

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ESTUPRO E PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PARA A MENOR DE
CATORZE ANOS

CAROLINA PEREIRA CAVALCANTE

RIO DE JANEIRO

2008

CAROLINA PEREIRA CAVALCANTE

ESTUPRO E PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PARA A MENOR DE
CATORZE ANOS

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Professora Ms. Fernanda Tórtima

RIO DE JANEIRO

2008

CAROLINA PEREIRA CAVALCANTE

Cavalcante, Carolina Pereira.

Estupro e presunção de violência para a menor de catorze anos/ Carolina Pereira Cavalcante - 2008

61 f.

Orientadora: Fernanda Lara Tórtima.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f.58 - 61.

ESTUPRO E PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PARA A MENOR DE CATORZE ANOS

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.**

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Presidente da Banca Examinadora

2º Examinador:

3º Examinador:

À minha orientadora, Prof^a. Ms. Fernanda Lara Tórtima, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente e atenciosamente, orientou este trabalho.

A meus pais pelo apoio incondicional em todas as horas e pelas palavras de incentivo

RESUMO

CAVALCANTE, Carolina Pereira. *Estupro e violência presumida para a menor de catorze anos*. 2008. 50f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se o art. 224, alínea “a”, do Código Penal Brasileiro, que dispõe sobre a presunção de violência para a menor de catorze anos. A análise feita neste trabalho monográfico fulcra-se na necessidade ou não da relativização da norma analisada diante da sociedade em que vivemos. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise da sociedade da década de 40 até a sociedade atual, ressaltando-se o contraste entre a dinamicidade da mesma e a estaticidade da norma jurídica. Na segunda parte são estudados os crimes contra os costumes, cuja nomenclatura atual é: crimes contra a liberdade sexual. Estuda-se também o crime de estupro, possibilitando-se melhor entendimento do assunto a ser abordado nesta monografia. A terceira parte dedica-se ao estudo da presunção de violência quanto a menor de catorze anos, trazendo críticas ao critério etário e questionamentos acerca da natureza desta presunção. Entra-se na égide do bem jurídico tutelado e na possibilidade de valoração ou não do consentimento da menor.

Palavras-Chave: Estupro e presunção de violência para a menor de catorze anos ; natureza absoluta ou relativa.

Summary

CAVALCANTE, Carolina Pereira. Rape and violence presumed to less than fourteen years. 2008. 50f. Monograph (Degree in Law) - Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This study analyzes the art. 224, paragraph "a" of the Brazilian Penal Code, which provides on the presumption of violence to the lowest of fourteen years. The analysis in this paper monographic focus on the need or otherwise of relativization of the standard analyzed before the society in which we live. For better understanding of the subject, the first part back to the analysis of the company's decade of 40 until the current society, is emphasizing the contrast between the dynamics of it's State and the legal standard. In the second part are studied the crimes against the customs, whose current nomenclature is: crimes against sexual freedom. It also examines the crime of rape, allowing them to become better understanding of the issue to be addressed in this monograph. The third part is dedicated to the study of the presumption of violence as the lesser of fourteen years, bringing criticism of the age criterion and questions about the nature of this presumption. Enter into the aegis of the legal rights protected and the possibility of evaluating whether or not the consent of the child.

Key words: Rape and violence to the presumption of less than fourteen years; nature absolute or relative.

SUMÁRIO

<u>RESUMO.....</u>	<u>12</u>
<u>Palavras-Chave: Estupro e presunção de violência para a menor de catorze anos ; natureza absoluta ou relativa.....</u>	<u>12</u>
<u>Summary.....</u>	<u>13</u>
<u>SUMÁRIO.....</u>	<u>14</u>

INTRODUÇÃO

Em diferentes épocas e realidades, apesar de avanços e retrocessos no campo moral, a sexualidade sempre foi protegida. De fato, somente no séc. XX efetivas mudanças começaram a ocorrer. A Revolução Sexual e de costumes propiciou, em larga monta, toda uma nova série de indagações e contrariedades aos postulados pelo ramo jurídico sexual.

Desde a chegada do antigo Código Penal de 1890, a sociedade passou por diversas alterações. Após cinquenta anos, enfim, chegou o Código de 1940, com traços de modernidade, mas como o código a ele anterior, buscou a proteção e o resguardo da entidade familiar. Percebe-se a preocupação deste em relação à família quando penaliza a violência sexual contra mulheres e meninas, quando proíbe o adultério e a bigamia, quando inadmite o abuso e a sedução de menores, dentre tantos outros articulados neste Código.¹

No entanto, o que era moderno tornou-se ultrapassado e inadequado. Desde o Código de 1940 decorreram-se 68 anos, e o mesmo não acompanha mais a realidade devido à grande dinamicidade da sociedade. No curso da história, como consequência da evolução do homem, da sociedade e do próprio ordenamento jurídico, criaram-se novos preceitos delimitando condutas a fim de defender a liberdade sexual. Além disso, normas que já eram vigentes passaram a não ter congruência com a realidade humana e social.

¹ <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>

Observa Renato de Melo Jorge Silveira que:

“a idealização de um Direito Penal moderno, incerto que é em uma sociedade de risco, só pode ser entendida desde uma perspectiva de Direito Penal como um sistema aberto, bastante próprio da teoria funcional luhminiana. O sistema jurídico, por ele, nada mais seria do que um subsistema social, utilizando-se da operacionalidade comunicativa e interagindo através das normas.”²

Hoje é possível notar não só uma preocupação com a proteção ao direito sexual como também com a adequação do sistema jurídico referente ao assunto à nossa sociedade.

Desta forma, percebe-se que a dogmática penal e a construção do direito são impelidas a buscar solução para a problemática oposta pelos dias atuais por meio de um sistema aberto, que parece o mais adequado. Para que o Direito não se desagregue perante as mudanças sociais, tem que buscar um amoldamento do sistema à realidade fática.

No âmbito internacional também é possível notar a preocupação em tutelar a liberdade sexual. A Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria, em 1993 reconheceu que os direitos humanos das mulheres e meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos Direitos Humanos universais e que a violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana, devendo ser combatidas.³

A ONU realizou em 1995, em Beijng , China, a IV Conferencia Mundial sobre a Mulher, onde foi assentado que a violência contra a mulher é um obstáculo ao alcance dos objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz.⁴

As Conferências de Direitos Humanos têm dado especial tratamento ao estupro, enquanto violência sexual, física, psicológica e moral. A exemplo cita-se a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará , de junho de 1994), ratificada pelo Brasil em 1995. Tal Convenção define violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico a mulher, tanto na esfera pública quanto na privada”. Declara ainda que a violência contra a mulher constitui uma violação aos

² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, p. 29.

³ <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>

⁴ <http://www.violenciamulher.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=58>

direitos humanos e às liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades.⁵

Torna-se notória a preocupação do ordenamento jurídico, de Tratados Internacionais e da própria sociedade com a tutela da liberdade sexual da mulher, que quando tolhida por violência, reclama do Estado a aplicação da norma jurídica contemplada no Título VI do Código Penal que trata “Dos Crimes Contra os Costumes”. Este Título do Código Penal tutela crimes contra os costumes, como o crime de ato obsceno, e crimes contra a liberdade sexual, como os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

Nesta monografia será feita uma análise sobre o tipo de violência utilizada nesses crimes, que se subdivide em real e presumida. Discutir-se-á sobre a relativização ou não desta última em face dos casos concretos e da evolução da sociedade. Analisar-se-á até que ponto um Código nascido há 68 anos atrás é compatível com as mudanças de nossa sociedade, ressaltando-se a importância do juiz na adequação da norma à realidade dos fatos, partindo-se da premissa que o magistrado é o órgão intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a adequar os preceitos aos casos concretos, valendo-se da hermenêutica jurídica, que tem por objeto determinar o sentido e o alcance das expressões do direito nos casos da vida real, não procedendo o magistrado como mero aplicador mecânico de dispositivos.

A evolução dos costumes exige do Judiciário uma renovação de seus conceitos e a consciência de que nos dias contemporâneos as menores de catorze anos gozam de uma maturidade muito maior que a das menores da época em que o nosso Código Penal fora editado. Hoje, grande parte das menores de catorze anos, além de serem plenamente capazes de consentir, em virtude do seu conhecimento sobre as coisas do sexo, escolhem livremente seu parceiro, decidindo ambos praticar atos sexuais.

Nesse contexto é notório que a presunção de violência está alicerçada aos rigores de um Código ultrapassado. Conforme já explicitado, a presunção de violência é vestígio da época em que uma menor de catorze anos jamais consentiria quanto à prática de atos sexuais, e caso houvesse esse consentimento, não seria valorado, tendo em vista a falta de conhecimento total em relação às coisas do sexo. Hoje, no entanto, deve-se analisar a presunção sob um prisma de relativização, cabendo ao réu a possibilidade de provar que a menor tinha plena consciência do que estava fazendo. E sabendo esta o que fazia, exclui-se o crime, tendo em vista que o bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, *in casu*, a “inocência da menor de catorze anos”, não existe mais.

⁵ <http://www.violenciamulher.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=58>

O eminente Magistrado Márcio Bártoli assinala que:

A realidade demonstra que, no campo da liberdade sexual, muita coisa se transformou, muitos preconceitos foram extirpados, pois o mundo e a sociedade mudaram. Entre os anos de 1940 (Publicação do Código Penal) e 1991 (primeiro da década final do século), vários acontecimentos modificaram o mundo. Guerras e conflitos. Mísseis, satélites, computadores de alta definição, etc. No campo das ciências humanas, a medicina avançou (...) Apenas esses exemplos servem para indicar que diante de tantas e importantes transformações que afetaram a sociedade, o tema sexo, evidentemente não poderia continuar sendo tratado da mesma forma de antes: um assunto proibido, porque evidentemente, também a mulher mudou, às duras penas, é verdade, crescendo, impondo-se, dimensionando seu espaço, igualando-se ao homem muitas vezes. Mas o assunto sexo, que para alguns continua sendo um verdadeiro tabu, é uma realidade presente na sociedade; presente na vida das pessoas, assunto que de um tempo para cá passou a ser tratado com a maior e mais ampla liberdade, porque é claro, se tudo mudou, a visão das pessoas sobre tal tema também se modernizou. Afastadas idiosincrasias banais e o conservadorismo hipócrita.(...) Hoje, a família trata do tema sem tanto receio, com mais liberdade. Na mídia, é objeto de amplas discussões. Em algumas escolas, passou à condição de matéria curricular. A ciência médica, por si, e através de seus ramos da psiquiatria e psicologia, passou a estudar, cogitar da sexualidade infantil e juvenil, como sendo o início do processo de formação da capacidade de autodeterminação sexual. Retornando ao campo penal, nota-se que nesse mundo e sociedade transformados, aplica-se ainda o mesmo direito penal de 50 anos atrás, sob o pretexto de se proteger a liberdade sexual das pessoas (...).⁶

Procura-se defender uma saída do formalismo jurídico em busca da real essência da norma. Busca-se a interpretação da norma em congruência com a sociedade em que vivemos, e não sua aplicação mecânica.

Na idade pós-moderna – na qual a sociedade complexa procura soluções novas para demandas novas – o direito não pode apresentar-se de forma arcaica, sem dinamismo, como se não tivesse saído da *lex duodecim tabularum*.

Mais do que nunca exsurge a necessidade de uma reconstrução. Nesse diapasão, cumpre destacar que a norma jurídica não pode mais ser confundida com seu texto. No dizer de Müller, a norma “é mais do que seu texto. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto”.⁷

⁶ BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação da vítima como causa da relativização da presunção de violência. RT 678, p. 410 e s.

⁷ MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 22.

