

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**“A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA COM VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS
NO CRIME DE ESTUPRO”**

GUSTAVO WIGGERS
Bacharelado

FLORIANÓPOLIS, DEZEMBRO 1997.

**“A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA COM VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS
NO CRIME DE ESTUPRO”**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

**Acadêmico: Gustavo Wiggers
Prof. Orientador: Edmundo José de Bastos Júnior**

Florianópolis, dezembro de 1997.

“O homem se distingue dos outros animais por ser o único que maltrata sua fêmea.”

(Jack London - 1876 -1916)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	
1. Breves Considerações	4
2. O Tratamento Jurídico do Estupro - Histórico	7
CAPÍTULO II	
1. Do Delito de Estupro	16
a) Definição	16
b) Elementos Objetivos e Subjetivo	18
c) Sujeitos	23
d) Outras Características Inerentes ao Estupro	26
e) Estupro Como Crime Hediondo	30
CAPÍTULO III	
1. Noções Gerais da Presunção de Violência	33
2. Outras Modalidades do Artigo 224 do Código Penal	37
a) Alienação ou Debilidade Mental	38
b) Incapacidade de Resistência	39
3. Da Menoridade da Vítima	40
a) Presunção de Natureza Absoluta	41
b) Presunção de Natureza Relativa	44
b.1) Particular Enfoque da Menor Prostituta	48
4. Análise Crítica	50
a) Crítica à Doutrina da Presunção Absoluta de Violência	50
b) Crítica à Doutrina da Presunção Relativa de Violência	55
c) Da inconstitucionalidade da Presunção de Violência	59
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

A violência sexual é uma das formas mais absurdas de criminalidade. É ainda mais grave quando cometida contra crianças ou jovens, que pouca ou nenhuma resistência podem oferecer contra a ofensa. Além do pouco desenvolvimento físico, impróprio ao ato sexual, criança não tem maturidade para compreender o sentido de um ato sexual, advindo daí o caráter hediondo desta conduta.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 227, parágrafo 4º, diz que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”, deixando às legislações inferiores o papel de instituir as normas de caráter penal e civil, as quais regulam a matéria. No âmbito penal, a grande maioria das normas que oferecem proteção às crianças e aos adolescentes contra a violência, o abuso e a exploração sexual estão contidas no Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), principalmente no Título VI, que trata dos crimes contra os costumes. Dentre as condutas típicas ali descritas, destacam-se os crimes de estupro (artigo 213) e de atentado violento ao pudor (artigo 214), marcantes pela violência que os caracterizam. Além disso, o Código Penal traz em seu artigo 224 a presunção de violência, oferecendo especial proteção a um determinado grupo de pessoas lá elencadas. É justamente sobre a presunção de violência contra os menores de 14 anos nos crimes de estupro, que este trabalho discorrerá.

Num primeiro capítulo será feita uma abordagem sobre a evolução histórica do crime de estupro. Passando pelos hebreus, egípcios, gregos, romanos, onde as primeiras linhas a respeito do tema foram escritas, chega-se a idade média, no qual se estudará o tratamento jurídico dispensado pelos ostrogodos, visigodos, espanhóis, ingleses, dentre outros povos e ainda pelo Direito Canônico. Além disso, toda a legislação nacional sobre o tema será abordada, desde as Ordenações do Reino até as recentes leis. Com isso, pretende-se dar ao leitor um rápida noção de como o crime de estupro era regulamentado, antes das atuais regras vigentes no Brasil.

Num segundo capítulo, será abordado o crime de estupro. Seus elementos, sujeitos, características e especificidades farão parte desta seção, dando ao leitor o conhecimento necessário para o entendimento do capítulo seguinte, o qual tratará especificamente do tema proposto para esta monografia.

O terceiro e mais importante capítulo versará sobre a “Presunção de Violência com Vítimas Menores de 14 Anos no Crime de Estupro”. As discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica desta presunção (absoluta ou relativa) servirão de pilar para a posterior análise crítica a ser feita, na qual uma nova e revolucionária tendência é trazida a colação, qual seja, a da inconstitucionalidade da presunção de violência.

A derradeira seção trará as conclusões obtidas pelo autor ao longo dos estudos realizados, possibilitando ao leitor uma maior reflexão a respeito da

efetiva proteção legal destinada às crianças e aos adolescentes no que concerne as suas liberdades sexuais.

O método de trabalho predominante será o dedutivo e sistêmico, com a análise da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais referentes ao tema, dos quais se extrairão subsídios para sustentarem as observações a serem feitas, quando necessárias.

Por fim, pretende-se com esta monografia esclarecer-se o amparo legal oferecido pela legislação brasileira na hipótese específica do estupro cometido contra menores de 14 anos, que está regulado com a combinação dos artigos 213 e 224, alínea 'a' do Código Penal . Busca-se verificar a conformidade das normas com os anseios da sociedade atual, uma vez que tais regras foram redigidas há aproximadamente 60 anos. Sugestões serão apresentadas ao final, das quais o leitor poderá tirar suas próprias conclusões.

CAPÍTULO I

1 - BREVES CONSIDERAÇÕES

O instinto de reprodução é um dos mais fortes na pessoa humana. É através da reprodução da espécie que, indiretamente, o homem visa à continuidade de sua vida terrena. Apesar do desenvolvimento tecnológico da ciência, proporcionando avançadas técnicas de auxílio à reprodução animal e humana, tais quais a fecundação na proveta, a inseminação artificial, a mãe substituta¹, e mais recentemente a clonagem - que vem gerando acaloradas discussões sobre a sua experimentação em seres humanos - a forma mais comum de reprodução ainda é a natural, na qual macho e fêmea de uma mesma espécie se unem num ato sexual dito normal, obtendo a união do gameta masculino com o feminino e assim, gerando-se uma nova vida.

Mas nem sempre a relação sexual na raça humana visa diretamente a propagação da espécie e a geração de uma nova vida, tal qual sugerem as normas de caráter religioso. Devido ao prazer físico que o sexo proporciona, chamado de orgasmo, e a satisfação egocêntrica do ser humano, em face da aceitação do indivíduo pelo sexo oposto, as relações sexuais buscando exclusivamente a satisfação da libido se difundiram, principalmente após o aperfeiçoamento das técnicas anticoncepcionais, que impedem a fecundação do óvulo pelo espermatozóide e a

¹ MARTINEZ, Jaime Vidal. As novas formas de reprodução humana. Madrid: Civitas, 1988.

conseqüente formação do zigoto.

