decidiu pela concessão da ordem em favor do réu. Seus votos aparecem nos HC 74.983 <sup>66</sup>, em que entendeu, juntamente com os demais ministros, pela recepção do art. 224, CP, e os votos nos quais ficou vencido <sup>67</sup>. Neles, as referências ao HC 73.662 são feitas ora para reforçar o papel que tem o juiz de “atualizar” a interpretação de norma possivelmente obsoleta, ora para cobrar coerência da Segunda Turma <sup>68</sup>, que já relativizara a presunção uma vez:

“Aliás, quando entrou em vigor o Código atual, aplicável à espécie, houve uma grita generalizada, porque, em relação ao Código pretérito, que estava em vigência, reduziu-se a idade, para chegar-se à presunção da violência, de dezesseis para catorze anos. E hoje são passados mais de cinquenta anos da vigência do Código Penal. Por isso mesmo, no precedente mencionado da tribuna, aventei se não seria o caso de caminhar-se para uma nova redução” (HC 76.246, voto do ministro Marco Aurélio). <sup>69</sup>

“Peço vênia àqueles que me antecederam para dizer que o Paciente merece a mesma sorte que teve, nesta Turma, o Paciente do *Habeas Corpus* nº 73.662. A diferença está apenas na qualificação: no primeiro, tratava-se de um encanador e, no caso concreto, temos um pedreiro, um homem, portanto, que se presume não seja de escolaridade maior, a ponto de se acautelar e, antes de manter, com a concordância da mulher, a relação sexual, pedir a identidade para saber a sua faixa etária. Peço vênia para, no caso – e estou julgando, ainda, na própria Segunda Turma que concedeu a ordem no Habeas- Corpus n 73.662 -, divergir e concluir- havendo ficado comprovada a vida dissoluta da moça; havendo ficado comprovado que o Paciente não teve ideia de estar se relacionando com uma mulher menor de catorze anos, bem como com a concordância desta, no sentido de conceder a ordem” (HC 76.246, voto do ministro Marco Aurélio). <sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> STF: HC 74.983/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 30/06/1997.

<sup>67</sup> O Min. Marco Aurélio ficou vencido no julgamento dos HC 76.246; 93.263; 97.052; 109.206 e do RHC 79.788.

<sup>68</sup> Ressalta-se que, embora a composição da Segunda Turma fosse quase a mesma em relação ao julgamento do HC 73.662, o ministro Rezek já se aposentara, entrando em seu lugar Nelson Jobim.

<sup>69</sup> STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

<sup>70</sup> STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

A referência ao HC 73.662 também é feita como fundamentação para voto proferido em outro caso. Como mencionado no item 5.1.1.8, no HC 97.052, sem fazer qualquer consideração acerca dos autos em questão, o ministro apenas transcreve a justificativa feita naquele caso:

“Reporto-me ao voto que proferi no célebre caso, na Segunda Turma, para conceder a ordem. E, se diante de situações concretas, se der à presunção de violência caráter absoluto, as prisões brasileiras não serão suficientes para custodiar todos os envolvidos com menores. Transcrevo a justificativa de voto, tendo em conta o precedente a que me referi, um empate concedido, na Segunda Turma, à ordem” (HC 97.052, voto do ministro Marco Aurélio).<sup>71</sup>

Finalmente, uma consideração. No HC 109.206, Marco Aurélio se contrapõe ao entendimento do STJ, que, na via afunilada do recurso especial, modificara o entendimento das instâncias ordinárias, condenando o paciente:

“Presidente, Juízo e Órgão revisor decidiram a favor do paciente, examinando a prova, os elementos coligidos ao processo crime. O Superior Tribunal de Justiça, numa via afunilada, que é a do recurso especial, de natureza extraordinária, veio a reformar essa decisão. E o fez potencializando, a mais não poder, a presunção de violência pela idade da vítima e desprezando as premissas fáticas constantes das duas decisões formalizadas no âmbito ordinário” (HC 109.206, voto do ministro Marco Aurélio).

Todavia, cabe lembrar que no HC 73.662 as instâncias ordinárias também não haviam acolhido a tese de erro de tipo, que veio a ser utilizada pelo STF como argumento para absolver o réu. Diante disso, cabe questionar se o ministro Marco Aurélio teria feito no HC 73.662 algo com o qual afirmou, posteriormente, não concordar, ou se neste caso o erro de tipo se mostrava tão evidente que podia ser constatado até mesmo em uma via restrita.

---

<sup>71</sup> STF: HC 97.052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011.