Fulcrando-se nesse resgate interpretativo, ou no dizer de Gadamer, “*nessa virada hermenêutica, exsurge a interpretação da norma como forma de concretização, de molde a encontrar dentro do próprio ordenamento jurídico, a decisão correta para o caso concreto que se afigura difícil*”. Portanto, não se trata de criar um novo direito, mas sim, trabalhar de forma correta com o direito que já se tem.⁸

O Instituto Interamericano de Direitos Humanos, nas informações finais de documento elaborado sob a coordenação do Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, recomendou pela eliminação, ou ao menos a limitação das presunções absolutas.⁹

Assim, destacando-se a necessidade de primar-se pela aplicação correta do direito, sendo esta o único meio de alcançar-se a tão sonhada justiça, melhor seria adotar sempre a presunção legal relativa, com o que se evitariam aplicações absurdas do comando legal.

⁸ GADAMER, Hans Georg. El giro hermenéutico. Espanha, 1995. 238p.

⁹ Cf. PIERANGELI, 1999, p. 166

1- BREVE HISTÓRICO

No Brasil sempre houve uma preocupação em combater os crimes sexuais em suas diversas Cartas Penais. No Código Philippino (Ordenações e Leis do Reino de Portugal), apesar de os delitos estarem dispostos de forma diferente da atual, sem a divisão em capítulos e títulos, tratou-se da violência sexual em seu Quinto Livro, no Título XVIII: “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trata della,. ou a leva per sua vontade”.¹⁰

O Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, tratava destes crimes em seu capítulo II - “Dos crimes contra a segurança da honra” e dividia-se em seções: Seção I: Estupro; Seção II: Rapto; Seção III: Calúnia e Injúria.¹¹

O Código de 1890 repreendia a violência em seu Título VII, Capítulo I: “Da violência carnal”.¹²

No art. 272 do Código Penal de 1890, presumia-se a violência nos crimes de natureza sexual sempre que a pessoa ofendida fosse menor de 16 anos.¹³

Importante trazer a informação sobre as punições quanto aos crimes de estupro nas cartas penais supracitadas. O estupro era punido inicialmente com a pena capital: posteriormente o crime foi sancionado com uma pena de prisão de 3 a 12 anos acrescida de pagamento de dote; depois passou a ser punido com pena de 1 a 6 anos, e atualmente, na legislação vigente, o delito é sancionado com pena de reclusão de 6 a 10 anos.¹⁴

Enfim, veio o Código Penal de 1940, em seu “Título VI- Dos Crimes contra os costumes” tutelando a faculdade de livre escolha, ou livre consentimento nas relações

¹⁰ <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1168.htm>

¹¹ http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html

¹² <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>

¹³ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>

¹⁴ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>

sexuais”. A Lei de Exposição de Motivos do Código Penal dispõe que esses crimes também podem ser chamados de crimes sexuais.¹⁵

O Código de 1940, 50 anos depois ao Código anterior, reduziu o limite etário da presunção de violência nos crimes sexuais para a vítima menor de 14 anos (art.224, “a”). Na legislação anterior, o Código Penal de 1890, o limite etário era de 16 anos. Esta redução do critério etário se encontra justificada no item 70 da Exposição de Motivos ao Projeto de 1940, que busca fundamento na evolução da própria sociedade.¹⁶

Na década de quarenta, a sociedade nacional se encontrava sob o poder centralizador do Estado Novo, não se cogitando acerca do avanço do sexo frágil, muito menos dos movimentos hippies, que pregavam, dentre outras ideologias, a liberdade. O conceito de Estado era outro, a ideologia estava longe de um pensamento coletivo.

Ocorre que hoje em dia, considerando o fato da sociedade complexa da era da informação (ou pós-industrial) comportar relações intrincadas e dotadas de complexidade, diante da necessidade de estabelecer-se um compromisso básico com a idéia de Estado Democrático de Direito, o comando legal deve ser analisado em conformidade com a realidade da sociedade atual.

A realidade social na qual se projetou a norma do artigo 224 do Código Penal é completamente diversa da realidade social contemporânea, devendo-se tomar como premissa que realidades distintas exigem soluções distintas. Não podemos transportar a realidade anterior aos dias de hoje e aplicá-la de forma cega, aleatória, e arbitrária.

Em 1940 era totalmente compreensível a adoção pelo legislador do critério etário de 14 anos, pois se estava diante de uma realidade totalmente diferente. No contexto da época da edição do Código Penal as jovens de 14 anos não tinham o acesso a informações e à assuntos sobre sexo como tem as jovens de hoje em dia.

As mulheres invadiram o mercado de trabalho, conquistando inclusive postos de chefia e cargos políticos, assumindo postos que antes eram exclusivos dos homens. Além disso, a mídia tem exercido forte influência na transformação da sociedade, ditando novos valores e condutas morais, causando uma grande mudança no campo dos costumes.

¹⁵ <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>

¹⁶ <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>

A divulgação pela Mídia das formas de prevenção quanto às doenças sexualmente transmissíveis e quanto à AIDS também acaba por gerar de forma indireta uma maior informação dos jovens quanto ao sexo, sendo estes inclusive o público alvo de tais campanhas.

A modernidade tardia exige soluções diferentes das que foram empregadas nos tempos passados e, aplicar o direito desconsiderando a mutação social, é o mesmo que desconhecer o dinamismo presente na seara jurídica. Negar o dinamismo jurídico é negar o próprio direito. E a negação do direito implica negar a própria ordem, é negar o Estado e favorecer o pleno caos social. Desta forma, a presunção de violência passa a comportar limitações de ordem jurídica, buscando-se uma relativização no seu entendimento e aplicação.

2- DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

O Título VI do Código Penal trata “Dos Crimes contra os costumes”. Este Título está dividido em seis capítulos dispostos do artigo 213 ao art. 234.

No “Capítulo I - Dos crimes contra a liberdade sexual” estão previstos os crimes que atingem a faculdade de livre escolha do parceiro sexual, tais como, estupro (artigo 213), atentado violento ao pudor (artigo 214), posse sexual mediante fraude (artigo 215), atentado ao pudor mediante fraude (artigo 216) e assédio sexual (artigo 216A).

No “Capítulo II - Da corrupção de menores” está previsto o crime de corrupção de menores (artigo 218).

O “Capítulo III - Do Rapto” foi revogado integralmente pela Lei n 11.106, de 28 de março de 2005.

No “Capítulo IV - Disposições gerais” estão consignadas as formas qualificadas (artigo 223) , as formas de presunção de violência (artigo 224) e o modo de se proceder a ação penal (art.225) e os casos de aumento de pena (artigo 226).

No “Capítulo V - Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas”, considerando criminosas as condutas de mediação para servir a lascívia de outrem (artigo 227), favorecimento da prostituição (artigo 228), casa de prostituição (artigo 229), rufianismo (artigo 230), Tráfico internacional de pessoas (artigo 231) e *Tráfico interno de pessoas (artigo 231-A)*.

No “Capítulo VI - Do Ultraje público ao pudor” pune-se o ato obsceno (artigo 233); e o escrito ou objeto obsceno (artigo 234).

Segundo Nucci, a denominação “Crime contra os costumes” está ultrapassada.

A sociedade evoluiu e houve autêntica liberação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação crimes contra os costumes. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, a não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade devam adotar, livremente, sem qualquer

constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que para alguns sejam imorais ou inadequados.¹⁷

Esta crítica a terminologia adotada pelo Código de 1940 também é feita por Rogério Greco. Para o autor essa interpretação deve ser interpretada de acordo com os ditames da Constituição Federal, tendo como foco central a dignidade da pessoa humana no seu sentido mais íntimo, vale dizer, a liberdade sexual.¹⁸

Há pouco tempo concretizou-se essa crítica no Projeto de lei 4850/2005, aprovado no dia 14 de maio na Câmara dos Deputados, que altera denominação no Código Penal. Modifica o crime de estupro e modifica o título dos chamados crimes contra os costumes para “Dos crimes contra a dignidade sexual”.¹⁹

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 641.

¹⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.514. RJ: Impetus, 2006.

¹⁹ BARBOSA JR, Jair.Câmara aprova projeto que combate abuso sexual contra crianças e adolescentes.

Disponível em:<<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/maio-2007/camara-aprova-projeto-que-combate-abuso-sexual-contra-criancas-e-adolescentes/>> acesso em 16 de junho de 2008 – 19:27

3- DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Os crimes previstos neste Capítulo têm como bem jurídico a faculdade de livre escolha do parceiro sexual. Essa faculdade pode ser violada pelo uso de violência ou grave ameaça, como ocorre nos crimes de estupro (artigo 213) e de atentado violento ao pudor (artigo 214), ou mediante fraude, como ocorre na posse sexual mediante fraude (artigo 215), no atentado violento ao pudor mediante fraude (artigo 216) ou no assédio sexual que tem como objeto a conjunção carnal (artigos 213 e 215) e ato libidinoso (artigos 214 e 216).

Rogério Greco conceitua liberdade sexual aduzindo que assim se entende a:

A liberdade sexual da mulher é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de estupro e, em sentido mais amplo, os costumes. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que a mulher tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride simultaneamente a dignidade da mulher que se vê humilhada com o ato sexual.²⁰

O bem jurídico tutelado nos crimes contra a liberdade sexual é a própria liberdade sexual da mulher. Esta monografia pretende fazer um estudo sobre o crime de estupro (artigo 213 do Código Penal) e a relativização ou não da presunção de violência no caso da vítima ser menor de catorze anos (artigo 224, alínea a, do Código Penal).

O art. 224, a do Código Penal, por sua vez, busca tutelar com maior rigor a liberdade sexual da jovem menor de catorze anos, sob o enfoque de que a mesma não teria aptidão para dar consentimento quanto a prática de atos sexuais, presumindo a violência nos casos em que se pratica sexo com a menor de 14 anos sem a utilização de violência. Considera a norma jurídica citada que o consentimento da jovem menor de catorze anos carece de validade.

Discutir-se-á se há tipicidade material no caso de presunção de violência para a menor de catorze anos, ou seja, se há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Sabemos que a intervenção do Direito Penal só se justifica se houver, ao menos, perigo real e efetivo de lesão ao bem juridicamente protegido. Se o bem jurídico tutelado pela norma deixa de existir, esta perde o seu objetivo, tornando-se ineficaz.

Ocorre que o art. 224, “a” do CP busca seu fundamento na invalidade do consentimento da menor de catorze anos, tutelando a inocência da jovem menor de catorze anos quanto aos assuntos do sexo.

²⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.518. RJ: Impetus, 2006.

Discute-se sobre a permanência ou não do bem jurídico tutelado pela referida norma na sociedade atual, e a resposta à essa discussão se encontrará sob o prisma da valoração ou não do consentimento da menor de catorze anos.

4- ESTUPRO

Entre os crimes sexuais previstos pelo Código Penal, destacam-se, pela sua gravidade, o estupro e o atentado violento ao pudor.

O estupro está definido no artigo 213 do Código Penal: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos”.

O artigo 1º da Lei nº. 8.072, de 25-07-1990, em conformidade com o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, considera hediondo o crime de estupro, tanto na sua forma simples (art.213, CP), quanto nas qualificadas (art.223, caput e parágrafo único), embora divirja a jurisprudência se o estupro, em sua forma simples, se enquadrará como hediondo.

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra a sua vontade, a inferioriza, atingindo diretamente sua dignidade como pessoa humana, além de afeta-la psicologicamente, levando-a muitas vezes ao suicídio.²¹

Além disso, a sociedade ao tomar conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, olhando-a com preconceito. Esse fator da estigmatização faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o delito à autoridade policial.

Hoje, com a finalidade de evitar a impunidade do crime de estupro devido ao constrangimento que este causa na mulher, fazendo com que esta não recorra às autoridades policiais, foram criadas inúmeras delegacias especializadas, pelo menos nas grandes cidades, para atender mulheres vítimas de estupro.

Para Hungria, conjunção carnal é “a cópula *secundum naturam* , o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade genital”.²²

Rogério Greco estabelece que:

“o delito de estupro se consuma com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcialmente, não havendo inclusive, necessidade de ejaculação.”²³

A liberdade sexual da mulher é o bem jurídico protegido pelo tipo penal que prevê o delito de estupro. Tutela-se o direito que a mulher tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais.

²¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.515. RJ: Impetus, 2006.

²² HUNGRIA, Nélon. Comentários ao código penal, v.VIII, p.116.