Com efeito, esta difusão do sexo visando exclusivamente ao prazer, a aceitação na sociedade, ou mesmo o lucro, trouxe várias conseqüências que influenciaram e ainda influenciam as sociedades dos diversos países. Das muitas conseqüências que podem ser apontadas, destacam-se duas: o surgimento de uma doença até então fatal e diretamente relacionada com o sexo, qual seja, a AIDS; e a exploração da sexualidade humana de forma comercial em larga escala, principalmente nos meios de comunicação como a televisão, as revistas e a internet. Para este estudo, interessa tão-somente a segunda conseqüência apontada.

No entanto, nem sempre foi assim. No início dos tempos, o ato sexual de reprodução era realizado sob o pálio do instinto, de forma brutal e animalésca, porém, com o passar dos anos, com a civilização, o progresso e a cultura, o ato sexual passou a ser realizado sob o pálio dos sentimentos, destacando-se a paixão e o amor. Os sentimentos, por sua vez, trouxeram a seleção, ou seja, a eleição dos indivíduos com os quais se queria relacionar.

MAGALHÃES NORONHA² afirma, contudo, que não bastou o amor para disciplinar o sexo: “Foi o pudor o elemento mais poderoso com que a disciplina do instinto sexual contou.” Importante, então, entender-se o conceito de pudor.

² NORONHA, 1983, p. 98/99.

Segundo AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA³, pudor é “o sentimento de vergonha, de mal-estar, gerado pelo que pode ferir a decência e a honestidade.” Porém, no campo jurídico este conceito restringe-se, limitando-se, por automática associação, às questões relacionadas com o Direito Penal, mais precisamente com os crime sexuais.

NORONHA⁴ ensina ainda, baseado em autores como Morseli e Havelock Ellis que o pudor nasceu da associação entre os sentimentos de propriedade que os homens exerciam sobre as mulheres, obrigando-as à monogamia, e o desenvolvimento das indumentárias, que escondiam os órgãos sexuais humanos, despertando a curiosidade e o interesse. Tais causas, porém, manifestaram-se gradualmente ao longo da história e foram influenciadas também pela posição geográfica das comunidades antigas, além de outros fatores. Um claro exemplo foi a surpresa que marcou o contato entre europeus e nativos sul-americanos, estes acostumados a viverem nus em função do clima tropical, já no século XV.

Desta forma, então, a evolução do sentimento de pudor individual acompanhava o coletivo, passando-se a reprimir legalmente, além de moralmente, àqueles indivíduos que não atendessem aos sentimentos comunitários, praticando o sexo de forma diferente da aceita pela sociedade, conforme será visto a seguir.

³ FERREIRA, 1977, p. 391.

⁴ Ob. Cit. p. 99.

2 - TRATAMENTO JURÍDICO DO ESTUPRO - HISTÓRICO

No início dos tempos, coube aos líderes religiosos a imposição das normas a serem observadas, impondo-se sanções de cunho religioso aos infratores, inclusive no que concernia as questões relativas às condutas sexuais exigidas.

Uma das primeiras regras de que se tem notícia foram os dez mandamentos, apresentados ao povo hebreu por Moisés, um líder político e religioso, o qual afirmou ter recebido diretamente de Deus as normas que regiam aquele povo. Dentre estas dez regras, a décima assim dispunha: “Não cobiçarás a casa do teu próximo: não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu escravo, nem a sua escrava, nem seu boi, nem, seu jumento, nem nada do que lhe pertence.”⁵ Tratava-se de uma norma religiosa que visava regular aquela sociedade, a qual relacionava a mulher entre os bens do homem, mas que, contudo, buscava protegê-la em sua liberdade sexual, entendida esta como a vontade de seu pai ou esposo.

Ainda com relação aos hebreus, posteriormente passou-se a aplicar a pena de morte aos homens que violassem mulheres desposadas, ou seja, prometidas em casamento: “Mas se foi no campo que o homem encontrou a jovem e lhe fêz violência para dormir com ela, neste caso, só ele deverá morrer, e nada fareis à jovem, que não cometeu uma falta digna de morte, ...”⁶ No antigo Egito punia-se com

⁵ Bíblia Sagrada, Livro do Êxodo 20/17. 1989, p. 121.

⁶ Bíblia Sagrada, Livro do Deuteronômio, 22-25/26. 1989, p. 238.

a mutilação. Entre os gregos, a morte era o castigo para os que cometiam o estupro.

Vem do Direito Romano as primeiras distinções do crime de estupro. A palavra estupro originou-se do latim *stuprum*, que no sentido próprio significava desonra, vergonha. Utilizou-se esta expressão para designar as relações ilícitas, o adultério, a conjunção carnal violenta e até mesmo a união momentânea com mulher honesta.

JOÃO MESTIERI⁷, em sua obra *Do Delito de Estupro*, distingue três espécies do delito enumerados pelos romanos: *stuprum*, *stuprum violentum*, *stuprum cum masculis*. Foi a partir da obra dos jurisconsultos que as necessárias distinções foram surgindo. Segundo leciona Mestieri, o *stuprum* compreendia a conjunção carnal não violenta, a defloração ilícita de mulher virgem e a cópula com viúva honesta, além do ato sexual com criança. A pena para esta modalidade variava de acordo com a condição social do réu, podendo chegar a pena máxima.

O *stuprum violentum* consistia na cópula ilícita e não consentida, contra a vontade da mulher, sendo que a violência era entendida de forma abrangente, não se restringindo ao simples excesso de força, mas também a grave ameaça. A pena cominada era a morte, prevista na *Lex Julia de vi publica*. Outros autores, como Heleno Cláudio Fragoso⁸, E. Magalhães Noronha⁹, Vitorino Prata Castelo Branco¹⁰ e

⁷ MESTIERI, 1982, p. 3/7.

⁸ FRAGOSO, 1981, p. 3.

⁹ NORONHA, ob. cit. p.106.