#### **5.4.2 Ministro Francisco Rezek: aposentadoria após o HC 73.662**

Depois que o ministro Marco Aurélio proferiu seu voto, Francisco Rezek pediu vista do processo. Menos de um mês depois, decidiu o presente caso no mesmo sentido que o Ministro relator, argumentando, sobretudo, acerca da necessidade de a máquina judiciária refletir diante do caso concreto.

Em razão ter se aposentado menos de nove meses <sup>72</sup> após o julgamento do HC 73.662, não é possível verificar o posicionamento do ministro em julgamentos posteriores a este, uma vez que, nesse intervalo, houve apenas um caso da Segunda Turma tratando sobre matéria semelhante, do qual não consta o voto por ele proferido <sup>73</sup>.

#### **5.4.3 Ministro Maurício Corrêa: o magistrado que “refletiu”**

Se o ministro Marco Aurélio Mello nunca mais relatou um caso sobre igual matéria, o mesmo não pode ser dito em relação ao ministro Maurício Corrêa, relator dos HC 74.215 <sup>74</sup>; 75.414 <sup>75</sup> e 74.700 <sup>76</sup>. No HC 76.246 <sup>77</sup>, de relatoria do ministro Carlos Velloso, também consta o seu voto. Em todos esses casos, percebe-se que, ao contrário daquilo sustentado no HC 73.662, Corrêa entendeu pelo caráter absoluto da presunção de violência.

Acredita-se que isso não signifique, por si, uma incoerência na posição do Ministro, que, diante de casos diferentes, poderia ter efetivamente se convencido da ocorrência de estupro contra a vítima menor

---

<sup>72</sup> O ministro Francisco Rezek aposentou-se em 5 de fevereiro de 1997.

<sup>73</sup> Trata-se do HC 74.215, em relação ao qual não se pode afirmar sequer se o ministro Rezek estava presente, devido a uma confusão constante do extrato de ata, que afirma, em um momento, que estava ausente, justificadamente, o ministro Marco Aurélio e, depois, afirma que este estava presente, e quem estava ausente era, na verdade, o ministro Rezek.

<sup>74</sup> STF: HC 74.215/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/09/1996.

<sup>75</sup> STF: HC 75.414/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/06/1997.

<sup>76</sup> STF: HC 74.700, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 04/03/1997.

<sup>77</sup> STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

de 14 anos. O próprio ministro Corrêa ressalvara, no HC 73.662, que aquela posição não seria vinculante:

“Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente erga omnes, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal quaestio, ressalva essa que faço questão de anotar” (HC 73.662, voto do ministro Maurício Corrêa).

Desse modo, o que se procura demonstrar aqui não é uma incoerência do ministro Maurício Corrêa quanto à decisão tomada nos casos analisados posteriormente, mas sim, no modo como ele modifica o uso dos mesmos argumentos.

Isso fica claro quando se analisa o uso do argumento da “mudança da sociedade e do papel do intérprete”.

No julgamento do HC 73.662, o Ministro afirma expressamente que o juiz não poderia ficar preso à rigidez de um ordenamento penal obsoleto, diante da constatação de que a juventude brasileira não guardava mais semelhança com aquela na qual fora elaborado o Código Penal. Nesse ponto, inclusive, chega a afirmar que o poder legislativo caminha a “passos de tartaruga”:

“Não sei se o juiz deveria ficar infenso ao fenômeno social de profundas transformações que tem sofrido a sociedade brasileira, com influência direta sobre a juventude, que não mais pode ser contida em casa, mesmo com a vigilância permanente e pessoal dos pais, sem se agitar e mesmo se excitar com a profusão de informações que recebe, com a prodigalidade com que os meios de comunicação e a informática transmitem e veiculam as imagens e cenas de toda ordem, provocando e incentivando a que os jovens não se confinem em suas casas – situação hoje impossível de ser controlada pelos pais ou responsáveis, com poucas exceções -, para se liberarem para os bares, ‘danceterias’, ‘choperias’, festivais de toda ordem, ‘boites’, clubes, praias e tantos outros locais que funcionam como verdadeiros chamarizes, onde deságuam e realizam as suas fantasias. Deveria ou



deverá o juiz estar algidamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das invocações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?! Entendo que não” (HC 73.662, voto do ministro Maurício Corrêa).