²³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.519. RJ: Impetus, 2006.

4.1- Ação Penal

O art. 225 do Código Penal determina a natureza da ação penal relativa aos crimes definidos nos capítulos I e II do Título VI.

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores somente se procede mediante queixa.

§ 1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II – se o crime é praticado com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º. No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação".

Ou seja, de acordo com a lei, em relação às infrações penais constantes dos capítulos I e II do Título VI do Código Penal, a regra é de que a ação penal seja de iniciativa privada, tendo início mediante queixa.²⁴

A lei penal preocupa-se com a vontade da vítima, pois esta, tratando-se de crimes sexuais, pode preferir que o fato continue impune, diante da exposição moral a que estaria exposta em virtude do início de uma ação penal, incidindo naquilo que a criminologia convencionou denominar de *vitimização secundária*.²⁵

Hassemer e Muñoz Conde entendem que a vitimização secundária poderia ser entendida mediante o efeito vitimizador

“que tem os órgãos encarregados da Administração da Justiça quando em suas investigações e atuações policiais ou processuais expõe a vítima a novos danos ou a situações incomodas, umas vezes desnecessárias, mas outras inevitáveis para a investigação do delito e castigo do delinqüente.”²⁶

Rogério Greco entende que pelo fato da redação inserida no mencionado art. 225 se iniciar com a expressão: *nos crimes definidos nos capítulos anteriores...*, toda vez que da violência empregada pelo agente ocorrer lesão corporal grave ou a morte da vítima, bem como se o fato se amoldar a qualquer dos casos de presunção de violência, pelo fato dessas hipóteses se encontrarem inseridas no mesmo capítulo onde está inserido o art. 225 do Código Penal, e não nos capítulos anteriores, a ação penal nesses casos será de iniciativa pública incondicionada.²⁷

Paulo Rangel posiciona-se contrariamente, defendendo que nos crimes praticados com presunção de violência a ação penal continua a ser de iniciativa privada:

²⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.608. RJ: Impetus, 2006

²⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.608. RJ: Impetus, 2006

²⁶ HASSEMER, Winfried; MUNOZ Conde, Francisco, *apud* GRECO, 2006.

²⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.609. RJ: Impetus, 2006

Trata-se de norma penal explicativa, onde o legislador não está incriminando esta ou aquela conduta, mas, sim, esclarecendo que se a conduta, já incriminada, descrita no art. 213 CP, for praticada contra, por exemplo, menor de catorze anos, há presunção de violência, não obstante esta não ter ocorrido no plano real. A sanção é aquela já descrita no art. 213 CP, hoje combinada com a lei 8072/90, art. 9º. (...) Assim, o crime do art. 213 c/c o art. 224, ambos do Código Penal, está no capítulo anterior (art.225, CP) e, portanto, exige, para a propositura da ação penal, a iniciativa exclusiva da ofendida e de seu representante legal, se menor.”²⁸

No entanto, o delito de estupro recebeu tratamento distinto de acordo com a posição assumida pelo STF, por intermédio da Súmula 608, que diz:

Súmula 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

Nossa Corte Maior entende que se o delito de estupro for cometido mediante violência real, a ação penal será de *iniciativa pública incondicionada*, tornando as disposições contidas no art. 225, CP letra morta, somente permitindo a iniciativa privada, ou pública condicionada à representação, nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de grave ameaça.²⁹

De acordo com o entendimento da Suprema Corte, os tribunais brasileiros vem reiterando decisões, a exemplo das abaixo transcritas:

TJSC - "O delito capitulado no artigo 213 do Código Penal, quando praticado com emprego de violência real é de ação penal pública incondicionada. Exegese da Súmula 608 do STF" (JCAT 67/652);³⁰

TJMG – "Se da tentativa do estupro resultaram lesões corporais de natureza leve, ainda que estas não constem da denúncia, fica configurado o crime complexo, tornando-se o Ministério Público parte legítima para a ação penal" (RT 723/651);³¹

²⁸ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, p. 287-288.

²⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.610. RJ: Impetus, 2006

³⁰ MARTINS, Leonardo Pereira. Da ação penal no crime de estupro cometido mediante lesões corporais de natureza leve . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2878>>. Acesso em: 1º 08 dez. 2008.

³¹ MARTINS, Leonardo Pereira. Da ação penal no crime de estupro cometido mediante lesões corporais de natureza leve . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2878>>. Acesso em: 1º 08 dez. 2008.

TJSP – "Praticado crime de natureza sexual com violência real, com lesões corporais na vítima, a ação penal é de natureza pública incondicionada, consoante o disposto no artigo 103 do CP (Redação da Lei 7.209/84), excluída a incidência, na hipótese, do artigo 225 do mesmo estatuto" (RT 607/304).³²

Contudo, a ação penal também será de iniciativa pública nos caso em que : I- A vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; e II- se o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.³³

Na primeira hipótese, a ação será de iniciativa publica condicionada à representação do ofendido ou de quem tiver a qualidade para representá-lo, nos termos do §2º do art. 225 do Código Penal e art. 24 do Código de Processo Penal.³⁴

Já quanto a segunda hipótese, não se exigirá sequer a representação para que se inicie a persecução penal, eis que os próprios representantes legais da vítima são os autores do delito sexual.³⁵

4.2- A violência no estupro

Em termos sexuais, a violência há de ser considerada como o meio pelo qual se restringe a possibilidade de ampla autodeterminação do indivíduo, conforme esclarece Renato Silveira.³⁶

Na esfera sexual, diz-se que a violência deve se dar para a superação da resistência da vítima. Deve ser inconstentida, visto que é meio comissivo de um atentado a liberdade de autodeterminação sexual de um indivíduo. Deve ser a violência o meio para a prática sexual.³⁷

³² MARTINS, Leonardo Pereira. Da ação penal no crime de estupro cometido mediante lesões corporais de natureza leve . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2878>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

³³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.610. RJ: Impetus, 2006

³⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.610. RJ: Impetus, 2006

³⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial.v: 3, p.611. RJ: Impetus, 2006

³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 210.

³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 210.

4.3- Violência real

Ocorre quando não há o consentimento da vítima, aplicando-se a força (*vis corporalis*).

Segundo Chrysolito De Gusmão, *a violência real se caracteriza pela actuação imediata e real da força, em seus strictos aspectos*³⁸

A violência real no crime de estupro não oferece dificuldades na sua comprovação, tendo em vista que a violência física aplicada contra a vítima, via de regra deixa vestígios que podem ser detectados no exame de corpo de delito, na forma de lesões corporais.

Sempre que a vítima oferece resistência ao ato sexual desencadeado contra a sua vontade, não resta a menor dúvida de que a conduta típica do agente enquadra-se diretamente no dispositivo legal do art. 213, CP.

A problemática quanto a questão da violência e de sua comprovação ocorre nas hipóteses de violência presumida, explicitadas nas alíneas do art. 224, CP.

4.4-Violência presumida

A Legislação brasileira resguarda a liberdade sexual do indivíduo com bastante seriedade, imputando severas penas a quem infringe os preceitos nela vigentes. De uma forma bastante interessante, o legislador pátrio protegeu também, e de maneira ainda mais rigorosa, a sexualidade de certos indivíduos que, de acordo com a lei penal, não são capazes ou não podem dar seu consentimento para ato de tal natureza.

Há situações em que não se vislumbram os obrigatórios componentes de uma situação de violência. No entanto, mesmo não se constatando objetivamente a sua incidência, o legislador entendeu por bem que, subjetivamente deveria ser considerada a presente idéia do implemento da força, já que em certos casos a vítima poderia ter sua capacidade de resistência

³⁸ CHRYSOLITO DE GUSMÃO. *Dos crimes Sexuais*. 6ª ed., pág.86.

tolhida, como se tivesse sido vítima de violência.³⁹

A violência contra a pessoa é uma constante nos crimes de natureza sexual, em especial nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, definidos, respectivamente nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

O artigo 224 do Código Penal descreve situações em que, apesar da inexistência de efetiva violência física, caracteriza-se o crime sexual, por presumir o legislador que, nessas situações, a vítima não possui condições de defender-se ou de evitar o ato. As situações ocorrem quando a vítima: não é maior de 14 (catorze) anos (art.224, alínea “a”); é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância (art.224, alínea “b”); ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224, alínea “c”).⁴⁰

Trata-se de violência presumida, ficta ou indutiva. O legislador presume a violência, tendo em vista as circunstâncias concretas dentro das quais a vítima não pode, validamente, dar seu consentimento.

Para Chrysolito de Gusmão, entende-se por violência presumida:

“a decorrência do conjunto de princípios e motivos sociais, jurídicos, propriamente, e psicológicos que levam o legislador a erigir e integralizar, como tal, não só os casos em que se trata de vítima de pouca idade, como os em que a vítima se acha *impossibilitada* de resistir.”⁴¹

O artigo 224 do Código Penal aplica-se aos crimes de estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214). A pena do estupro, em qualquer de suas formas típicas, é agravada de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima nas condições do artigo 224 do Código Penal, de acordo com o artigo 9º da Lei nº 8.072/90, que dispôs sobre os crimes hediondos.⁴²

Rogério Greco explica o objetivo do legislador ao estabelecer a presunção de violência:

busca-se, por intermédio do elenco das causas que apontam para a presunção de violência, proteger a vítima, em virtude de suas limitações, temporárias ou permanentes, dos possíveis ataques a sua indenidade sexual, preservando-se a sua dignidade como pessoa.⁴³

³⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, p. 213.

⁴⁰ DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado, 7º ed. p. 603.

⁴¹ CHRYSOLITO DE GUSMÃO. *Dos crimes Sexuais*. 6ª ed., pág.86.

⁴² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, vol.3, p.542. RJ: Impetus, 2006.

⁴³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, vol.3, p.603. RJ: Impetus, 2006.

Emiliano Borja Jiménez, dissertando sobre o tema, esclarece que a presunção de violência mantém seu foco na chamada *indenidade sexual* da vítima:

“Indenidade sexual é um conceito que se utiliza para abarcar as hipóteses nas quais a vítima não goza de liberdade sexual, seja momentânea, seja por um espaço de tempo mais ou menos permanente. A pessoa adulta, que por qualquer causa, se haja privada de sentido, uma criança de nove anos ou um sujeito que sofre qualquer tipo de transtorno psíquico, nenhum deles pode em um momento determinado dispor sobre sua liberdade sexual. E se alguém mantivesse relações desta índole com a pessoa que se encontra nessa situação, atacaria sua indenidade sexual. E se entende por tal o direito que todo ser humano tem de manter incólume sua dignidade humana frente a consideração de seu corpo como mero objeto de desejo sexual. Desta forma, a indenidade sexual está intimamente relacionada com a dignidade humana e com o livre desenvolvimento da personalidade. A dignidade humana se reflexa na auréola de respeito que todo ser humano merece pelo mero fato de ter nascido, e que impede que seja considerado como um objeto, como uma coisa, neste caso, como um mero instrumento dos instintos sexuais do outro”.⁴⁴

Desta forma, conforme o entendimento do autor acima citado, busca-se por intermédio das causas que apontam para a presunção de violência, proteger a vítima em razão de suas limitações permanentes ou temporárias, das possíveis violações à sua indenidade sexual, preservando-se primordialmente a dignidade da pessoa humana, assegurada constitucionalmente.

Ocorre que o Código Penal, em seu art. 224, alíneas “a”, “b” e “c”, conforme orientações de política criminal que prevaleciam na época em que foi levado a efeito, buscando a proteção de pessoas consideradas mais frágeis, adotou o critério da violência ficta (presunção de violência).

A este projeto de monografia importa apenas a análise da presunção de violência em relação à menor de catorze anos, fazendo-se uma análise sob o prisma da necessidade ou não da relativização desta presunção diante das efetivas mudanças sociais ocorridas entre a época que foi levado a efeito o projeto do Código Penal e os dias atuais.

⁴⁴ JIMENÉS, Emiliano Borja. Curso de Política Criminal, p.156.