¹⁰ BRANCO, p. 46/47.

Chrysolito de Gusmão¹¹ mencionam esta mesma lei ao abordarem tal matéria. A vítima de estupro violento não sofria diminuição de sua honra, pois não incorria em infâmia, podendo contrair matrimônio, se assim desejasse.

A terceira modalidade, *stuprum cum masculis*, distinguia-se entre uma forma violenta e uma consentida, destacando-se na segunda a sodomia. Previa-se para os casos a pena de morte ou a deportação.

Na Idade Média manteve-se basicamente a mesma orientação do Direito Romano, aplicando-se a pena de morte ao estupro violento. Os ostrogodos variavam a repressão segundo as castas sociais: pena pecuniária para os nobres e pena de morte para os escravos. Os visigodos entendiam que se o agente do estupro fosse um homem livre, tornava-se escravo de sua vítima, além de receber açoites. Já o escravo ficava sujeito a pena de morte na fogueira. A antiga legislação inglesa previa a pena de morte para os estupradores. Mais tarde, Guilherme, o Conquistador, substituiu a pena de morte pela de castração e a perda dos olhos. Os espanhóis, por sua vez, puniam os estupradores com a morte, assim como os antigos germânicos. No Direito Canônico, o estupro era apenado de forma distinta, caso fosse o réu leigo ou clérigo, de ordem maiores ou menores.

a) Direito Brasileiro

¹¹ GUSMÃO, 1981, p. 88/89.

Para se entender o atual direito brasileiro, referente a matéria dos crimes sexuais, em especial o estupro, necessário que se volte ao passado e se conheça a evolução histórica deste crime nas legislações portuguesas e brasileiras.

Anteriormente ao descobrimento do Brasil, as comunidades indígenas apresentavam diferentes estágios de evolução, sendo que as poucas noções de direito penal ligavam-se ao direito costumeiro, marcado pela vingança privada, vingança coletiva ou pelo talião. Desta forma, devido ao pouco desenvolvimento no campo da ciência jurídica, as práticas punitivas das tribos nativas pouco influenciaram na legislação adotada.¹²

Já no Brasil colonial, vigeram as Ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), que foram substituídas pelo Código de Dom Sebastião (até 1603). Sobrevieram, então, as Ordenações Filipinas, cujo conteúdo regredia ao tempos medievais. MIRABETE sintetiza tal conteúdo com as seguintes palavras:

“O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a benção de cães, a relação sexual de cristão com infiel, etc. As penas, severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras, etc.), visavam infundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo, etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.”¹³

¹² MIRABETE, 1993, p. 43.

¹³ Ob. cit. p. 43.

Neste contexto, a punição para o crime de estupro não poderia ser outra, senão a morte. Distinguia-se, porém, o estupro voluntário do estupro violento. O primeiro, previsto no Livro V, Título XXIII, consistia na defloração de mulher virgem, confundindo-se tal delito com o que hoje chama-se de sedução. Mas não era punido com pena pública, todavia, deveria o autor reparar a ofensa através do casamento, isto se a vítima o quisesse, e se tivesse o agente condições para casar. Não ocorrendo esta hipótese, previa-se a pena pecuniária que consistia no dote, pago à ofendida, de acordo com o grau social da mesma. Por último, restando prejudicadas todas estas alternativas, não sendo o agente pessoa influente no meio social, partia-se para o açoite e a degredação.

Por seu turno, o segundo era previsto também no Livro V, porém no Título XVIII: “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade.” O crime era assim enunciado:

“Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.”¹⁴

Neste caso, pouco importava fosse a vítima prostituta ou virgem donzela e ainda que se casasse com a ofendida, o criminoso não se furtava à pena de morte, tamanho o rigorismo daquela legislação:

“E postoque o forçador depois do malefício feito case com mulher

¹⁴ PIERANGELLI, 1980, p. 29.

forçada e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado.”¹⁵

Contudo, adverte NORONHA¹⁶, que antes mesmo do Código Criminal do Império, que a seguir será visto, tal rigorismo já havia cessado.

Proclamada a independência do Brasil, cuidou-se de se elaborar uma nova Constituição, que foi terminada em 1924, a qual previa a criação de uma nova legislação penal que atendesse às necessidade particulares da sociedade brasileira. Assim, em 16 de dezembro de 1830 era sancionado o Código Criminal do Império, de caráter mais liberal que trazia certas novidades do Direito Penal, quais sejam, a individualização das penas, a existência de atenuantes e agravantes e o julgamento especial para menores de 14 anos. Contudo, não foi desta vez que a pena de morte foi extinta da legislação penal, sendo ela aplicada exclusivamente aos escravos infratores.¹⁷

O Código tratou do estupro no capítulo destinado à proteção da honra, onde vários crimes sexuais foram abordados sob esta rubrica, tais quais a sedução de mulher honesta e o defloramento. Conseqüentemente, muitas foram as críticas a esta legislação. O estupro propriamente dito era previsto no artigo 222, que assim dispunha:

“Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças,

¹⁵ PIERANGELLI, ob. cit. p. 29.

¹⁶ Ob. cit. p. 107.

¹⁷ MIRABETE, ob. cit. p. 43.

com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta:

Pena - de prisão por um mez a dous annos.”¹⁸

Nos artigos 219 e 224 deste código protegiam-se em especial as vítimas menores de 17 anos. Desta forma, se a vítima fosse virgem e menor de 17 anos a pena deveria ser aplicada no grau máximo previsto para o estupro.

Com a proclamação da república, editou-se em 11 de outubro de 1890 a nova legislação penal, denominada pela primeira vez de Código Penal. Esta legislação também foi alvo de severas críticas por parte dos doutrinadores em razão das falhas apresentadas, resultado da pressa com que foi produzida. Neste novo Código foi extinta a pena de morte e instalado o regime penitenciário de caráter correccional. Em virtude das falhas apresentadas pelo novo Código, muitas leis complementares tiveram que ser criadas, causando enorme confusão no mundo jurídico, tendo como consequência a reunião da legislação esparsa na Consolidação das Leis Penais, em 1932.