Outro é o uso que faz desse argumento no julgamento do HC 76.246, um ano e nove meses após o HC 73.662. Em sentido totalmente contrário ao que antes defendera, Maurício Corrêa afirma, agora, que enquanto a alteração do Código Penal não fosse concluída pelo Poder Legislativo, não se sentia autorizado, como magistrado, a dar outra interpretação ao dispositivo de lei:

“Com a reforma do Código Penal que está em andamento, este tema, naturalmente, será objeto de debate por parte daqueles que elaborarão as alterações da legislação penal brasileira. Por enquanto sinto-me, como disse, na contingência de acompanhar o eminente Relator, exatamente com base no preceito penal mencionado” (HC 76.246, voto do ministro Maurício Corrêa).<sup>78</sup>

Em outra situação, todavia, afirma que existem situações “especialíssimas” que impõem ao juiz o dever de adaptar a norma ao caso concreto:

“Da leitura deste excerto do acórdão deflui que não estamos diante de uma daquelas situações especialíssimas que impõe ao juiz a atenuação da norma penal para adaptá-la ao caso concreto, sob pena de cometer injustiça consciente” (HC 74.700, voto do ministro Maurício Corrêa).<sup>79</sup>

Desse modo, surge a dúvida: qual é de fato o papel que o ministro Maurício Corrêa atribui ao Poder Judiciário diante de uma norma sobre a

---

<sup>78</sup> STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

<sup>79</sup> STF: HC 74.700/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 04/03/1997.

qual existe discussão relacionada a um possível esvaziamento de seu conteúdo? Ainda que os casos julgados mostrem-se diferentes, acredita-se que ao menos o uso dos argumentos deveria caminhar em uma mesma direção, ou seja, ou o Judiciário pode “atenuar” o rigor da norma, ante a inércia do Legislativo, ou não pode fazê-lo nunca. A inconstância na utilização do argumento poderia sugerir que o Ministro dele se utiliza conforme a conveniência da situação.

Maurício Corrêa também chega a dizer que “refletira” após o julgamento do HC 73.662, de forma que passava agora a dar a interpretação que lhe parecera correta, ante a “explícita” regra do art. 224, a, do CP:

“Todavia, numa maior reflexão, quando trouxe os autos do Habeas Corpus nº 74.700 para julgar, embora não alterasse nada do que foi expendido, no sentido conceitual, pelo eminente ministro Marco Aurélio, vi-me na contingência de ter que dar a interpretação, que me pareceu correta, em face da explícita regra do art. 224 letra ‘a’ do Código Penal brasileiro. Não vejo como, depois dessa meditação, sustentar a tese de que a facilitação por parte da vítima menor de 14 anos, para que se realize o ato de conjunção carnal, não elide a figura do reconhecimento presumido. Por isso mesmo, senti-me - após esse reexame, refluindo àquele entendimento -, de repensar a tese, como faço agora, para admitir a presunção de violência quando praticada contra menor de 14 anos”. (HC 76.246, voto do ministro Maurício Corrêa).<sup>80</sup>

#### **5.4.4 Ministro Carlos Velloso: exaltando a posição vencida no HC 73.662**

Após o julgamento do HC 73.662, Carlos Velloso foi relator de dois casos estudados por esta pesquisa, quais sejam, o HC 74.983<sup>81</sup>, levado ao julgamento do Plenário, e do HC 76.246<sup>82</sup>, decidido também pela Segunda Turma<sup>83</sup>. Nas duas oportunidades, o Ministro transcreve a íntegra do voto

---

<sup>80</sup> STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

<sup>81</sup> STF: HC 74.983/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 30/06/1997.

<sup>82</sup> STF: HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1998.

<sup>83</sup> Ressalta-se que o Ministro Velloso participou do julgamento de outros casos, dos quais não consta, contudo, seu voto, mas tão somente a referência de que seguiu a posição vencedora.

por ele proferido no HC 73.662, fazendo questão de ressaltar que ficara vencido e que não concordava com a posição então firmada:

“A respeito da questão da capacidade para consentir livremente, por parte de uma menor de 14 anos, levada à prática da conjunção, disse eu no voto que proferi por ocasião do julgamento, na 2ª Turma, no HC 73.662, referido, aliás, na inicial (transcreve integralmente o voto proferido)” (HC 74.983, voto do ministro Carlos Velloso).

“No julgamento do referido *habeas corpus*, restei vencido, na honrosa companhia do eminente Min. Néri da Silveira (transcreve integralmente o voto proferido). A proposta formulada pelo eminente Presidente da Turma, Min. Néri da Silveira, de afetar ao Plenário o julgamento da causa, foi indeferida, ficando vencidos o Min. Néri e eu” (HC 76.246, voto do ministro Carlos Velloso).