5-PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PARA A MENOR DE CATORZE ANOS

A alínea ‘a’ do artigo 224 refere-se à presunção de violência em função da menoridade. Porquanto, se alguém cometer um crime sexual contra vítima menor de catorze anos, a violência poderá ser real ou presumida. A violência real ocorre quando não há o consentimento da vítima, aplicando-se a força ou grave ameaça. A violência presumida ocorre quando há o consentimento da vítima, todavia esse consentimento é inválido.

Importante saber se essa presunção é relativa (*iuris tantum*), quando aceita prova cabível em contrário, ou absoluta (*iuris et de iuris*,) quando não aceita prova em contrário.

Na época em que foi levado a efeito o projeto do Código Penal, os membros da comissão revisora concluíram que as meninas menores de catorze anos não tinham maturidade suficiente para discernir sobre atos de natureza sexual, em razão de uma imaturidade natural decorrente da idade, conforme esclarece Rogério Greco.⁴⁵

O item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal dispõe que:

⁴⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III, p.603 .RJ: Impetus, 2006.

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais de modo que não pode se dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e dos riscos que corre se se presta a lascívia de outrem.

5.1) Críticas ao critério etário

A Exposição de Motivos do Código de 1940 afirma que a diminuição da idade – limite a presunção de violência, tida na legislação anterior como dezesseis anos, justificava-se já que: “(...) com a redução do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais”.

Hoje, seis décadas depois desta percepção, cabe fazer ponderação se a presunção deve se ater a esse limite de idade, e surgem indagações se esta presunção deve ter caráter relativo ou absoluto.⁴⁶

Régis Prado ressalta que a realidade social alterou-se em muitos sentidos, inclusive no que se relaciona ao sexo, tendo em vista que atualmente crianças e adolescentes são informados a respeito do assunto, sendo impossível, desta forma, considerar que uma pessoa com idade inferior a catorze anos apresente insciência quanto ao sexo. Critica ainda o critério etário presente no preceito: “*Estabelecer-se um critério etário para a autodeterminação sexual de uma pessoa afronta a lógica e o bom senso...*” O mesmo autor ressalta ainda que “*em 1940 o legislador reduziu a idade da presunção de violência de dezesseis para catorze anos, levando em consideração uma evolução do conhecimento dos adolescentes da época*

⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 217.o

quanto a vida sexual". Defende o autor que se faça um novo questionamento quanto ao critério etário sob pena de conflitem a lei e a realidade social.⁴⁷

Alertava Heleno Fragoso no sentido de que:

“Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores”.⁴⁸

Ocorre que hodiernamente estamos diante de uma norma inadequada pelo simples motivo da desatualização normativa. O art. 224, "a", CP traduz a realidade social do momento de sua elaboração, e não a realidade atual. Os fatos são dotados de dinamicidade, enquanto a lei é estática. O passar do tempo exige reformulação da lei penal, pois o direito é feito para reger a sociedade, não podendo ser cristalizado.⁴⁹

Foi-se o tempo em que adolescentes de até catorze anos não possuíam experiência quanto ao sexo, não possuindo capacidade de autodeterminação. A televisão, meio de comunicação de massa, bombardeia diariamente informações e imagens acerca do sexo, fazendo com que a descoberta do sexo para os jovens seja de forma muito mais rápida do que ocorria antigamente. Além disso, hoje o sexo deixou de ser tratado como tabu, sendo discutido em casa, nas escolas e nas rodas de amizade, sendo excepcional a situação em que se encontra alguém fora desse contexto.⁵⁰

O Ministro Marco Aurélio, no HC n 73.662/MG, utiliza como um de seus fundamentos para absolver o acusado, em um caso concreto de violência presumida no crime de estupro, o seguinte argumento: “Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos.”

Em 1990, com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), estabeleceu-se a diferença em relação à idade, conferindo aos adolescentes (maiores de doze anos) certa capacidade de compreensão e responsabilidade pelo ato infracional que viessem a

⁴⁷ REGIS PRADO, L. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial. P.351

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, Parte Especial, 3 ed., RF, 1981, p. 1.

⁴⁹ ZEIDAM, Rogério. Presunção de violência por motivo etário. In, Boletim IBCCrim n° 64 – março/1998.

⁵⁰ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza..Artigo 224, “a”, do Código Penal: presunção de violência relativa? In Boletim IBCCrim.

cometer, inclusive com a medida da internação. O artigo segundo da referida lei considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Nota-se aqui um *contra-sensu* entre o legislador do Código Penal e o legislador que estatuiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.⁵¹

O Estatuto confere aos adolescentes certa compreensão e responsabilidade, que vem a refletir na necessidade de relativização do caráter absoluto da presunção de violência imposta pelo Código Penal de 1940 ao crime de estupro quanto às menores de catorze anos.

Se este moderno Estatuto tem uma visão mais ampla e atual quanto ao crime não há como desconsiderar as evoluções no campo sexual do indivíduo. Se o adolescente pode ser punido com medidas sócio-educativas pelo ato infracional que cometer, por que não poderia dar um consentimento válido em uma relação sexual?

Se o legislador considerou que um adolescente tem capacidade para discernir o certo do errado, que pode ser até internado porque cometeu ato infracional, isso mostra que o legislador de 1990 já acreditava que o adolescente dessa época já tinha sim capacidade de dar um consentimento válido, porque, se tomarmos o exemplo de um crime cometido por um adulto, e um adolescente colaborar para essa infração (havendo concurso de pessoas entre eles, artigo 29, caput, do Código Penal) ele poderá ser punido com tal internação. Se ele foi punido porque aderiu à vontade ou proposta da pessoa adulta, considera-se então que esse seu consentimento seja válido.

Desta forma, não há porque não valorar o consentimento da jovem menor de catorze anos quanto a prática de ato sexual, dependendo do caso concreto. Se pode consentir quanto a prática de ato infracional, também tem capacidade para consentir quanto ao sexo.⁵²

Percebe-se, então, que o legislador de 1990 (ECA) vê de forma bastante diferente do legislador de 1940 (Código Penal) a capacidade de compreensão do adolescente, e isso ocorre pela decorrência de 50 anos entre a edição de um e de outro. No Código de 1940 a menor de catorze anos era tida como absolutamente incapaz de compreender os atos sexuais. De 1990 pra cá, o ECA passou a distinguir criança de adolescente pela idade de 12 anos. Pelo ECA, o adolescente tem certa capacidade de compreensão. Desta forma, de acordo com o *princípio da contextualização*, não se pode negar essa capacidade quanto ao consentimento para a prática de atos sexuais.

⁵¹ ZEIDAM, Rogério. Presunção de violência por motivo etário. In, Boletim IBCCrim n° 64 – março/1998

⁵² GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro - 1996 .p.194.

O Estatuto da Criança e do Adolescente está bem mais atualizado quanto aos novos costumes e maior nível de informação dos adolescentes de hoje, que já não mais conservam aquela *inocentia consilli* que o legislador de 1940 tanto tentou resguardar.

Levando em consideração o critério etário do ECA, o adolescente tem vontade juridicamente relevante, podendo consentir validamente (inclusive quanto a prática de atos sexuais); o mesmo não pode ser dito, pelo menos a princípio, quanto a criança.⁵³

Além do que foi exposto, o critério etário imposto pelo legislador também deve ser criticado sob o enfoque de que nem sempre a idade cronológica corresponde ao desenvolvimento mental da criança e do adolescente.⁵⁴

O Magistrado Márcio Bártoli censura o critério etário, afirmando que não é fácil apontar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercida livremente. O critério etário seria de manifesta impropriedade ao definir que a pessoa com determinada idade adquira capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas esteja proibida de fazê-lo até a véspera de completar tal idade. Não pode haver uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade. A conquista da liberdade sexual é dinâmica, e dependendo do caso pode ocorrer antes do limiar etário estabelecido pelo legislador.⁵⁵

Continua ainda o eminente magistrado explicando que:

As leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de um determinado marco etário. Superando o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer sua sexualidade. Antes de tal faixa, mesmo tendo conhecimento a respeito de sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo, nem condições pessoais para repetir propostas ou agressões que lhe são endereçadas nessa esfera. Nesse caso, seu consentimento para a prática de ato sexual é inválido, e se presume, por lei, que o agente atuou com violência.⁵⁶

Deve-se, portanto, analisar de forma minuciosa o comportamento da vítima, o conhecimento e experiência em matéria de sexo, bem como a aparência física e condições de desenvolvimento mental e amadurecimento da menor para que, somente assim, se perceba se

⁵³ GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro.p.195.

⁵⁴ ZEIDAM, Rogério. Presunção de violência por motivo etário. In, Boletim IBCCrim n° 64 – março/1998.

⁵⁵ BÁRTOLI, Márcio. “ A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência”. RT 678, p. 410.

⁵⁶ BÁRTOLI, Márcio. “ A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência”. RT 678, p. 410.

essa tem a capacidade de dar consentimento ao ato praticado, para posteriormente, verificar se este consentimento é válido ou não.

5.2) Presunção absoluta ou relativa?

O Código Penal de 1890 previa em seu artigo 272 que “se presumia a violência quando a vítima não era maior de 16 anos”.⁵⁷

O entendimento de que tal presunção era absoluta, isto é, não admitia prova em contrário, nunca foi pacífico.

Eram partidários do caráter absoluto desta presunção, entre outros, Viveiros de Castro, João Vieira, Bento de Farias, Galdino Siqueira, Nelson Hungria. Era voz discordante, propugnado pela relatividade da presunção, Crisólito de Gusmão.⁵⁸

Bento de Faria, adepto da corrente que defende a existência da presunção absoluta de violência, salienta que, “*sempre será inválido o consentimento de uma menor de 14 anos, mesmo tendo um desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade, em razão da idade da vítima ser elementar do tipo penal*”.⁵⁹

Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1936, houve discussão sobre o tema. De um lado o professor Soares de Mello sustentou ser a presunção de caráter absoluto. De outro, o professor Candido Motta Filho assegurou ser esta relativa. Venceu a primeira tese, que anos depois gerou muitos reflexos na esfera do direito penal.⁶⁰

Sustentava Soares de Mello que “*mesmo que se faça prova de que a menor consentiu livremente, que livremente consentiu que atentassem contra seu pudor, ou com ela mantivessem cópula, ou que a tirassem do lar doméstico para fim libidinoso, não aproveitará essa prova ao transgressor da lei penal porque esse consentimento não pode ser recebido como espontâneo, nos deve ser acolhido como livre*”.⁶¹

No entanto, o mesmo professor defensor da presunção absoluta ressaltava os casos da jovem que fazia “comércio do seu próprio corpo”, pois as leis não continuariam a proteger

⁵⁷ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>

⁵⁸ MOTA, Mauricio Jorge Pereira. Revista dos Tribunais 115/791.

⁵⁹ FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro Comentado. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 1961, p.149.

⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 218.

⁶¹ MELLO, José Soares de. Prova escrita ao concurso da Cátedra de São Paulo, 1936.

quem se tornou indigna de sua proteção. Explicava o professor que: “(...) a pessoa que mantivesse relações sexuais nas condições aludidas não poderia ser de forma alguma punida, não porque tivéssemos de concordar que a presunção do art. 272 não é absoluta, mas sim porque não teria ela, ao praticar o aludido ato, intenção criminosa. O art.24 do nosso Estatuto Penal: as ações ou omissões contrárias a lei penal, que não forem cometidas com intenção criminosa, não serão passíveis de pena.”⁶²

O Código de 1890 tinha uma realidade bem diversa, talvez por isso prevalecesse a posição do professor supracitado. Nas discussões anteriores ao Código Penal de 1940, Hungria, um dos membros da Comissão Revisora, já defendia a supressão da expressão “não se admitindo prova em contrário”.⁶³

Hoje, a corrente que defende a presunção de violência absoluta funda-se no item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, que entende que: “O fundamento da ficção legal de violência no caso dos adolescentes é a *innocentia consilii*”. No entanto, cumpre ressaltar que o legislador teve consciência que a norma cede a realidade asseverando 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 a lascívia de outrem.”