O primeiro código republicano também distinguia entre mulher honesta e a prostituta quanto à pena a ser aplicada. A denominação estupro foi consagrada por este código, restringindo-se apenas às relações mediante violência e grave ameaça. O delito era previsto em dois artigos, sendo que o primeiro enunciava o

¹⁸ PIERANGELLI, ob. cit. p. 243.

tipo penal e as penas aplicáveis e o segundo tratava de explicar no que consistia tal tipo:

“Art.268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão celllular por um a seis annos.

1º - Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão celllular por seis meses a dois annos.

§ 2º - Se o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.”

“Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego de força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades physicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.”¹⁹

A expressão “abusa” utilizada para designar a cópula carnal causou polêmica junto aos doutrinadores, que afirmavam que desta maneira outros atos, como a cópula anal e o sexo oral, podiam ser entendidos como abuso. Outra característica que marcou o Código Penal de 1890 foi a previsão, no artigo 272, de um caso de violência presumida, que é o tema principal deste trabalho, para vítimas com idade inferior a 16 anos.

¹⁹ PIERANGELLI, ob. cit. p. 299.

Os precedentes jurisprudenciais, na vigência do Código Penal de 1890, davam ao crime de estupro as seguintes conotações:

“O estupro se consuma com a cópula que é a sua objetividade material, pouco importando que seja completa ou incompleta. São elementos do crime de estupro: a) o dolo específico, que consiste na vontade de ter relações de conjunção carnal com a vítima; b) a violência; c) a conjunção carnal, isto é, cópula, pode ser completa ou incompleta. (Ac. do Trib. de Ap. do Terr. do Acre, de 15 de julho de 1927).”

“O crime de estupro, para que se integralize, são necessários: 1º - o dolo específico, na vontade de ter relações de conjunção carnal; 2º - o uso de violência real ou ficta; 3º - a conjunção carnal (Ac. do Sup. Trib. de Justiça do Paraná, de 1º de setembro de 1931).

“O crime de estupro se integra tanto que ocorram estes elementos: a) a cópula; b) o emprego de violência (Sent. do Juiz da 3ª Vara Criminal do DF, de 9 de maio de 1932).”²⁰

O atual Código Penal brasileiro (Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, aproveitou em muitas partes o que de melhor nas legislações modernas de orientação liberal, em especial os códigos italiano (de 1930) e suíço (de 1937). O tratamento dado por esta legislação ao crime de estupro será o objeto da próxima seção deste primeiro capítulo.

²⁰ GUSMÃO, ob. cit. p. 91/92.

CAPÍTULO II

1 - DO DELITO DE ESTUPRO

a) Definição

O Código Penal brasileiro (Decreto Lei 2.848/40) prevê o crime de estupro no Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), Capítulo I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), juntamente com os crimes de atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude. O tipo penal em estudo está previsto no artigo 213, que assim pronuncia:

“Art. 213 - Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”²¹

Buscou o legislador com este dispositivo proteger a liberdade sexual da mulher, o direito que ela tem de dispor do próprio corpo em relação às práticas sexuais, ou como ensina NORONHA, proteger “o critério de eleição sexual”²² de que a mulher goza na sociedade, conforme mencionado na primeira seção deste capítulo.

A definição do estupro variou muito ao longo dos tempos, ora

²¹BRASIL, , Dec. Lei. 2.848/40, Código Penal, 1992, p. 98.

²² Ob. Cit. p. 108.

abrangendo qualquer relação sexual ilícita, como no Direito Romano; ora abrangendo o que hoje é tido como crime de sedução ou de rapto; ora abrangendo qualquer ato sexual cometido sob o pálio da violência ou da ameaça grave. Nos tempos atuais, no que concerne à doutrina internacional, destacam-se as definições apresentadas por CARRARA²³, que conceituou o estupro como sendo “o conhecimento carnal sobre uma pessoa invita obtido com o uso de violência verdadeira ou presumida”; e por CRIVELLARI²⁴, o qual conceituou o estupro como sendo “a violência ou ameaça para constranger a uma pessoa, de um ou de outro sexo, a conjunção carnal”. Importante, ainda, destacar o conceito formulado por PAZZOLINI²⁵, que entende o estupro como “a conjunção carnal com pessoa de um ou de outro sexo, obtida mediante o constrangimento físico ou moral, efetivo ou presumido, ou mediante fraude.”

Com efeito, vale frisar que todas estas definições são baseadas na legislação italiana (Código Penal, artigo 331), a qual não distingue a vítima entre homens ou mulheres e ainda que nenhum destes conceitos aplicar-se-iam à atual legislação pátria, eis que o tipo penal enunciado pelo artigo 213, refere-se exclusivamente às mulheres como vítimas, conforme verificar-se-á posteriormente.

Na doutrina nacional pode-se destacar vários autores, dentre eles Chrysólito de Gusmão, que define o estupro da seguinte maneira: “é o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos e mentais para, por meio de violência,

²³ CARRARA apud MESTIERI, ob. cit. p. 16.

²⁴ CRIVELLARI apud MESTIERI, ob. cit. p. 16.

²⁵ PAZZOLINI apud MESTIERI, ob. cit. p. 16.

conseguir ter conjunção carnal com sua vítima, qualquer que seja o seu sexo.”²⁶ Entretanto, o próprio autor adverte que trata-se de uma definição doutrinária, já que à luz da nossa legislação, o termo final fica prejudicado, precisando ser modificado, porquanto, como já dito, a vítima do crime de estupro somente pode ser do sexo feminino.

Outro conceito que merece ser citado é o apresentado por MESTIERI, o qual afirma que o estupro “é a conjunção carnal natural com mulher, contra a sua vontade, por violência, física ou moral, ou sem o seu válido consentimento.”²⁷

Por fim, vale ser lembrado o conceito firmado por HUNGRIA, que afirma que o estupro “é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou, para nos afeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.”²⁸

b) Elementos Objetivos e Subjetivo

O primeiro elemento do delito de estupro consiste no verbo ‘constranger’. Constranger significa forçar, obrigar. Entretanto, para que exista o constrangimento é preciso que haja o dissenso da vítima, ou seja, é preciso que esta

²⁶ Ob. cit. p. 87.

²⁷ Ob. cit. p. 18.