#### **5.4.5 Ministro Néri da Silveira: preocupação com as repercussões da decisão**

Conforme já mencionado, o ministro Néri da Silveira demonstrou-se preocupado com as possíveis repercussões que o julgamento do HC 73.662 pudesse estar gerando na mídia, uma das razões pelas quais propôs que o caso fosse decidido pelo Plenário do Tribunal. Vencido também nesse ponto, o Ministro ressalta, no único caso posterior a este do qual consta seu voto, que aquela decisão da Segunda Turma representara algo isolado na jurisprudência da Corte:

“Devo esclarecer que, posteriormente, outros feitos na Turma não seguiram essa decisão, que, assim, há de ser isolada. Em outros julgamentos – e, aliás, o eminente Ministro Maurício Corrêa a eles se referiu – a Turma tomou essa decisão. Naquela oportunidade, foi um quorum mínimo de três a dois; foi o único julgamento em que, efetivamente, se admitiu a tese sustentada por V. Exa. Posteriormente, com o reexame da matéria pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, que acompanhara V. Exa., formando o quorum de três, a Turma retomou orientação da jurisprudência do Tribunal e da unânime posição da Primeira Turma, indeferindo o *habeas corpus*. Ainda na última sessão, extraordinária, em que não estavam presentes V. Exa. e o eminente Ministro Carlos Velloso, recorro que esta Turma

indeferiu o habeas corpus versando, também, sobre matéria semelhante” (HC 76.246, voto do ministro Néri da Silveira).

## 5.5 Repercussões da decisão

Pesquisando-se notícias da época<sup>84</sup> em que a decisão do HC 73.662 foi proferida, constatou-se que ela havia estimulado a elaboração de dois projetos de lei no Senado Federal.

Um deles, proposto três dias após o julgamento, procurava confirmar a decisão do STF, reduzindo a idade prevista no art. 224, *a*, do Código Penal, de 14 para 12 anos:

“Estimulado pela decisão do ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF) – que, ao relatar um habeas- corpus a favor do encanador Marcio Luiz de Carvalho, acusado de estuprar M.A.N., considerou que ‘nos nossos dias não há crianças, mas moças de 12 anos’ -, o senador José Bonifácio (PPB-TO), resolveu passar esse princípio para a legislação em vigor. Ele apresentou projeto de lei que altera o Código Penal nos dispositivos que tratam de violência sexual contra menor. Pela proposta do senador, a agravante em casos de violência sexual passaria a ser aplicada nos casos de vítimas que tenham menos de 12 anos. ‘Foi uma decisão corajosa do STF’, disse o senador em seu discurso. A proposta não tem data para ser votada (...). Ao apresentar o projeto, Bonifácio disse que queria adotar, na prática, a sentença do STF, referindo-se ao voto favorável à libertação do encanador, que em 1991, mantivera relações sexuais, por três vezes, com M.A.N., então com 12 anos, em Carmo de Minas (MG). Ele foi condenado a 6 anos e cumpria pena na cadeia pública de São Lourenço. Carvalho saiu da prisão quinta-feira” (*O Estado de São Paulo*, Caderno Cidades, 27 de maio de 1996).

O outro projeto tinha como autora a então senadora Benedita da Silva (PT-RJ). Apresentado um mês após a decisão do STF, visava afastar a interpretação dada pela Corte ao Código Penal, tornando absoluta a presunção de violência nas situações em que a conjunção carnal fosse praticada com menor de 14 anos:

---

<sup>84</sup> As notícias foram pesquisadas no *Acervo online* do Jornal *O Estado de São Paulo*: <http://acervo.estadao.com.br/>

“A violência contra crianças terá uma nova arma quando for sancionada a lei aprovada ontem pela Câmara modificando o Código Penal, presumindo a violência sexual como absoluta quando a vítima é menor de 14 anos, sem a possibilidade de prova em contrário. O texto muda o art. 224 do Código Penal, que hoje define a violência sexual como presumida. A modificação expressa a denúncia da criança ‘insusceptível de dúvida ou de esforço probatório, quando ela é menor de 14 anos, quando é débil mental ou alienada e o agressor conhecia essa circunstância. O projeto teve origem no Senado, em 1996, e sua autoria é da então senadora Benedita da Silva (PT-RJ), hoje vice-governadora do Rio. A idéia surgiu logo depois da polêmica da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) que absolveu um acusado de estuprar uma menina de 12 anos. O argumento dos magistrados foi que nos dias atuais ‘não há crianças, mas moças de 12 anos’ e é preciso ‘reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas’” (*O Estado de São Paulo, Caderno Cidades*, 29 de junho de 2000).