Ocorre que hoje já se passaram mais de 60 anos da edição do Código Penal, e se este, na época em que foi editado propôs que se reduzisse a idade de 16 anos (estabelecida no Código de 1890) para 14 anos, nos dias atuais questiona-se se esse limite etário ainda é cabível diante das evoluções sociais, questionando-se acerca da possibilidade de sua relativização.

Atualmente encontram-se diversas decisões baseadas na presunção de violência. Ao sustentar esse entendimento atualmente, os aplicadores da lei têm causado problemas gravíssimos diante do caso concreto, não excluindo a presunção de violência nem mesmo diante do depoimento da vítima que alega o seu consentimento na prática do ato.⁶⁴

Embora a Doutrina majoritária entenda pela relativização da presunção de violência, a Jurisprudência ainda apresenta muitos julgados consagrando a presunção absoluta. No HC 77018 / SC, em voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, se reconhece que a presunção de violência é absoluta:

⁶² MELLO, José Soares de. Prova escrita ao concurso da Cátedra de São Paulo, 1936

⁶³ HUNGRIA, Nélon. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. III, PP.240 e SS.

⁶⁴ GOMES, Andre Luiz Callegaro Nunes. A aplicabilidade da presunção de violência diante do consentimento da vítima nos crimes contra a liberdade sexual. Boletim IBCCrim – ano 10 – n°118.

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. **VIOLÊNCIA PRESUMIDA**. NATUREZA **ABSOLUTA**.EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL E DE MAIS DE UMA RELAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE DA ANÁLISE NA VIA ELEITA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. DELITO PRATICADO ANTES DA LEI 11.464/07. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. A presunção de **violência** prevista no art. 224, a, do Código Penal, tem natureza **absoluta**, entendendo-se, por conseguinte, que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual. Precedentes.(...)

No REsp 891765 / GO, cujo relator foi o Ministro Felix Fischer, reconhece-se também a presunção absoluta, conforme ementa transcrita abaixo:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 213, C/C ART. 224, ALÍNEA A, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA. SÚMULA 284-STF. PRESUNÇÃO. NATUREZA. I - O recurso especial, quanto ao permissivo da alínea a, deve apresentar a indicação do texto infraconstitucional violado e a demonstração da suposta violação, sob pena de esbarrar no óbice do Enunciado n.º 284 da Súmula do STF. II - No estupro com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos. III - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF e do STJ). Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

Para a jurisprudência adepta da presunção absoluta de violência pouco importa que tenha o ato sexual tenha partido da iniciativa da vitima, pouco importa também que haja o consentimento dos genitores, considerando-se irrelevante também o comportamento anterior da ofendida.⁶⁵

No Resp 969183 / SC, o Ministro Arnaldo Esteves novamente se manifestou pela presunção absoluta, de acordo com o que se extrai da ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VITIMA E PREVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO. 1.A presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal tem natureza absoluta, entendendo-se por conseguinte, que o consentimento da vitima, aliado ou não à sua previa experiência em

⁶⁵. GOMES, Luiz Flavio. A presunção de violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais.ano 4- n.16 – outubro-dezembro - 1996 .p.163.

relação ao sexo, não conduz à atipicidade da conduta, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos em consentir na prática do ato sexual. Precedentes do STJ e do STF. 2. Recurso especial provido.

Ressalte-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Goiás, no julgamento da Apelação Criminal n.º 14194.0.213, D.J.E. 11.04.95, cuja relatoria do Desembargador Juarez Távora de Azeredo Coutinho, optou pela presunção absoluta, senão vejamos:

"Recurso de apelação. Estupro. Violência presumida. Se a pessoa ofendida, nos crimes sexuais, não for maior de catorze anos, presume-se por avaliação feita pelo legislador, que o autor do crime atuou com violência, ainda que na realidade tal não tenha ocorrido.

A presunção legal absoluta da violência deve prevalecer, afastada qualquer dúvida sobre a maturidade da ofendida em se tratando de menor sem auto determinação no campo sexual, incapaz de decidir, com liberdade dada sua pouca idade e sem condições pessoais para repelir propostas feitas pelo namorado. Recurso improvido".

Já para os que defendem a presunção relativa, o bem jurídico tutelado nos crimes contra a liberdade sexual é a própria liberdade sexual, e a presunção de violência visa tutelar a *innocentia consilii*, não havendo explicação para incidir onde esse bem não mais exista, onde a “ofendida” tenha plena capacidade de autodeterminar-se. Não há como punir alguém pela vontade de outrem que, dotada de pleno entendimento, aderiu a um convite sexual.⁶⁶

Quanto à doutrina que defende a relativização da presunção de violência, cumpre informar que Luiz Flavio Gomes faz uma crítica. Observa o professor que a doutrina relativista, ao invés de partir da consideração do bem jurídico tutelado, para reconhecer excepcionalmente relevância jurídica à vontade do menor que livremente aceita o ato sexual, contrariamente, vai buscar fundamento na negação da ficção legal, consistente na *innocentia consilii*. Isso ocorreria porque como o fundamento da presunção legal é moralista, sua negação só poderia ter a mesma natureza. Ocorre que se acaba por julgar a vida pregressa da vítima do delito como se fosse questão prejudicial ao processo, sendo que o que realmente importa nos crimes sexuais não é a honestidade da vítima (questão moral), senão o seu direito de exercer a atividade sexual em liberdade.⁶⁷

⁶⁶ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Artigo 224, “a”, do Código Penal: presunção de violência relativa? In Boletim IBCCrim.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flavio. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro - 1996. p.176.

Cumprе salientar que um importante argumento da corrente relativista busca alicerces na mudança da realidade social. Se a realidade da década de 40, entendida ser diferente da realidade de 1890, já justificava a redução da idade, a realidade atual no mínimo justificaria uma relativização da presunção de violência para a menor de catorze anos, tendo em vista que os jovens de hoje já tem noção das coisas do sexo, não devendo se admitir verdades absolutas.⁶⁸

O item 69 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 ressalta que “a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua inciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”. Na interpretação sistemática da regra jurídica, considerando a presunção de violência referente às três alíneas do artigo 224, Magalhães Noronha conclui que, se nas alíneas “b” e “c” se tem sempre presunções relativas, a questão da idade da vítima deve, igualmente, ser tida em ponto de relatividade.⁶⁹

Tendo em vista a necessidade de primar-se pela aplicação correta do direito, esta como única forma de alcançar-se a tão sonhada justiça, melhor é adotar, sempre, a presunção legal relativa, com o que se evitaria aplicações aberrantes do comando legal. Desta forma, não se caracteriza, em tese, o crime de estupro com presunção de violência, quando a menor de catorze anos, espontaneamente, consente com a prática sexual, de forma livre e consciente, mormente quando já tiver mantido relações sexuais anteriores, seja com o acusado, seja com terceiros, ou mesmo demonstre, por atitudes, que já se encontrava pronta a dispor sobre sua liberdade sexual, não sendo, assim, destinatária da finalidade especialmente protetiva da norma definidora do tipo de injusto em discussão.⁷⁰

Embora a o entendimento dos Tribunais Superiores continue sendo a favor da presunção absoluta, em um dos julgamentos do Supremo, no HC 73662 / MG, cujo o relator foi o ministro Marco Aurélio, considerou-se que a presunção de violência contra menor de 14 anos seria relativa, conforme o voto do relator transcrito a seguir:

Omissis. No mérito, tem-se que, nos crimes de estupro o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, ouvida em juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o paciente, sempre indo a lugares desertos para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do paciente, entre

⁶⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 219.

⁶⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 222.

⁷⁰ SOUZA, Marcelo Jones. Violência presumida em crimes contra os costumes – juízo de valor ou de realidade?

outros rapazes. A seguir, noticiou que o paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cederia em face às carícias. Retornado à residência, pedira ao paciente que a deixasse longe de casa, visando fugir à fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta. Diante de tais considerações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que conceitua como estupro o ato de constranger à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. A pouca idade da vítima é de molde a afastar o que confessou em Juiz, ou seja, haver mantido relações com o paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas doze anos levava, vida promíscua, tudo conduzindo à precedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à relatividade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida de maneira assustadoramente vi nas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral, e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação de informações, não as selecionado sequer de acordo com medianos e saudáveis o e pudesse atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim, é que, sendo irrestrito acesso à mídia, não se mostra incomum repara-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade o liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e despreparada para os sustos da vida.⁷¹

Para Damásio de Jesus, não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.⁷²

Segundo Alberto Silva Franco, a questão do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência, baseada na idade da vítima, já perdeu a relevância que tinha no passado:

“A doutrina e a jurisprudência já se pacificaram no sentido de apresentar a presunção de violência como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, embora menor de quatorze anos, se revele uma prostituta declarada, de porta aberta.”⁷³

⁷¹ STF - 2ª Turma - relator Ministro Marco Aurélio - Habeas Corpus 73.662-91146.

⁷² DE JESUS, Damásio E.. Direito penal: Parte especial. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141.

⁷³ SILVA FRANCO, Alberto. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

Adverte Magalhães Noronha que, “a nosso pensar, a circunstância de que se se punisse sempre o que tivesse contato carnal com uma menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, que a nossa lei repudia.”⁷⁴

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu a seguinte decisão quanto à presunção de violência:

“Crime contra os costumes. Estupro violência presumida. Ausência de comprovação absolvição. Estupro (2 vezes). Presunção de violência. No caso em concreto, foi o réu, ora apelante, processado por haver, segundo a denuncia, em duas oportunidades, no mês de maio de 1999, no interior de seu caminhão, constrangido, mediante violência presumida pela idade, a vítima A. de L. P., contando 12 anos e 9 meses, `a pratica de conjunção carnal, desvirginando-a. Ate' onde os autos deixam ver, e o bom senso permite concluir, não se trata de moça ingênua ou simplória, a ponto de deixar-se iludir por um vizinho, com quem, alias, já vinha se relacionando por sua livre e espontânea vontade, não devendo ela situar-se naquela margem de proteção legal, como se criança ou retardada mental fosse, pois, a toda evidencia, e' inocultável sua equiparação a uma criança. Constatando-se, ademais, que os depoimentos da ofendida e do acusado são coincidentes e, ate' certo ponto, o favorecem, parece-me um contra senso colocar a legalidade formal acima da justiça, ainda mais se tratando de caso em que a lei confere maior gravidade `a pratica da ação, se menor de 14 anos a vítima, erigindo a conduta `a categoria de crime hediondo, com rigorosíssima apelação, a ser cumprida em regime integralmente fechado. Por conseguinte, a violência presumida não pode ver-se aprisionada por um critério rígido e absoluto, quando a ofendida não é mais criança, comportando, antes, temperamentos a norma, sob pena de se verem engessados em molduras legais os operadores do Direito. Por fim, uma curiosidade. Neste processo, sequer conflitam entre si as versões da vítima e do acusado, mostrando-se, antes, ajustadas e compatíveis com todo o restante da prova, o que cede espaço até mesmo à aceitação da tese defensiva do erro quanto à idade da menor, quase adulta, desenvolvida e desenvolta, e ao questionamento de sua inocência e seu consentimento valido para a conjunção carnal. Apelo ministerial desprovido.”⁷⁵

É mister destacar o entendimento do Relator Desembargador Adalberto Dias Tristão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no julgamento da Apelação Criminal n.º 008920004580, em data de 23.11.94, que busca rechaçar qualquer posição contrária sobre a relatividade da presunção de violência:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA FICTA OU PRESUMIDA. Vítima que possui compleição robusta, aparentando ser mulher formada. Restou provado que o apelado foi por várias vezes procurado pela vítima, para com ele manter relações sexuais. O apelante é pessoa humilde que laborou em erro quanto à idade da moça que

⁷⁴ NORONHA, Magalhães. Direito Penal, v. III, p.227.

⁷⁵ Apelação Criminal. Processo: 2002.050.03171. Comarca de Origem: Araruama. 8ª Câmara Criminal. Unânime. Des. Flavio Magalhães. Julgado em 26/09/2002.

o procurava insistentemente para com ele manter congresso carnal. E da jurisprudência não configurar estupro, por violência presumida, quando a vítima, apesar da tenra idade, além de tomar a iniciativa para o ato sexual, apresentava ser mulher formada. Apelo improvido, a unanimidade.

