



ESCOLA DE FORMAÇÃO 2007

ESTUDO DIRIGIDO

Caso do estupro presumido

**Preparado por Guilherme Martins Pellegrini
|(Escola de Formação, 2007)**

Leitura prévia:

HC 73662-9/MG

Relator: Marco Aurélio

Introdução

No caso em questão, foi impetrado Habeas Corpus no STF pedindo a soltura do paciente, com base na alegação de que não estava consubstanciado o crime de estupro pelo qual foi acusado. Tal crime é descrito no artigo 213, conjuntamente com o 224 do Código Penal, os quais dispõem:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

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

a) não é maior de 14 (quatorze) anos)

Boa parte da controvérsia do caso gira em torno da idade da vítima – ela tinha 12 anos, apesar de aparentar ser maior de 14 anos, e do seu consentimento acerca da atividade sexual praticada com o maior de idade.

Atipicidade da norma e/ou princípio da liberdade

Transparece, na ementa do julgamento, que a ordem de soltura foi concedida graças à ausência de configuração do tipo penal descrito nos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. Primeiramente, parece ser esse o principal argumento utilizado pelo relator Marco Aurélio para conceder a ordem do *habeas corpus*. Contudo, seu voto não se baseia somente nesse argumento. Ele diz que "(...) forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal", mas, com relação à presunção de violência, opta por não fazer uma interpretação sistemática do código e opõe outros argumentos que não somente a atipicidade do tipo penal.

Os trechos em que ele cita o consentimento da vítima, como no excerto no qual ela declara que "(...) manteve relação sexual 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 (...)" ou posteriormente quando o Ministro diz que a vítima manteve "(...) relações com o paciente por livre e espontânea vontade" parecem indicar que o voto de Marco Aurélio é baseado no princípio constitucional da liberdade (CF art. 3º, I e art. 5º, caput). Porém, Marco Aurélio não faz referência explícita a tal argumento. Só cita o termo quando diz que "(...) o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparável aos que norteavam antigamente as noções de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez".

Com essas observações, o relator conclui que o artigo 224 cede à realidade e não deve ser aplicado, pois é anacrônico. Contudo, em outra passagem, admite que a presunção de violência não é absoluta e não se caracteriza quando a vítima não aparenta ter quatorze anos. Esse trecho do voto, embora fortaleça a tese da concessão do *habeas corpus*, impõe uma dúvida sobre o fundamento principal do voto, o que leva a indagar:

- Há contradição no voto do Marco Aurélio, visto que ele diz que "(...) não se configurou o crime do art. 213 do Código Penal" ao mesmo tempo em que faz considerações a respeito da livre vontade da vítima em praticar o ato sexual, o que excluiria a presunção de violência do art. 224?

- Qual seria a razão de conceder o *habeas corpus*: (a) não aplicação do art. 224 por ser contrário aos costumes ou (b) não configuração do seu tipo penal?

- O que poderia ser concluído, a partir dos argumentos de Marco Aurélio, a respeito de uma outra vítima que não aparentasse e não tivesse mais de quatorze anos e quisesse mesmo assim ter relações sexuais com um homem maior de idade que soubesse de sua precocidade?

Vinculação de direitos fundamentais entre particulares

Francisco Rezek e Maurício Corrêa, juntamente com o relator, também admitem que o consentimento da vítima foi tomado como um argumento do voto, apesar de Maurício Corrêa dar maior ênfase à atipicidade da norma. Diante desses três votos, cabe verificar que se trata, implicitamente, de uma vinculação de direito fundamental entre particulares. Isso porque princípios constitucionais modificaram o entendimento da aplicação da norma infraconstitucional, que poderia estar em conflito com esses princípios. Nesse entendimento, os direitos fundamentais não necessitam da intermediação de uma norma infraconstitucional para produzir efeitos, ou seja, há vinculação de direitos fundamentais porque os ministros aplicam esses direitos diretamente da constituição, afastando o entendimento tradicional da norma infraconstitucional. Tal vinculação ocorre no âmbito penal, que prima por uma legalidade formal mais rígida e não costuma admitir vinculação de direitos fundamentais diretamente pelo tribunal, sem a intermediação de uma lei. A principal questão que surge dessa constatação é:

- o juiz poderia no caso, diretamente e contrariando a lei, vincular direitos fundamentais entre particulares, seja baseado no princípio da liberdade ou da autonomia privada?