Com base nessas notícias, foi solicitado ao Senado Federal acesso aos respectivos projetos de lei, que, em resposta, enviou um e-mail com os links e as páginas em que podiam ser eles encontrados<sup>85</sup>. Embora o projeto de lei do senador José Bonifácio (PLS nº 111/1996) não mencione expressamente a decisão do HC 73.662, sua justificção evidencia o debate acerca do tema que vinha ocorrendo nos tribunais brasileiros:

“Com o escopo de trazer aos ilustres pares o debate sobre o assunto que ora se trava nos tribunais e ganha especial relevo da sociedade e, sobretudo visando a atualização da lei penal, o projeto concentra-se basicamente na diminuição do limite de idade para efeito de presunção de violência (art. 224), reduzindo-o para 12 (doze) anos. Prevê, ainda, de igual forma, a redução da idade de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos nas circunstâncias agravantes que compõem os tipos penais relativos aos crimes sexuais” (Justificação do PLS nº 111/1996).

Por sua vez, o projeto de lei da Senadora fluminense (PLS nº 135/1996) faz referência expressa à decisão do STF, chegando, inclusive, a transcrever trecho do voto do ministro Marco Aurélio:

---

<sup>85</sup> Projetos de lei do Senado (PLS): PLS 111 de 1996, publicado no dia 25/05/01996, disponível <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7200>, página 8.803. PLS 135 de 1996, publicado dia 21/06/1996, disponível <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=7298>, página 10.501.

“A recente polêmica criada com a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 14-05-96, de absolver acusado de estuprar menor de 12 anos, deixa margem à dúvida de como punir a violência sexual praticada contra menores de 14 anos, uma vez considerada a violência como relativa, e não a violência como absoluta. O voto do Ministro- Relator do Supremo Tribunal Federal concluiu pelo seguinte: ‘A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de 12 anos’. Esta polêmica criou um profundo sentimento de indignação porque, mais uma vez, a vítima, uma menina de 12 anos, quase adolescente, passou a ser ré (...). O objetivo da apresentação desta proposição é acrescentar a palavra absoluta para que não exista a possibilidade de prova em contrário, em relação a crimes definidos no Título VI do Código Penal, que os tipos encerram determinada ação praticada ‘mediante violência’ (Justificação do PLS nº 135/1996).

Enquanto o projeto de lei do senador Bonifácio foi arquivado em vista de parecer unânime da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), ratificado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS), a proposição da Senadora Benedita da Silva foi aprovada pelo Senado. Enviado para revisão da Câmara dos Deputados, foi aprovado com apenas uma Emenda, resultando, ao final, no seguinte texto:

“O Congresso Nacional decreta:  
Art. 1º. O art. 224 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:  
Art. 224. Presume-se a violência:  
I- absoluta, se a vítima:  
a) não é maior de catorze anos;  
b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância;  
II- relativa, se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.  
Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Contudo, quando submetido à sanção presidencial, foi vetado integralmente pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que o considerou contrário ao interesse público. Entre as razões

de seu veto, o Chefe do Poder Executivo menciona que o texto proposto não se mostrava capaz de resolver os problemas colocados à apreciação do Poder Judiciário:

“Todavia, com o respeito devido ao ilustre proponente, o projeto, em questão, não consegue arredar as dúvidas e as dificuldades encontradas na matéria, por não alterar estruturalmente o texto legal vigente, mesmo com suas falhas, sequer torná-lo mais compreensivo e menos controvertido. As exposições de motivos e justificativas, ambas de alto nível, são, sem dúvida, coerentes, muito bem fundamentadas, mas o texto apresentado para substituir o vigente não atende, no sentido de solucionar os problemas enfrentados diariamente nos tribunais. É de se notar que, além de inócua, por falta de atribuição de consequências específicas para cada uma das hipóteses que prevê, a norma proposta estabelece uma gradação da violência presumida, classificando-a como absoluta e relativa, o que parece ser absolutamente despropositado do ponto de vista do Direito Penal. Poder-se-ia falar, isto sim, na presunção absoluta ou relativa de violência, figura já contemplada em nosso ordenamento, e absolutamente distinta da prevista no Projeto de Lei de que ora se trata. Nesse sentido, somos, até que surjam propostas mais convincentes, pela manutenção do texto legal vigente” (Mensagem de veto nº 970, de 19 de julho de 2000).

A decisão do HC 73.662 também repercutiu nos processos acerca do tema que passaram a chegar ao STF, frequentemente invocando-o como precedente, buscando, com isso, a absolvição do réu.