A corrente que defende a relativização da presunção de violência se baseia em duas hipóteses:

- a) A errônea suposição do agente de se tratar de pessoa maior de catorze anos;
- b) o comportamento da menor de 14 anos em relação às coisas do sexo.

A primeira hipótese trata do erro de tipo, conforme esclarece Magalhães Noronha: “*Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de catorze anos, não ocorre a presunção. Não existe crime porque age de boa-fé*”.⁷⁶

No mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso, afirma que a presunção de violência não é absoluta, “*pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção*”.⁷⁷

Segundo Emerson Garcia, o erro sobre a idade da vítima trata-se de causa que exclui a própria tipicidade do ato, ficando demonstrado que o agente atuou sob erro de tipo invencível (art.20, CP), que elimina o dolo da conduta. Ocorre também quanto ao erro de tipo vencível, onde também não haverá punição, por não ser possível a prática de crimes contra os costumes na modalidade culposa.⁷⁸

Nesse mesma diapasão, posiciona-se Damásio de Jesus: “*a presunção de violência, no caso de a vítima não ser maior de catorze anos, é relativa, cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade desta, erro este plenamente justificável pelas circunstâncias*”.⁷⁹

No entanto, também encontram-se posições contrárias, considerando que o erro não afasta o dolo, como pode-se extrair das jurisprudências abaixo:

“O erro do agente, no que se refere à idade da vítima de estupro é indiferente, valendo-se notar que a simples dúvida não exclui a presunção de violência, posto que, nesta hipótese, subsiste dolo eventual.” (RT 492/310)

No mesmo sentido:

⁷⁶ NORONHA, E. Magalhães. “Direito Penal”, 4 ed., vol.3, São Paulo: Saraiva,1964, cit., p.221.

⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. “Lições de Direito Penal”, vol.4, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, cit.,p. 3.

⁷⁸ GARCIA, Emerson: Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003.

⁷⁹ DE JESUS, Damásio E. 3º Volume, 12º Edição, p. 141.

“A presunção de violência não cede ante o fato da vítima aparentar mais idade. Sobre ser enganoso tal critério, a lei presume que o menor de catorze anos é incapaz de consentir, seja qual for a aparência física, levando em conta o desenvolvimento mental...” (RT 499/310).

Na hipótese do comportamento da menor quanto às coisas do sexo, cumpre relativizar a presunção quando a vítima tem conhecimento acerca dos atos sexuais e das circunstâncias que os envolvem. Isto é, se a vítima menor de catorze anos tem comportamento avançado a respeito da vida sexual não se fala em presunção de violência. Também não se caracteriza o crime se a vítima já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos, se é despuorida, corrompida ou apresenta péssimo comportamento.⁸⁰

Mirabete posiciona-se contrariamente, afirmando persistir o crime ainda quando a menor não é mais virgem, leviana, fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.⁸¹

No contexto da relativização da presunção de violência, explica o professor Edmundo Oliveira que é preciso, face à natureza do crime e à menoridade da vítima, analisarmos sobretudo o prisma da ofendida, para não correremos o risco que a letra da lei impeça a fluência dos fatos. Aos fatos deve ser dado o poder de rompimento da presunção, revestindo de maior valia o depoimento da vítima, tendo em vista que este trará a razão que levou ao ato sexual.

⁸⁰ GOMES, Andre Luiz Callegaro Nunes. A aplicabilidade da presunção de violência diante do consentimento da vítima nos crimes contra a liberdade sexual. Boletim IBCCrim – ano 10 – n° 118.

⁸¹ MIRABETE, “Manual de Direito Penal – Parte Especial”, vol. 2. p.472.

6) BEM JURÍDICO TUTELADO E A VALORAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

O bem jurídico tutelado no crime de estupro é a liberdade sexual da mulher.

Esclarece Emiliano Borja Jiménez sobre o conceito de liberdade sexual:

“autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, com uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais”.⁸²

O art.224, alínea *a* do Código Penal traz para o ordenamento jurídico a presunção de violência, cujo bem jurídico que visa tutelar é a *innocentia consilii*, ou seja, a completa falta de ciência quanto aos fatos sexuais, de modo que seu consentimento não pode ser valorado, conforme esclarece o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal.

Ao analisar-se o bem jurídico tutelado pelo art. 224, “a”, CP, é necessário confrontá-lo com alguns princípios do direito penal. A discussão a ser colocada é se hoje, diante das efetivas mudanças sociais, ainda caberia tutela a uma *innocentia consilii* que já não existiria mais.

O Princípio da Intervenção Mínima, também conhecido como *ultima ratio*, tem como função orientar e limitar o poder incriminador do Estado, baseando-se na premissa de que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Questiona-se se o bem jurídico tutelado, ou seja, a *innocentia consilii* existe em casos em que a “ofendida” possui capacidade de autodeterminar-se quanto ao sexo, por já ter tido outras relações sexuais, ser despuorada ou simplesmente pelo fato de saber e conhecer os assuntos sobre o sexo.

⁸² JIMENÉS, Emiliano Borja. Curso de Política Criminal, p. 156.

O Princípio da Adequação Social, segundo Welzel, preceitua que o direito penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário não podem ser considerados delitos.⁸³ Questiona-se aqui se o fato de uma menina de 13 anos manter relações sexuais com homem de 18, por exemplo, teria alguma relevância social, tendo em vista a sociedade em que vivemos, em que os assuntos sobre sexo são abordados desde a entidade familiar até o colégio.

O Princípio da Ofensividade exige que, para que se tipifique um crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo real e efetivo de dano a um bem juridicamente protegido. A primeira função do princípio da ofensividade se dirige ao legislador, tendo como fim limitar o *ius puniendi* estatal. Sua segunda função visa limitar o próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz.⁸⁴ Aqui surge o ponto principal a respeito da tutela do bem jurídico. Questiona-se a existência do bem jurídico tutelado, ou seja, a *innocentia consilii* da menor de 14 anos nos casos em que a mesma consente para a prática de ato sexual, tendo plena noção das coisas sobre o sexo. Como se falar em tutela de bem jurídico quando este deixa de existir?

Não existe crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo a principal função do direito penal exercer a tutela desses bens. Somente efetiva lesão ou perigo concreto de lesão é que se justifica a intervenção penal. Essa lesividade só pode derivar da conduta do agente, e não de uma presunção legal.⁸⁵

Torna-se oportuno neste momento invocar o conceito de Zaffaroni sobre tipicidade conglobante. Para o autor, a tipicidade se divide em tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade formal é a adequação do fato com o que está na norma. A tipicidade material só ocorre quando há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Desta forma, utilizando-se a visão do renomado autor sobre tipicidade, esta restar-se-ia afastada de acordo com a doutrina que admite a valoração do consentimento da menor de 14 anos. Tendo em vista que o bem jurídico que a norma do art. 224 busca tutelar é a liberdade sexual da menor de 14 anos, com fulcro na *innocentia consilii*, a partir do momento em que a menor consente quanto a prática do ato sexual, demonstrando capacidade para consentir, não há mais bem à ser tutelado, por conseguinte não há lesão a bem jurídico, excluindo-se a tipicidade. (informação verbal)

⁸³ WELZEL, Derecho Penal alemán, 12 ed. Chilena, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p.83.

⁸⁴ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. v.1, Editora Saraiva. p.21..

⁸⁵ GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro Revista dos Tribunais: SP. p.186.

Desta forma, a doutrina que adota a corrente pela relativização da presunção de violência tipificada no art. 224, “a” do Código Penal, defende que em casos de “prostituta de portas abertas”, de vítima com comportamento reprovável (vida anteaeta) e no caso de erro de tipo quanto à idade da vítima afastar-se-ia a presunção de violência. Nos dois primeiros casos porque da análise da vida pregressa da vítima pode-se perceber que tem plena noção dos fatos acerca do sexo, podendo e devendo-se valorar o seu consentimento. No último caso afasta-se a presunção porque para ser punido o agente do crime tem que ter consciência da realização do tipo penal e de sua antijuridicidade, sendo que, errando quanto a idade da vítima não tem essa consciência, afastando-se o dolo.

6.1) Valoração do consentimento

O consentimento tem grande relevo na exclusão da responsabilidade penal, sendo verdadeira causa de exclusão de tipicidade, que pode estar prevista ou não na norma, não obstante a sua aplicação a forma explícita ou implícita.⁸⁶

O consentimento diz respeito sempre a bens jurídicos disponíveis e se dá de modo expresso (por palavra, escrito, gesto ou omissão) ou presumido.⁸⁷

Luiz Flavio Gomes leciona que o eixo fundamental dos crimes sexuais é a falta de consentimento. Havendo consentimento afasta-se o tipo penal. Quanto a menor de catorze anos ou menos, pela letra da lei do art. 224, “a”, de forma alguma esta poderia consentir validamente. No entanto, o renomado autor defende que hoje se impõe essa relativização. Nessa linha de raciocínio, quando o adolescente pratica o ato sexual com consciência do que fazia, com voluntariedade, não há que se falar em crime, pois o consentimento é válido.⁸⁸

Já para Renato de Mello Jorge Silveira, há exceção obrigatória quanto ao consentimento nos casos de constatação de violência presumida, por não haver a possibilidade de consentimento válido.⁸⁹

⁸⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 222.

⁸⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 225.

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro p.195.

⁸⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal, pg 236.

Para os que defendem a presunção absoluta, o consentimento da menor de catorze anos sempre carece de validade, mesmo nos casos em que a menina apresenta desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade. O argumento para a defesa dessa posição é o fato de a idade da vítima ser elementar do tipo penal, conforme afirma Bento de Faria.⁹⁰

A ministra Laurita Vaz, no HC 5535 / SP, defendeu a presunção de violência como absoluta nas seguintes palavras:

“A presunção de violência prevista no art. 224, “a”, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção da liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o consentimento da menor para a formação do tipo penal de estupro”.⁹¹

A corrente que defende a presunção relativa busca fundamento na evolução da sociedade que hoje permite aos jovens ter conhecimento sobre as coisas do sexo. Admite que a mídia e os costumes não têm o poder de revogar leis, pois uma lei só pode ser revogada por outra lei. Mas ao mesmo tempo, ressalva que se a presunção de violência se funda na ficção de que a menor de catorze anos nada sabe sobre sexo, torna-se notório que as bases dessa suposição acham-se corroídas. Desta forma, o critério etário utilizado pelo legislador de 1940 para estabelecer uma linha divisória entre o consentimento válido e inválido da menor já não se presta mais nos dias contemporâneos.⁹²

⁹⁰ FARIA de, Bento. Código Penal Brasileiro Comentado, Volume 6, Ed. Record, Rio de Janeiro, 1961.

⁹¹ STJ, HC 5535 / SP

⁹² GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminas. ano 4- n.16 – outubro-dezembro.p.168.

7) INCOMPATIBILIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA COM A ORDEM CONSTITUCIONAL

Questiona-se se seria compatível com a ordem constitucional o surgimento de uma presunção *iure et de iure* de violência desfavorável ao acusado. Ocorre um confronto entre dois bens jurídicos: A liberdade do acusado e a proteção das menores de catorze anos. A doutrina, buscando resolver essa situação, vem considerando que o intérprete deve se valer de um critério de ponderação de bens.⁹³

O professor Luis Roberto Barroso leciona que:

“A Constituição revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que valores e bens jurídicos que se contrapõe e que devem ser harmonizados pelo interprete (...) A Doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou de valores. (...) Os conflitos somente se podem resolver na medida em que se chega à conclusão de que dispositivo constitucional é o que tem mais peso para a questão que vai se decidir em concreto”.