²⁸ HUNGRIA1981, p. 105.

não aceite, não aprove, não admita a conduta do agente, demonstrando vontade contrária àquela que o sujeito ativo tenta imprimir. Dos tribunais tira-se a seguinte lição: “Para a configuração de crime de estupro não há necessidade de que a violência seja traduzida em lesões pessoais. Exige a lei que a resistência da vítima à consumação seja sincera, mas não se exige que se prolongue até o desfalecimento” (TJMS - AC - Rel. Gerval Bernardino de Souza - RT 608/381)²⁹

Ainda quanto ao consentimento da vítima, afirma HUNGRIA³⁰ que é inadmissível que um homem consiga obter a conjunção carnal quando a mulher empenha-se em defender-se do ataque. Para tal autor bastaria uns simples movimentos do quadril para esquivar-se do ataque: “Realmente, se não há uma excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou a prostrar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos.” Ora, se de fato assim fosse, com certeza o delito não passaria de mera ficção jurídica.

O segundo elemento do tipo penal que se destaca é a conjunção carnal, sendo importante frisar a sua definição, que para HUNGRIA consiste na “cópula *secundum naturam*”³¹, que significa a união do órgão sexual masculino com o feminino, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal. Desta forma, a introdução de qualquer outro objeto na cavidade vaginal, bem como qualquer outra

²⁹ FRANCO, 1993, p. 1264.

³⁰ Ob. cit. p. 112.

³¹ Ob. cit. p. 105.

relação diferente da conjunção carnal marcada pela violência não constitui o crime de estupro, mas sim, o atentado violento ao pudor, previsto no Código Penal no artigo 214.

Com relação a conjunção carnal, existem três correntes doutrinárias que abordam o assunto de maneiras diferentes: a) coito vestibular: bastaria o contato externo para se caracterizar a conjunção carnal; b) emissão de sêmen: alguns doutrinadores exigem que, além da conjunção carnal, necessário que tenha havido a emissão de sêmen. Das correntes esta é a menos aceita, tendo encontrado alguns poucos adeptos na Itália, França e no direito anglo-americano; c) penetração: para a conjunção carnal ocorrer é necessária a penetração do membro masculino na vagina, mesmo que não haja ejaculação. Tal introdução pode ser completa ou incompleta. Encontram-se entre os adeptos desta corrente no Brasil, juristas como Fragoso³², Mirabete³³, Damásio³⁴, dentre outros.

A jurisprudência, por sua vez, mostra-se um tanto mais rigorosa, admitindo o crime, por vezes, mesmo em casos da simples cópula vestibular: “Para que se configure, não é necessária a introdução total do membro, quando se configura o coito vulvar, com o afastamento dos lábio e atrito com os órgãos externos.” (TJDF - AC - Rel. Helládio Toledo Monteiro - DJU 22.9.81, p. 9.306); ou ainda: “Pressão do pênis contra a vulva, sem ruptura himenal, caracterizam cópula vestibular ou vulvar; e

³² Ob. cit. p. 5.

³³ Ob. Cit. p. 425.

³⁴ JESUS, 1986, p. 97.

esta, segundo a melhor orientação, configura conjunção carnal para fins de reconhecimento de ocorrência de estupro.” (TACRIM-SP - AC - Rel. Denser de Sá - JUTACRIM 54/403).³⁵ Da segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no mesmo sentido, a Apelação Criminal nº 33.225, de Caçador, cujo relator foi o Desembargador José Roberge, julgada em 28 de agosto de 1995.

Outro elemento objetivo presente no tipo penal é a violência, imprescindível no meio executivo do delito. Ela distingue-se em duas modalidades, quais sejam, a violência física (*vis corporalis*) e a violência moral (*vis compulsiva*), esta última representada pela ameaça.

A violência física consiste no emprego de força material sobre a própria vítima, tirando-lhe a possibilidade de resistência ao assédio, não precisando estar presente durante todo o processo executivo. Neste caso, o homem abusa de sua força e superioridade física para obter o resultado almejado, que é a conjunção carnal. Questiona-se ainda se a violência exercida sobre pessoa diversa da vítima pode ser considerada para os fins do estupro. A resposta é afirmativa, já que a violência exercida sobre pessoa diversa consiste na coação moral, ou seja, a vítima cede contra a sua vontade para evitar um mal contra terceiro. Outra questão polêmica consiste no emprego de violência contra coisas, como meio de obtenção da conjunção carnal. Alguns doutrinadores não a admitem como elemento do tipo do estupro. Outros, porém, que admitem, alegam que trata-se também de constrangimento moral, seguindo

³⁵ FRANCO, ob. cit. p. 1262.

a linha da violência contra terceiros.³⁶

Por sua vez, a violência moral caracteriza-se pela ameaça, que consiste na promessa de causar à mulher dano determinado e grave. É, em síntese, a promessa de causar dano grave à alguém. Como visto anteriormente, pode caracterizar-se pela violência exercida ou prometida contra terceiros ou coisas de estima da vítima. A ameaça para ser caracterizada deve ser grave, a ponto de causar à vítima temor que a leve a ceder à vontade do sujeito. A gravidade da ameaça, ensina DAMÁSIO³⁷, deve ser tal, “que o mal prometido seja idôneo para obter o efeito moral desejado, que o dano prometido seja considerável, de tal forma que a vítima, para evitar o sacrifício do bem ameaçado, ofereça a própria honra, abdicando do seu direito de dispor do próprio corpo.” Nos dias atuais é muito comum a prática do crime de estupro sob a ameaça de morte, quando o agente, dispondo de arma de fogo ou arma branca, submete a vítima a conjunção carnal.

Maiores comentários à respeito da violência e, em especial, da presunção referida no artigo 224, alínea *a*, do Código Penal serão traçados no capítulo seguinte, eis que este é o tema principal desta pesquisa.

O elemento subjetivo consiste na vontade do agente de constranger, obrigar, forçar, submeter a mulher à conjunção carnal, contra a vontade desta. Tal elemento traz sérias repercussões na prática, pois pode estabelecer o limite

³⁶ Neste sentido, MESTIERI, ob. cit. p. 75.