Outro fato interessante em relação à repercussão do julgamento deste caso foi a constatação de que, em 1996, o vestibular para ingresso na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) teve a decisão do Supremo como tema. Trazendo dois textos que comentavam o julgado, um elogiando a decisão (*Justiça Moderna: Ministro do STF dá a largada para desempoeirar o Código Penal*)<sup>86</sup> e outro criticando o julgado (*Uma Senhora de 12 Anos*)<sup>87</sup>, dizia o enunciado da questão:

---

<sup>86</sup> *Revista Isto É*, nº 1390, 22 maio de 1996, página 12.

<sup>87</sup> SOUZA, Josias de. *Folha de São Paulo*, Caderno 1, página 2 – *Opinião*, 26 de maio de 1996.

“Um jovem de doze anos, hoje em dia, acumula e domina muitíssimo mais informações do que, num passado não muito distante, uma pessoa de até doze anos de idade. Por outro lado, em certos estratos sociais, as dificuldades da vida levam os indivíduos cada vez mais cedo a assumir o trabalho e a enfrentar situações características daquilo que se considera ‘estado adulto’. Os dois textos, ao focalizar um mesmo conflito real e polêmico, posicionam-se de maneira diferente quanto à decisão de um ministro do Supremo Tribunal Federal. O que está em jogo é uma questão ética que se projeta no sistema judiciário brasileiro. Você, certamente, tem opinião a respeito. Sendo assim, escreva uma redação em forma dissertativa sobre o seguinte tema: O jovem de doze anos, seu nível de consciência e responsabilidade”.

Percebe-se, portanto, que uma decisão do STF teve a força de provocar debates dentro e fora da Corte.

Internamente, pedidos de vista e discussões foram travadas entre ministros vencedores e vencidos, não somente naquele caso, mas em outros posteriores cujo tema se mostrava semelhante.

Externamente, por fomentar a interrelação entre os três Poderes da República: uma decisão do Judiciário tirou da inércia, ao menos momentaneamente, o Poder Legislativo, que, em dois projetos de conteúdo opostos, buscou se posicionar frente àquela decisão. Finalmente, fazendo uso de seu poder constitucional de veto, o Chefe do Executivo afastou uma dessas proposições, conforme exposto anteriormente. Ainda que essa relação seja própria à tripartição de Poderes, cabe uma pergunta: por que o Poder Legislativo precisou que uma decisão do STF fosse proferida para se movimentar? Certamente, para que essa questão chegasse ao conhecimento do Tribunal, a discussão sobre o tema já se dava em outros órgãos.<sup>88</sup> Por que então não se propôs antes uma alteração de um Código em vigor desde 1940? A rápida resposta que o Senado deu ao julgamento do HC 73.662 (três dias para a propositura do projeto do senador Bonifácio

---

<sup>88</sup> O próprio ministro Marco Aurélio chega a falar que a decisão dada no HC 73.662 não se tratou de uma decisão pioneira: “Foi com base, justamente, nessa premissa que a Segunda Turma, em acórdão que não se mostrou, no âmbito do Judiciário, pioneiro (...)” (HC 74.983, voto do ministro Marco Aurélio).



e 30 dias para o de Benedita da Silva) revela que, quando se sentem desafiados, os congressistas podem ser capazes de agir prontamente. Se a propositura deu-se de forma rápida, o mesmo não se pode dizer do trâmite legislativo, que durou, entre a proposta de Benedita e o veto presidencial, mais de quatro anos, período em que certamente inúmeras decisões sobre o tema foram proferidas pelo Judiciário.

Conforme se vê, a decisão do Tribunal se refletiu para além de Brasília. Notícias de jornais e revistas aplaudindo ou criticando o órgão máximo de nosso Poder Judiciário resultaram na reflexão proposta aos vestibulandos: qual seria o nível de consciência e responsabilidade dos jovens de doze anos?

Embora os impactos da decisão tenham se feito sentir pela sociedade brasileira, ela não representou, contudo, uma alteração no entendimento do STF acerca do caráter da presunção de violência. O julgamento do HC 73.662 constitui, até a data desta pesquisa, um caso que ficou isolado na jurisprudência da Corte.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **6.1 Dificuldades no desenvolvimento da pesquisa**

O desenvolvimento da presente pesquisa encontrou alguns obstáculos que são aqui elencados.