Desta forma, é a análise dos valores protegidos que determinará qual o bem jurídico tutelado que ira prevalecer no caso concreto. Nessa diapasão, esclarece o Magistrado Rodolfo Kronenberg Hartman que é até recomendável que exista esta presunção de violência nos crimes contra os costumes praticados contra a menor de 14 anos, no entanto, deve ser relativizada, permitindo ao acusado provar o contrário, se não surgiria uma grave ameaça a sua liberdade em decorrência da impossibilidade de defesa desta presunção absoluta, o que não se compatibiliza com a ordem constitucional.⁹⁴

O juiz de primeiro grau pode averiguar a constitucionalidade da lei, desde que haja pertinência para a decisão do litígio e interesse das partes. É o chamado controle difuso de constitucionalidade, que surge no processo como questão prejudicial e tem efeitos *inter partes*. É preciso que haja um rompimento com o modelo legalista-positivista, sendo

⁹³.HARTMANN, Rodolfo kronenberg .Responsabilidade Penal Objetiva e a Presunção de Violência Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003.

⁹⁴ HARTMANN, Rodolfo kronenberg .Responsabilidade Penal Objetiva e a Presunção de Violência Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003

fundamental reconhecer que a norma não é automática, mas sim reflexiva. A tarefa de julgar não deve mais ser vista como uma tarefa neutra e descompromissada, mas sim como uma tarefa comprometida com a realidade social.⁹⁵

A lei é estática, enquanto o ordenamento jurídico é dinâmico por natureza, pois a realidade social também o é. Desta forma, pode ser que não haja solução na lei para uma situação concreta, mas no ordenamento jurídico sempre haverá. Não se trata de desvincular o juiz da lei, mas sim fazer com que busque o fundamento de suas decisões no ordenamento jurídico e na lei, desde que essa última não contrarie dispositivos de hierarquia superior.⁹⁶

Surge uma doutrina nova, consentânea com o Direito Penal da Responsabilidade Pessoal, que se opõe contra a presunção de violência nos crimes sexuais. A presunção de inocência é considerada por esta Doutrina como uma barreira à presunção de violência, pois protege um dos mais importantes direitos fundamentais do homem, o *ius libertatis*.

O art.224 do CP, na parte em que presume a violência, conflita diretamente com o princípio constitucional da presunção de inocência, regulado no art. 5, LVII da Constituição Federal. Violência é fato, e fato não se presume, ou existe ou não existe. O Direito Penal da Culpa é inconciliável com presunções de fato, conforme esclareceu o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro no Resp. 46.424-4 / RO. Eis um trecho do voto do ínclito ministro:

“Em conseqüência, não há pois, como sustentar-se em direito penal, presunção de fato. Este é fenômeno que ocorre no âmbito da experiência. Existe ou não existe. Em conseqüência, não se pode punir alguém por delito ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato, (porque fato) o crime existe, ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224, CP (...) presumir a violência é punir crime não cometido!”⁹⁷

O ministro conclui que a presunção do art. 224 seria inconstitucional por flagrante incompatibilidade da norma infraconstitucional com o Princípio constitucional da presunção de inocência, pois desobriga o acusador a comprovar a violência, só tendo este que comprovar a situação fática do Art.224, ou seja, o fato da vítima ser menor de 14 anos. Há choque entre duas presunções, uma constitucional e a outra legal, devendo prevalecer a primeira.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes entende que quando a lei estabelece uma causa que leva o julgador a fazer uma presunção, está a impedir o exercício do direito constitucional da

⁹⁵ GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro.p.173.

⁹⁶ GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro. p.173.

⁹⁷ Cfr. Resp. 46.424-2 /RO, STJ, 6 T., rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro.

ampla defesa do acusado, que poderá apenas negar sua autoria no crime, mas não poderá negar a violência, que é essencial ao crime de estupro, pelo fato desta ter sido presumida pela lei.

Parte da doutrina e da jurisprudência tentou corrigir o problema considerando a presunção de violência relativa e não absoluta, mas, para a corrente que defende a inconstitucionalidade do art.224, “a”, CP, ainda assim a presunção de violência não encontra compatibilidade com a Constituição por ferir direito fundamental. É inconstitucional qualquer lei que despreze a responsabilidade subjetiva, não se podendo punir alguém por delito sob o fundamento de que se presume que o cometeu. Poderia até se admitir um aumento de pena com base no art. 224, mas admitir a presunção de violência seria admitir-se punição por crime não cometido, ao arrepio do princípio da presunção de inocência.⁹⁸

Para Luiz Flavio Gomes, o art.224 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 por desobrigar o acusador do mínimo probatório, relacionado com a violência, sem o qual a presunção de inocência resulta intacta. Para o autor, ainda que se considere a presunção de violência relativa, o conflito constitucional será patente, pois passa a exigir que o acusado comprove alguns fatos que eliminam a figura penal (desonestidade, prostituição, etc.).⁹⁹

Também violaria ao Direito Penal do Fato, pelo qual deve-se punir o autor pela autoria de uma fato e não pelo que ele é. O Direito Penal do Fato pressupõe conduta, mas no caso do art.224 o agente é punido não pelo fato que realizou, mas sim por fato presumido pelo legislador. Assinalou o Ministro Cernicchiaro no seu já citado voto: “É inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva”.¹⁰⁰

O professor Luiz Flávio Gomes defende que seria caso de inconstitucionalidade parcial do art. 224 quanto ao ponto em que se refere à presunção de violência, defendendo que as três alíneas do art. 224 deveriam ser elencadas como hipótese de abuso sexual e não de estupro com violência presumida, pois para a configuração desta última seria necessária a existência de violência real ou grave ameaça. Desta forma, o acusador ao invés de simplesmente narrar o fato e comprovar que a “vítima” se encontrava em uma das situações fáticas das alíneas do art. 224, CP, terá agora que fundamentar sua peça acusatória detalhando

⁹⁸ ZEIDAM, Rogério. Presunção de Violência por Motivo Etário. Boletim IBCCrim n 64- março/1998.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro. p.184.

¹⁰⁰ Cfr. Resp. 46.424-2 /RO, STJ, 6 T., rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro

os fatos ensejadores da responsabilidade penal, não cabendo mais a ele se servir da situação presumida do art. 224, respeitando-se assim o princípio da presunção de inocência.¹⁰¹

O ministro Sepúlveda Pertence, contrariamente, no HC 81268, afirma que a presunção do art.224, CP não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual.¹⁰²

Já o STJ, no Resp 46.424, manifestou-se pela inconstitucionalidade da presunção de violência, alegando que “o art. 224 é inconstitucional por desprezar a responsabilidade subjetiva, sendo intolerável a responsabilidade objetiva”.

Esclarece Delmanto que a responsabilidade penal objetiva, que implica punição pela simples relação causa-efeito, resta-se vedada, assim, para ser punido, o autor do crime tem que ter consciência da realização do tipo penal e de sua antijuridicidade, bem como possuir discernimento para comportar-se de acordo com esse entendimento (responsabilidade subjetiva).¹⁰³

Entendemos que a problemática do art. 224 do Código Penal não se resolveria pela declaração da inconstitucionalidade da presunção de violência por tratar-se de uma proteção legal para as menores de catorze anos. Considerando a lei a menor de 14 anos mais frágil diante dos crimes sexuais buscou dar-lhe maior proteção, seguindo inclusive o princípio constitucional da isonomia : “ tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. No entanto, para que esta norma não fira o princípio da presunção de inocência, deve-se aceitar sua relativização, permitindo ao réu fazer prova de que a pressuposta ofendida tinha plena noção do que fazia, e até mesmo dando maior valor ao depoimento da ofendida quando diz ter consentido para a prática de tal ato. Estudando-se o caso concreto, poder-se-á concluir sobre a possibilidade de valorar ou não o consentimento da menor. A relativização da presunção de violência do art.224, CP salva a norma referida da inconstitucionalidade.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flavio. A Presunção de Violência nos crimes sexuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 4- n.16 – outubro-dezembro. p.192.

¹⁰² HC 81268.

¹⁰³ DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007..

8) O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Conforme explicitado anteriormente, apesar da Doutrina em sua grande maioria se posicionar pela relativização da presunção de violência, essa posição não é tão pacífica em nossos Tribunais, principalmente no STF e no STJ.

Os precedentes destes Tribunais Superiores demonstram certa rigidez quanto à possibilidade de relativizar a presunção de violência, encontrando-se inúmeros julgados a favor da presunção absoluta nos crimes sexuais.

Um julgado importante e muito citado pela Doutrina que vem a demonstrar essa posição fulcrada na presunção de violência como presunção absoluta é o HC n 81268 / DF, cujo relator foi o ministro Sepúlveda Pertence:

EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário – conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.¹⁰⁴

Por outro lado, o HC 73662, já referido em outro capítulo, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, criou polêmica considerando relativa a presunção de violência, e demonstra, talvez, um início de uma mudança de entendimento na seara da presunção de violência nos crimes sexuais, embora julgados posteriores tenham insistido em opinar pela presunção absoluta. Diz a ementa:

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

¹⁰⁴<http://74.125.45.104/search?>

[q=cache:UYzswIjIWIJ:www.lfg.com.br/material/renato_brasileiro/master_ppenal_250907.pdf+HC+81268&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=3&gl=br](http://www.lfg.com.br/material/renato_brasileiro/master_ppenal_250907.pdf+HC+81268&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=3&gl=br)

tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

Os Tribunais de Justiça já apresentam mais decisões favoráveis à relativização da presunção, como se infere da ementa abaixo que se refere à hipótese de erro quanto à idade da vítima e do pleno conhecimento da mesma acerca dos fatos sexuais, explicitando em caso concreto as duas hipóteses a que se refere a Doutrina defensora da presunção de violência relativa:

ESTUPRO-VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS- INEXISTENCIA DE PROVA DE USO DE VIOLÊNCIA FÍSICA PARA A PRATICA LIBIDINOSA-OFENDIDA QUE, EM RAZÃO DE SUA ROBUSTA COMPLEIÇÃO FÍSICA OCULTA SUA VERDADEIRA IDADE E TINHA PLENO CONHECIMENTO DA VIDA SEXUAL- DECRETO ABSOLUTÓRIO QUE SE IMPÕE, POIS A PRESUNCAO DE VIOLÊNCIA NÃO É ABSOLUTA (TJSP- Dês. Xavier Homrich-RT 537/301). O comportamento desenvolvido pela vítima demonstra que a mesma já tinha no momento dos fatos, compleição física avantajada e pleno conhecimento da vida sexual, a ponto de ser conhecida na localidade como mulhewr de vida fácil que mantinha inúmeros congressos sexuais com parceiros indiscriminados. (...) tratando-se de mulher leviana, cumpre apreciar com redobrados cuidados a prova da violência.¹⁰⁵

Também encontram-se decisões dos tribunais no sentido contrário. O julgado abaixo é importante por ter considerado a idade da vítima como fato tipificador da conduta, desconsiderando ao consentimento da ofendida, tomando como base o argumento da corrente que defende a presunção de violência com absoluta, qual seja, a *innocentia consilii*.