³⁷ Ob. cit. p. 97/98.

jurídico entre o crime de estupro tentado e o de atentado violento ao pudor, eis que os atos preparatórios do primeiro já servem para configurar o segundo. Além disso, deve-se ressaltar que o estado passional do agente em nada influi para a exclusão da sua culpabilidade, nem mesmo para a atenuação da pena a ser imposta.

c) Sujeitos

Firmada a definição e os elementos objetivos do tipo, torna-se interessante para o entendimento do tipo penal, delimitar os sujeitos do crime.

O sujeito passivo do crime de estupro, como já ficou demonstrado a partir dos conceitos apresentados, só pode ser o ser humano do sexo feminino. Como se observa, o legislador manteve a tradição do direito brasileiro, mantendo somente a mulher como possível vítima do estupro, tal qual faziam as Ordenações, o Código do Império e o Código Republicano. Neste sentido, acompanha a legislação brasileira o entendimento praticado na *Common Law*, no direito espanhol, no direito alemão, no direito chileno, em Portugal, na Guatemala, Honduras, Suíça, dentre outros. No sentido de que o homem também pode ser vítima de tal crime, entendem assim os italianos, os colombianos, argentinos, e países como a Noruega, o Uruguai, a Venezuela, o México, dentre outros.

Para a atual legislação brasileira não importam as qualidades pessoais da vítima, desde que o crime tenha ocorrido com violência real, conforme se

verá mais adiante, podendo ser ela jovem ou idosa; solteira, casada ou divorciada; virgem ou deflorada; honesta ou prostituta; recatada ou liberada. A razão de só a mulher poder ser vítima do crime de estupro decorre da associação entre os elementos do tipo penal do artigo 213 do Código Penal e o Princípio da Legalidade³⁸, vigente na nossa legislação.

NORONHA³⁹, por sua vez, faz uma crítica à falta de distinção que a lei faz das vítimas, entendendo tal autor que, pelo menos, no caso das prostitutas e das mulheres recatadas esta diferença deveria ter sido destacada, como fizeram as legislações passadas. Entende tal autor que a meretriz estuprada não suporta outro dano além da violência sofrida, enquanto que a mulher honesta, além da violência física, sofre também uma mancha em sua reputação e sua honra. Na falta de previsão legal, caberia ao juiz fazer tal distinção no momento de aplicação das penas.

Entretanto, nos tribunais espalhados pelo Brasil a realidade é completamente diferente. As qualidades físicas, morais, sócio-econômicas das vítimas são expostas ora pelos acusadores, ora pelos defensores, na tentativa de enquadrá-la em estereótipos distintos, entre aqueles que compartilham de uma mesma moral sexual. Apenas para exemplificar, a mulher pobre, pouco atraente, humilde, senil,

³⁸ Inscrito no artigo 1º do Código Penal brasileiro, o princípio da legalidade proíbe que alguém seja punido se não existia, na época do ato praticado, qualquer lei que prevísse tal conduta como crime e que delimitasse a pena para ele. A lei deve prever a hipótese abstrata, só configurando o crime quando, no caso concreto, todos os elementos da norma estiverem presentes na conduta. Por tal motivo é que se proíbe a analogia no Direito Penal, impedindo-se a punição de alguém por fato semelhante previsto em lei. Deste modo, no caso do delito de estupro, o homem não pode ser vítima, já que o artigo se refere expressamente ao constrangimento de mulher. Sobre o assunto, vide Mirabete, ob. cit. p. 55.

³⁹ Ob. cit. p. 111.

nunca poderá ter sido a vítima de um homem atraente, de bom nível social, jovem, elegante, inteligente, quando seguida a lógica dos estereótipos.⁴⁰

Por sua vez, o sujeito ativo do crime de estupro, afirmam os doutrinadores, somente pode ser o homem. Não obstante tal afirmação, pode a mulher ser partícipe do delito ao produzir a violência ou a grave ameaça contra a vítima, favorecendo a conjunção carnal a ser obtida por um homem. No caso, frente aos claros termos do artigo 213 do Código Penal, não se pode conceber seja o homem vítima de estupro cometido por mulher, como aceitam certas legislações alienígenas.⁴¹

Interessante discussão doutrinária consiste em saber se o marido pode ser autor do estupro cometido contra a esposa. Os doutrinadores antigos valem-se do argumento de que o casamento confere aos cônjuges o direito à relação sexual com o outro. Os doutrinadores mais modernos discordam, já que, mesmo o direito de ter a relação sexual, oriunda da relação matrimonial, não confere ao esposo o poder de obtê-la à força, com violência ou grave ameaça contra a esposa.

d) Outras Características Inerentes ao Estupro

⁴⁰ “A condenação do crime de estupro não parece liberar a mulher da discriminação nem garantir seus direitos de cidadã. Pelo contrário, ela tende a aprisionar todas as mulheres a um estereótipo único: a expressão do recato e do pudor. Trata-se de avaliar a adequação da mulher, como também a do homem, a uma determinada moral sexual definida por condutas e atributos estereotipados que permitem decidir se o crime realmente ocorreu. (...) Ela se baseia, por um lado, na repartição dos homens em duas categorias: os ‘normais’, incapazes de cometer um estupro, e aqueles ‘anormais’, que merecem ser punidos. Por outro lado, separa as mulheres entre aquelas que merecem uma proteção contra os ‘anormais’, e as outras mulheres, capazes de aproveitar a existência desse crime horripilante para reivindicar direitos que não lhes cabem.” (ARDAILLON, Danielle e outra. Quando a Vítima é Mulher. Edição do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM, p. 34.)

⁴¹ “Será reprimido con redisión o prision de seis a quinze años , el que tuviere acceso carnal con persona de uno o otro sexo...” - (Art. 119 - Código Penal Argentino, in MESTIERI, ob. cit. p. 26).

O delito de estupro admite a tentativa. Neste caso, para que esta seja reconhecida é preciso a prática de atos inequívocos. Por ser um crime complexo⁴² a primeira ação de violência ou grave ameaça constitui o começo da execução, porque está dentro do próprio tipo penal. Provado o intuito do criminoso em constranger a vítima, basta para a configuração da tentativa a violência ou a grave ameaça. Trata-se também de um crime que aceita tanto a forma da continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal), quanto o concurso material (art. 69, do Código Penal).