Primeiramente, a definição dos termos que seriam utilizados para que a partir da leitura das ementas fossem selecionados os acórdãos inseridos neste trabalho. Sabe-se que tal escolha pode ter significado a exclusão de algumas decisões que eventualmente abordassem o tema desta monografia. Todavia, acredita-se que se por um lado todo processo metodológico implica a determinação de caminhos passíveis de críticas, por outro, esta opção deve ser norteada por parâmetros que restrinjam ao máximo o grau de subjetividade do pesquisador. Na presente pesquisa, isso foi buscado pela inserção inicial de duas palavras-chave ("presunção de

violência”; “violência presumida”) diretamente relacionadas ao tema central da monografia <sup>89</sup>. Em um segundo momento, os 85 acórdãos selecionados foram filtrados mediante a exclusão daqueles cujo foco dizia respeito a questões processuais, e pela inclusão daqueles cujos conteúdos puderam ser identificados por um leque variado de expressões e palavras-chave que remetiam, direta ou indiretamente, ao tema da presunção da violência (detalhes definidos no item 3.2 – Seleção de acórdãos). É de se supor que esses cuidados tenham contribuído para selecionar os acórdãos de interesse para a monografia, muito embora não excluam por completo a possibilidade de eventuais perdas.

Em segundo lugar, a dificuldade de se ter acesso aos detalhes dos casos em julgamento. Pela natureza das ações – *habeas corpus*, recursos ordinários em *habeas corpus* e recursos extraordinários -, os ministros não pormenorizam os elementos fáticos que resultaram na condenação ou na alegação de dissídio jurisprudencial. Na maioria das vezes, tem-se conhecimento de poucas circunstâncias do caso apenas pela reprodução de trechos dispersos da decisão condenatória ou do parecer da PGR. Desse modo, foi trabalhoso proceder, em algumas situações, à análise e crítica dos argumentos utilizados pelos ministros, ante a dúvida a respeito da consistência de sua aplicação aos casos. Um exemplo dessa dificuldade deu-se pela falta de identificação da idade das partes. Assim, não se pôde saber, em muitos acórdãos, se a vítima estava perto de completar os 14 anos determinados pela lei ou se era mais nova, bem como se o ofensor era alguém jovem, de idade próxima à da ofendida, ou se se tratava de alguém bem mais velho. Nessas situações, entendeu-se que o Tribunal não considerou tal fator relevante para a tomada da decisão.

Outro obstáculo se deu pela falta de acesso ao conteúdo de grande parte dos votos. Existem duas maneiras de proferi-los: através de sua transcrição, fazendo-os constar do acórdão (são chamados de “declaração de voto”) ou sem a transcrição, simplesmente pela menção, no extrato de ata, que determinado ministro que não apresentou “declaração de voto”,

---

<sup>89</sup> Inserção feita no site oficial do STF:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

saiu-se vencedor ou vencido (são os "votos em ata"). A maioria dos acórdãos trabalhados nesta pesquisa tinha apenas a declaração do voto do relator, sendo o dos demais ministros proferidos em ata. A dificuldade na análise deste voto se dá porque não podemos afirmar ao certo se determinado ministro divergiu em sua totalidade com o relator ou se com ele concordou integralmente (existe a possibilidade de que o mesmo resultado tenha sido alcançado por razões diferentes). Ademais, muitas vezes o extrato de ata se mostra impreciso, como no HC 74.215 <sup>90</sup>, cuja leitura não permite dizer se o ministro Marco Aurélio, que possivelmente poderia apresentar algum elemento diferente ao debate, estava presente ou ausente à sessão:

"Decisão: Por unanimidade, a Turma indeferiu o *habeas corpus*. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma, 24.09.96. Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Francisco Rezek" (HC 74.215, extrato de ata).

A baixa qualidade da digitalização de alguns acórdãos mais antigos, como do RHC 42.837 <sup>91</sup> e dos HC 51.500 <sup>92</sup> e 56.684 <sup>93</sup> também representou uma dificuldade extra na leitura e fichamento dos casos.

## 6.2 Conclusões da pesquisa

O que se buscou com este trabalho foi analisar o caráter atribuído pelo STF à presunção de violência (art. 224, *a*, CP, revogado pela Lei 12.015/2009) – se absoluto ou relativo – nos crimes contra a liberdade sexual praticados quando a vítima tem menos de 14 anos de idade.

---

<sup>90</sup> STF: HC 74.215/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/06/1996.

<sup>91</sup> STF: RHC 42.837/SP, Rel. Min. Hermes Lima, j. 10.11/1965.

<sup>92</sup> STF: HC 51.500/GB, Rel. Min. Antônio Neder, j. 21/11/1973.