Prevalência da realidade face à norma

Ao lado da referida utilização dos princípios para julgar *contra legem*, é interessante notar no caso um problema de cunho sociológico, que é a ocasião em que uma realidade fática deve prevalecer diante de uma lei. Já foi dito que o Ministro Marco Aurélio havia considerado que “a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal cede à realidade”. Também escreveu no seu voto que “não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes” e que “já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e (...) até descabido”. O que cabe debater frente a essa constatação do acórdão é:

- Pode o juiz, ao constatar realidade social diversa da estipulada em lei, como foi dito no caso, desconsiderá-la face à realidade?

- Quando ele faz essa desconsideração, quais são as conseqüências para o ordenamento jurídico?

Atualização das leis através da interpretação

Marco Aurélio também sugere que a legislação, “ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a”, e, apesar de não entrar em maiores detalhes, diz que “cabe ao intérprete da lei arrefecer tanta austeridade, flexibilizando (...) o texto normativo”. Em uma sociedade marcada por intensa e constante mudança social, a tarefa legislativa acaba se voltando mais à atualização de leis do que à previsão de novos projetos e legislações.

Mesmo assim, fazer com que os costumes coincidam com o disposto das normas jurídicas nem sempre é possível. Como indagou Maurício Corrêa no acórdão, o juiz deverá emprestar a interpretação que sua consciência ditar, já que o processo legislativo caminha a passos de tartaruga? Portanto, apesar de Corrêa discordar de tal posicionamento, pergunta-se:

- a atividade jurisprudencial, por lidar mais freqüentemente com os casos que chegam até ela, é uma via adequada à “atualização” ou “acompanhamento” das leis pelos costumes?

- Nessas hipóteses, o que é um costume e quem o define?

- Caso admitida essa hipótese, até que ponto pode-se dizer que ela fica comprometida nos países de “common law”, como o Brasil, nos quais a jurisprudência não costuma ter força como precedente e vincular decisões?

Tratamento coletivo e conseqüências desta decisão

Mesmo com o uso de precedentes não sendo tão rigoroso no Brasil, ou, como apontou Maurício Corrêa, considerando que a jurisprudência é construída no caso concreto, não se podendo generalizar entendimentos, é importante observar quais possíveis conseqüências poderiam advir da utilização do caso tratado como precedente, que é o que fazem Carlos Velloso e Néri da Silveira em seus votos. Os Ministros que não concederam o habeas corpus seguiram a argumentação da proteção social do menor, contida no artigo 227, §4º, da CF, além de darem tratamento coletivo à questão, visto que até agora ela tinha sido abordada unicamente de um ponto de vista individual. Os argumentos vencedores não tiveram esse cuidado, trataram a questão considerando somente as partes envolvidas. Visto o entendimento do tribunal para o caso em questão e estendendo sua *ratio decidendi* para outros casos semelhantes e para a realidade social brasileira, cumpre indagar:

- como a questão deveria ser tratada: individual ou coletivamente?
- por que há a preocupação, no caso, por via de Habeas Corpus, com outros jovens que não unicamente os presentes no caso?
 - pode-se dizer que os Ministros estão preocupados com a possível formação de um precedente, que poderia ser aplicado não só no STF mas também nas outras instâncias inferiores?
 - em que medida o acórdão lido pode acabar propiciando um ambiente de prostituição infantil num país marcado pela falta de educação de parte da sociedade e no qual alguns adolescentes de menos de 14 anos não possuem total discernimento dos seus atos?