São formas qualificadas do delito as previstas no artigo 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal⁴³. Assim, se da violência empregada contra a vítima resultar lesões corporais de natureza grave, a pena passará de seis para os oito anos de reclusão, no mínimo previsto, e de dez para doze anos, no máximo. O dispositivo não se refere expressamente, porém as lesões corporais de natureza gravíssima também são abrangidas. Além disso, se da violência advier o resultado morte, a pena passará a ser calculada entre doze e vinte e cinco anos de reclusão.

O resultado, entretanto, não deve ser pretendido pelo agente, ocorrendo a lesão grave ou morte a título de culpa. Com efeito, não se pode confundir a violência resultante da força empregada para a obtenção do congresso carnal com a vontade autônoma de causar qualquer outro mal à vítima, distinto do estupro. Assim, se após estuprar a vítima, o sujeito atira contra a mesma para não ser delatado, tem-se

⁴² Crimes complexos: “aqueles que em uma figura típica abrangem um tipo simples, acrescido de fatos ou circunstâncias que, em si, não são típicos.” MIRABETE, Ob. cit. p. 129.

⁴³ Este dispositivo se refere a crime preterdoloso.

dois crimes distintos, quais sejam, o estupro e um homicídio. Porém, se resulta hemorragia fatal do ato da cópula, tem-se então a hipótese do artigo 223, parágrafo único, do Código Penal.

A pena para o delito de estupro é agravada quando o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; quando o autor do delito é casado; ou quando o agente possui grau de parentesco com a vítima (ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão⁴⁴), é tutor ou curador da mesma, ou possui com ela qualquer outra relação de autoridade. É o que dispõe o artigo 226, do Código Penal, aumentando a pena imposta ao condenado em sua quarta parte.

A ação penal prevista para o crime de estupro é, em regra, privada, sendo iniciada com o oferecimento da queixa-crime pela ofendida, ou seu representante legal, conforme preceitua o artigo 225, *caput*, do Código Penal. As razões da adoção deste sistema se deu para evitar uma exposição à sociedade, indesejada muitas vezes pela vítima, já humilhada em sua honra. Desta forma, a persecução penal só se daria quando a vítima realmente objetivasse a punição do agressor, revelando à sociedade o mal sofrido. Porém, os parágrafos primeiro e segundo do citado artigo 225 trazem duas exceções à regra geral.

No primeiro caso, a ação será pública, condicionada a representação da ofendida ou de seus representantes legais, quando tais pessoas não

⁴⁴ A relação de parentesco constante no art. 226 é taxativa, não admitindo outros parentes, a não ser que se enquadrem na hipótese de qualquer outra “relação de autoridade”.

puderem promover a devida ação judicial sem privar-se dos recursos indispensáveis à sobrevivência da família. Para a representação não se exige rigor formalístico e pode ser oferecida por parente próximo, tais quais irmãos, tios, avós, padrastos, cunhado, ou por quem detenha a guarda da ofendida. A representação é irretratável após iniciada a ação penal, ou seja, uma vez apresentada não poderá mais ser retirada.⁴⁵

No segundo caso, a ação será pública, independente de qualquer manifestação de vontade da ofendida ou de seus representantes legais, quando o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Outra circunstância que modifica a regra geral é o fato do crime ser cometido com violência real, tendo o Supremo Tribunal Federal sumulado neste sentido (Súmula 608/STF)⁴⁶, transmudando a ação penal para pública incondicionada.

O estupro é um crime que, para a obtenção de êxito, se pratica longe da vista de testemunhas. Portanto, a prova da materialidade do tipo penal se faz, via de regra, através do laudo de exame de conjunção carnal⁴⁷ e, em alguns casos mais específicos, com as demais provas admitidas em direito. O objetivo básico do exame é verificar se houve conjunção carnal, se a vítima era virgem e se há lesões corporais na mesma. O exame de conjunção carnal se dá em três etapas: a) Realiza-se o exame nas vestes da ofendida, buscando-se manchas de esperma e outros vestígios, tais quais sujeiras ou rasgos, que podem auxiliar na caracterização do crime violento. b) Exame

⁴⁵ MIRABETE, ob. cit. p. 463.

⁴⁶ “Nos crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.” Súmula 608/Supremo Tribunal Federal.

⁴⁷ Sobre o assunto, vide COUTINHO, 1995, p.8.

externo na vítima, em busca de características de lesões, que auxiliam na caracterização de força física, do agente e da vítima, no caso de violência real. Busca-se também nesta etapa saber-se se a vítima sofre de alguma deficiência física e/ou psíquica, que servem para caracterizar a violência presumida. c) Exame ginecológico, no qual se apuram lesões vulvares, principalmente nas menores impúberes. Observa-se também se existem lesões vaginais, que podem indicar cópula violenta ou extensões das lesões vulvares. À parte, realizam-se exames laboratoriais, tais quais pesquisa de SPTZ, dosagem F.A.P. (fosfatase ácida prostática), teste de gravidez, etc.

O laudo é de fundamental importância na caracterização do estupro pois, na ausência de testemunhas, empresta a devida credibilidade à palavra da vítima, que por sua vez, goza de presunção *juris tantum*, sempre que coerente e associada com os demais elementos do elenco probatório. A razão de se dar extremo valor às palavras da ofendida reveste-se de um caráter moral, que se compreende no fato da mesma expor à sociedade a sua desonra, tornando pública a sua violação. Assim, se a mulher assumiu publicamente ter sido possuída por um homem, procura-se confiar em suas palavras, dando-se crédito ao seu depoimento.

Especialmente difícil se torna a prova do estupro cometido sob grave ameaça, por não deixar vestígios físicos nas vítima. Neste caso, merecem citação as palavras de HUNGRIA⁴⁸:

“Se é alegada a violência moral (ameaça), a prova é

⁴⁸ Ob. Cit. p. 116.

difícilima, desde que não haja confissão do acusado ou testemunhos excepcionalmente positivos. (...) Antes de tudo, é preciso não esquecer que, em matéria de crimes sexuais, mais do que em qualquer outro gênero de crimes, são freqüentes as acusações falsas, notadamente por parte de mulheres histéricas ou neuropáticas.”

e) O Estupro Como Crime Hediondo

Em 25 de julho de 1990 entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a Lei. n° 8.072/90, a qual dispõe sobre os crimes hediondos. Em seu artigo 1º, tal lei enumerava uma série de crimes considerados hediondos pelo legislador, dentre os quais o latrocínio, a extorsão seguida de morte, o atentado violento ao pudor e o estupro.