<sup>93</sup> STF: HC 56.684/PB, Rel. Min. Decio Miranda, j. 28/11/1976.

Chegou-se à conclusão de que o entendimento predominante no Tribunal é de que a presunção de violência tem caráter absoluto, ou seja, não admite prova em contrário. Assim, para a maioria dos ministros, exceção feita a Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa (quanto aos últimos dois a ressalva se dá somente em relação ao HC 73.662), qualquer relação sexual praticada contra menor de 14 anos deve ser considerada como resultante de violência. Desse modo, o Supremo não se revelou, ao menos no tema aqui estudado, uma Corte que relativiza a aplicação de uma norma penal antes da alteração ou revogação legislativa destes dispositivos.

De acordo com o entendimento que hoje predomina no Tribunal, o comportamento da ofendida é irrelevante para afastar a aplicação do art. 224, *a*, do CP, tendo a presunção natureza absoluta, independentemente de qualquer consideração acerca de sua conduta. Observou-se, todavia, que nem sempre a Corte adotou essa posição, constando em decisões mais antigas a possibilidade de não aplicação do referido artigo no caso de ser a vítima prostituta. Houve, nesse aspecto, uma mudança no entendimento dos julgadores ao longo do tempo: se por um lado o comportamento da vítima ainda é objeto de análise por parte dos ministros, que muitas vezes referem-se àquilo que consideram atitudes desregradas ou prematuras da ofendida, por outro, ele não é mais tomado como fator capaz de relativizar a presunção da violência. Mostrou-se excepcional, portanto, a posição vencedora da Segunda Turma no julgamento do HC 73.662.

A experiência sexual anterior, bem como a concordância da menor de 14 anos na prática da relação também são irrelevantes para a maioria dos ministros, uma vez que o Código a protegeria justamente em razão de sua incapacidade de discernir. Assim, predomina no Tribunal a visão de que ou o consentimento da menor é inexistente, pois alguém dessa idade não dispõe de maturidade para tanto, ou, se existente, é inválido. Ambas conduzem à mesma conclusão: qualquer consideração a esse respeito não resulta no afastamento da aplicação do artigo 224, *a*, do CP. Nem mesmo o consentimento dos pais da ofendida com o relacionamento da filha se mostrou capaz de excluir a responsabilidade do agente. Em sentido diverso

foi o entendimento vencedor do HC 73.662 e a posição, em outros julgamentos, do ministro Marco Aurélio.

O erro de tipo, caracterizado pela situação em que o agente acredita manter relação sexual com mulher que supõe maior de 14 anos, é tido pelos magistrados como algo capaz de afastar a tipicidade do delito. Embora manifestem esse entendimento, a aplicação efetiva do erro de tipo se deu apenas no HC 73.662 e em alguns votos posteriores do ministro Marco Aurélio.

Constatou-se, também, que muito se discute no Tribunal acerca da mudança vivida pela sociedade brasileira desde a promulgação do Código Penal. Observou-se que, tendo como pano de fundo o julgamento de casos concretos, notam-se diferentes posicionamentos da Corte sobre o papel que tem o Poder Judiciário diante da aplicação de uma lei sobre a qual recaem dúvidas sobre o esvaziamento de seu conteúdo.

Vislumbrou-se, nesse aspecto, um ponto de convergência e outro de divergência dentro do STF. Em comum, a percepção de que a sociedade e os "costumes" são outros desde 1940. Em conflito, o papel que cabe ao magistrado diante dessa mudança. Enquanto para a maioria dos membros da Corte o julgador deve se ater ao que diz o texto legal, mesmo quando não o considera adequado, Marco Aurélio caminha em outra direção, defendendo que cabe ao Poder Judiciário atualizá-lo e atribuir-lhe nova interpretação.

## **BIBLIOGRAFIA**

### ***Doutrina***

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* – 15ª edição -. São Paulo: Saraiva, 2010, página 325.

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

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual.* – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCHI Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2: parte especial.* – 7ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HOUASSIS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houassis da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009.* – 2ª ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

### ***Sites da internet***

Acervo do jornal *O Estado de São Paulo*: <http://acervo.estadao.com.br/>

Acompanhamento Processual no site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

Coletânea de Jurisprudência do STF em temas penais: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Temas\\_penais.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Temas_penais.pdf)

Publicação no site do Superior Tribunal de Justiça:  
[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tm  
p.texto=105175](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tm<br/>p.texto=105175)

Setor de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail.asp>

Site do Supremo Tribunal Federal:  
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>