Réu condenado pela prática do crime previsto nos artigos 213, na forma do 224, letra a, 225, § 1º, inciso II e 226, inciso II, todos do Código Penal e nos termos do artigo 9º, da Lei 8.072/90. Pena fixada em nove (09) anos de reclusão em regime integralmente fechado. Recurso do Ministério Público postulando a incidência da causa de aumento prevista no citado

¹⁰⁵ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3404>.

artigo 9º, da Lei de Crimes Hediondos e a mitigação do regime prisional. Apelo defensivo pretendendo: a) o reconhecimento da forma tentada, pois de acordo com o laudo não houve vestígios de conjunção carnal recente; b) a não incidência da agravante genérica, em razão da vítima ser criança, evitando-se a violação ao princípio ne bis in idem; c) o afastamento da hediondez do crime, cometido através de violência presumida; d) caso sejam acolhidos os pedidos e por ser o recorrente primário, aguarda o cumprimento da pena desde o início no regime semi-aberto; e, e) o abrandamento do regime de prisão. 1 - O artigo 9º, da Lei 8.072/90, prevê que as penas do artigo 213, caput e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224, também do Código Penal. Esta disposição confusa pode ser interpretada no sentido de que só incide a causa de aumento de pena se a vítima estiver nas hipóteses do artigo 224 do CP, o que seria absurdo, pois não incidiria, por exemplo, no caso de um **estupro** com violência real. Ou então, pode-se concluir que nesses crimes, quando houver o resultado mais gravoso (morte ou lesão corporal grave) só em tal caso, será aplicada a causa de aumento às hipóteses de violência presumida. Esta posição nos parece a mais adequada, a que interpreta melhor o citado dispositivo legal. Deixo de acolher esse pleito ministerial. 2 - Não houve tentativa. O fato já se repetia há algum tempo tendo atingido plenamente a consumação. 3 - Não ocorreu violação ao princípio ne bis in idem. A idade da vítima serviu para tornar típica a conduta, por ausência de consentimento da ofendida. Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que tal comportamento mereça um grau maior de reprovação, o que se reflete na reprimenda. 4 Sanção fixada em nove (09) anos de reclusão, tendo em vista que a pena-base, de seis (06) anos, sofreu um acréscimo de metade, quando o índice correto seria de um quarto (1/4), já que o delito ocorreu em fevereiro de 2005, antes, portanto, da Lei 11.106, que só entrou em vigor em 28/03/2005, majorando o percentual de aumento. 5 - O regime deve ser o inicial fechado. 6 - Concede-se a flexibilização do regime em obediência ao disposto na Lei 11.464/07. 7 - Recursos conhecidos e parcialmente providos para se estabelecer que a sanção corporal será cumprida no regime inicial fechado, e para mitigar-se a resposta penal, que resta aquietada em sete (07) anos e seis (06) meses de reclusão, mantida quanto ao restante a douda decisão monocrática.¹⁰⁶

Ainda no sentido de que a presunção de violência é absoluta posicionou-se o STJ no HC 5535 / SP:

PETIÇÃO CONHECIDA COMO HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PACIENTE SABIA DESTE FATO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não pode, como se fosse um segundo recurso de apelação, analisar a argüida inocência do acusado ou a

¹⁰⁶ Apelação Criminal 2008. 5 .02868. Dês. Cairo Ítalo Franca David. Sétima câmara criminal.

pretensa falta de provas da materialidade e autoria do crime para efeito da sua condenação, uma vez que descabida na via eleita ampla dilação probatória.² Afigura-se inviável a apreciação da alegada ausência de provas seguras e convincentes da responsabilidade do Paciente no ilícito penal descrito na denúncia, em razão dele não ter conhecimento de que a vítima poderia ser menor de quatorze anos. 3. A presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o consentimento da menor para a formação do tipo penal do estupro. 4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. 5. Com a publicação da Lei n.º 11.464/07, restou, de vez, afastado do ordenamento jurídico, pelo legislador ordinário, o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena. 6. Petição conhecida como Habeas Corpus, sendo este denegado. Concedida a ordem, de ofício, para afastar o óbice à progressão de regime prisional, ficando a aferição dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à progressão de regime a cargo do Juiz da Execução/ Penal.

Nota-se que os Tribunais ainda apresentam grande divergência quanto ao assunto, mas entendemos que o melhor caminho a ser adotado é o de que a presunção de violência com base em critérios etários tornou-se descabida nos dias de hoje, causando discussões e divergências e afetando, ademais, a aplicação da Lei Penal.

Ocorre que recentemente, no informativo 371 do STJ, o STJ se posicionou pela presunção absoluta. A Terceira Seção do STJ entendeu, por maioria, pelo caráter absoluto da presunção de violência do art. 224, a do CP. Considerou que a presunção de violência é instrumento legal que tem por objetivo a proteção da liberdade sexual da menor de quatorze anos, levando em consideração a sua incapacidade volitiva. Desta forma, entendeu-se que o consentimento da jovem é irrelevante para a formação do tipo penal de estupro ou atentado violento ao pudor, pois o que se coíbe é qualquer prática sexual envolvendo pessoas nessa faixa etária. Para a Seção, uma jovem com idade inferior a 14 anos, mesmo que já corrompida ou que demonstre pleno conhecimento quanto aos prazeres do sexo, pode, de fato, ser vítima do denominado estupro ficto.¹⁰⁷

O caso no qual o STJ firmou este entendimento trata de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal (MPF) contra a decisão da Sexta Turma do STJ – cujo relator foi o ministro Nilson Naves -, que entendeu que a presunção de violência contida

¹⁰⁷ <http://divisaoinformativos.wordpress.com/category/penal-parte-especial/estupro/>

no artigo 224, "a", do Código Penal (menor de 14 anos) é relativa, cabendo portanto prova em contrário.¹⁰⁸

Apesar do STJ ter se manifestado quanto ao caráter absoluto da presunção de violência nos embargos de divergência citados, é crescente o entendimento de que se trata de presunção relativa. Para os adeptos deste entendimento, a presunção absoluta fere os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa, da ofensividade, do Direito Penal do Fato e do Direito penal da culpa (princípio da culpabilidade), conforme já explicitado ao longo desta monografia.

¹⁰⁸ http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080923172255854

CONCLUSÃO

Em análise última a tudo que foi exposto ao longo desta monografia tornou-se notório que os fatos que circundam o cotidiano da sociedade repercutem diretamente no mundo jurídico. As mudanças sociais, principalmente no que tange aos costumes, têm exercido forte influência na transformação do Direito brasileiro. Vivemos numa sociedade bastante dinâmica, no entanto, nosso ordenamento jurídico é regulado pelas leis, que possuem caráter estático.

As crianças de hoje não são mais as mesmas do século passado. Os meios de comunicação em massa, a internet, a televisão transmitem a todo o momento informações sobre os mais variados assuntos. A própria sociedade, com o passar do tempo passa a enxergar certos assuntos de forma diferente da que enxergava antigamente.

Essa colisão da estaticidade da norma jurídica e da dinamicidade da sociedade é o centro da problemática explicitada nesta monografia. De um lado temos uma norma editada a mais de 60 anos atrás, de outro lado temos a sociedade contemporânea, que dia após dia figura como palco de inúmeros avanços.

Ocorre que o sexo há muito tempo deixou de ser tratado como tabu... As questões sobre sexo são abordadas diretamente pela mídia e pela rede mundial de computadores. Além disso, as próprias escolas e o leito familiar passaram a tratar do assunto com maior naturalidade.

Desta forma, surge a discussão sobre a permanência ou não do bem jurídico a que o art. 224, alínea “a” visa a tutelar nos dias de hoje. Será que ainda há a *innocentia consilii* da menor de catorze anos?

Entendemos que em muitos casos não há a presença da *innocentia consilii*, chegando-se a conclusão de que nesses casos não haveria crime, tendo em vista o desaparecimento do bem jurídico tutelado no art.224, alínea “a”.

Exige-se do juiz que faça uma adaptação da lei à sociedade em que vivemos, tendo em vista que a última é dinâmica, enquanto a primeira é estática. Deve o juiz buscar a justiça, adequando o caso concreto à norma legal, e não encarar a lei como algo rígido, imutável.

O direito tem por função primordial regulamentar a vida em sociedade, sendo assim, cumpre ao juiz o importante papel de adequar a norma ao caso concreto, levando em consideração as mudanças sociais. Desta forma, evita-se que o direito como ciência seja atingido pela esterilidade, já que toda ciência que se limita aos textos de um livro desprezando as realidades está fadada a este mal.

O princípio da presunção de inocência, conforme demonstrado, é ferido pela presunção de violência, não permitindo que o réu faça prova de sua inocência.

Entendemos que a presunção de violência do art. 224, alínea “a” do CP não precisa ser banida do ordenamento jurídico. Não seria o caso de inconstitucionalidade, tendo em vista que o próprio princípio constitucional da isonomia permite o diferenciamento de tratamento quando há desigualdade entre categorias. No caso discutido, é legítima a preocupação da lei em dar maior proteção à jovem de 14 anos pelo fato de considerá-la mais frágil, principalmente na época em que a lei foi editada, em 1940, época em que as jovens eram bem diferentes das de hoje em dia... No entanto, a desvalorização absoluta do consentimento da jovem menor de catorze anos é que não deve ser admitida.

Retrocedendo no tempo é possível compreender o entendimento de que a presunção de violência era absoluta, no entanto, nos dias de hoje, cumpre ao aplicador da lei seguir a orientação de que a mesma é relativa. É preciso analisar cada caso concreto para se chegar à conclusão acerca do cabimento da valoração do consentimento da suposta ofendida.

No entanto, mesmo com todo o avanço social que salta a nossos olhos, o entendimento não é pacífico. A doutrina majoritária já se orienta a favor da relativização, mas nos Tribunais ainda há muita divergência.

Entende-se que o direito em sua amplitude deve buscar mecanismos que garantam uma sociedade mais justa e equânime. Em função disso, não seria correto ignorar a presunção de violência fadando-a de inconstitucionalidade, mas também não seria justo elevá-la à condição de presunção absoluta. Fazendo-se uma interpretação conforme a constituição e conforme os princípios gerais de direito, e tendo por fim evitar injustiças, cumpre encarar a presunção do art. 224, alínea “a” como relativa, adequando-a conforme o caso concreto, buscando a sua proteção quando o bem jurídico tutelado for ofendido (*innocentia consilii*), e

desconsiderando-a quando não houver mais bem a ser tutelado, devendo-se valorar o consentimento da menor neste último caso.

Cumpra aos aplicadores do direito ter em mira um ideal superior de justiça, condicionado por todos os elementos e situações fáticas que integram a vida do homem em comunidade. Deve-se conceder o Direito no seu momento dinâmico, isto é, como desdobramento constante da vida dos povos. Somente desta forma será possível vislumbrar uma sociedade mais justa e de acordo com o que deseja nossa Carta Magna.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA JR, Jair. **Câmara aprova projeto que combate abuso sexual contra crianças e adolescentes.** Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/maio-2007/camara-aprova-projeto-que-combate-abuso-sexual-contra-criancas-e-adolescentes/>>

acesso em 16 de junho de 2008 – 19:27

BÁRTOLI, Márcio. **A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência.** RT 678, p. 410.

DE JESUS, Damásio E. 3º Volume, 12º Edição.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**, 7º ed.

FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro comentado.** 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 149.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**, Parte Especial, 3 ed., RF, 1981.

GADAMER, Hans Georg. **El giro hermenéutico.** Espanha, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Especial.**v: 3, p.514. RJ: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flávio . **A presunção de violência nos crimes sexuais**. Revista dos Tribunais: SP, 2002.

GOMES, Luiz André Callegaro Nunes. **A aplicabilidade da presunção de violência diante do consentimento da vítima nos crimes contra a liberdade sexual**. Boletim IBCCrim- ano 10- n 118.

HARTMANN, Rodolfo kronemberg .Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. III, PP.240 e SS.

JIMENÉS, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**.

MELLO, José Soares de. **Prova escrita ao concurso da Cátedra de São Paulo**, 1936.

MIRABETE, “**Manual de Direito Penal – Parte Especial**”, vol. 2.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Revista dos Tribunais 115/791.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Artigo 224, “a”, do Código Penal: presunção de violência relativa?**

PIERANGELI, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 287-288.

REGIS PRADO, L. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial**.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge- **Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal**.

WELZEL, **Derecho Penal alemán**, 12 ed. Chilena, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p.83.

ZEIDAM, Rogério **Presunção de Violência por Motivo Etário**. Boletim IBCCrim n 64-março/1998.

Constituição Federal, Código Civil (2002/1916), Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2006.

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>

<http://www.violenciamulher.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=58>

<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1168.htm>

http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>

<http://74.125.45.104/search?>

[q=cache:UYzswWjIWIJ:www.lfg.com.br/material/renato_brasileiro/master_ppenal_250907.p
df+HC+81268&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=3&gl=br](http://cache:UYzswWjIWIJ:www.lfg.com.br/material/renato_brasileiro/master_ppenal_250907.pdf+HC+81268&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=3&gl=br)

<http://divisaoinformativos.wordpress.com/category/penal-parte-especial/estupro/>

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080923172255854