Para se entender melhor esta categoria de crimes deve-se estabelecer o que se entende no âmbito da doutrina por crime hediondo, para posteriormente, poder-se falar no estupro como tal. JOÃO JOSÉ LEAL⁴⁹ conceitua crime hediondo da seguinte forma:

“Com base nisto, podemos dizer que hediondo é o crime que causa profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de

⁴⁹ LEAL, 1996, p. 21.

fraternidade, de solidariedade e desrespeito à dignidade da pessoa humana. Ontologicamente, o conceito de crime hediondo repousa na idéia de que existem condutas que se revelam como a antítese extrema dos padrões éticos de comportamento social, de que seus autores são portadores de extremo grau de perversidade, de perniciosidade ou de periculosidade e que, por isso mesmo, merecem sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social e, em consequência, do próprio sistema de controle.”

Estabelecido este conceito, não se torna tarefa árdua entender o porquê do estupro estar inserido no rol dos crimes considerados hediondos pelo legislador. Porém, valendo como crítica, apesar de taxativa, a lista do artigo 1º da referida lei não encerra a lista de crimes que se podem ter como hediondo, isto é, qualquer crime pode ser hediondo para a sociedade sempre que causar comoção pública e imediatas reações da população, mesmo que para a legislação não o seja.

No caso específico do estupro, este é, e sempre será considerado pela sociedade como hediondo, com ou sem lei que dite tal regra. Para compreender este fenômeno basta estudar a reação dos reclusos do sistema carcerário em relação aos acusados de terem cometido estupro. Enquanto um traficante ou assassino é recebido nos presídios com admiração, o acusado de crimes sexuais é recebido com desprezo e, não são raras as vezes em que o mesmo é violado pelos companheiros de cela. Tal reação traduz o sentimento de pudor que existe na sociedade, mesmo em meio aos criminosos.

Como consequência da inclusão do estupro na lista dos crimes

hediondos, o autor do delito sofre certas restrições penais, enumeradas pela lei. Assim, o criminoso não pode ser beneficiado com a anistia, a graça ou o indulto, como dispõe o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90. No mesmo artigo 2º, porém no inciso II, é estabelecido que o agente não tem direito à liberdade provisória ou à fiança. Além disso, deverá cumprir a pena integralmente em regime fechado (art. 2º, § 2º) e a sua prisão temporária poderá durar até 30 dias, prorrogável por mais trinta (art. 2º, § 3º)⁵⁰. O fundamento para tais restrições está em dar rápida resposta à sociedade e exemplar punição àqueles que cometem tais espécies de delitos.

Por fim, importante salientar a agravante imposta pelo artigo 9º da Lei 8.072/90, a qual determina o aumento da metade da pena imposta nos crimes previstos nos artigos 213, *caput* e 214, *caput*, combinados ou não com as hipóteses do artigo 223 (que prevê pena superior em função do resultado do crime - lesão grave ou morte), quando cometidos contra qualquer das pessoas relacionadas no artigo 224, todos do Código Penal. Tal norma busca distinguir o crime praticado sob o prisma da violência real do crime praticado sob o prisma da violência presumida, penalizando com mais rigor o primeiro.

⁵⁰ Sobre o assunto: SZNICK, Valdir. 1991.

CAPÍTULO III

1 - NOÇÕES GERAIS DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Buscando oferecer ampla proteção jurídica referente aos crimes contra os costumes, optou o legislador de 1940 por considerar certas situações fáticas nas quais a violência para a obtenção da relação sexual, normal ou não, é presumida. Desta forma, impõe a lei que havendo o contato sexual nas hipóteses elencadas, não há necessidade de se provar, através dos meios já mencionados no tópico “d” do capítulo anterior, que o mesmo fora obtido sem o consentimento da vítima, através de violência ou grave ameaça, bastando simplesmente a prova de que o ato existiu.

Com efeito, as situações de especial proteção legal elencadas pelo legislador de 1940 levam em consideração exclusivamente as condições físicas e/ou mentais da vítima, para os fins de se considerar presumida a violência na relação sexual. A presunção de violência é encontrada no Capítulo VI do Título VI do Código Penal, que traz disposições gerais concernentes aos crimes contra os costumes. São três as classes de vítimas selecionadas e protegidas pelo legislador no artigo 224 do Código Penal, que assim dispõe:

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

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

Como se verifica, pretendeu o legislador, com este dispositivo, reforçar a proteção à vítima que tem menor possibilidade de reação à vontade do ofensor, quer pela tenra idade, quer por debilidade mental ou ainda, por qualquer outra circunstância em que a mesma não possa demonstrar sua opção pela aceitação do ato sexual, dando vez a uma ficção prevista na lei.

A criação da tese do estupro ficto remonta aos tempos dos práticos, como ensinam MESTIERI⁵¹ e FRAGOSO⁵². Tais doutrinadores afirmam que foi Carpzóvio, em sua obra *Practica nova rerum criminalium*, baseando-se em duas passagens do direito privado romano, quem primeiro formulou a teoria da presunção de violência, lançando o princípio de que “quem não pode consentir, conseqüentemente dissente”. Esta teoria foi largamente difundida pela doutrina e amparada por sistemas penais de diversos países. Foi também alvo de severas críticas, as quais afirmavam que quem não pode consentir, também não pode dissentir, não havendo motivos para se presumir este último entendimento.

A evolução da presunção de violência ao longo da história do direito brasileiro pode ser considerada recente. As legislações portuguesas, assim como o Código Penal de 1830 não previram qualquer forma de proteção à vítimas especialmente tuteladas. Porém, foi com o Código Penal de 1890 que se adotou em terras brasileiras, pela primeira vez, a violência fictícia para os crimes sexuais.

⁵¹ Ob. cit. p. 31.

⁵² Ob. cit. p. 41.

O artigo 272 do Código Penal de 1890 propunha com as seguintes palavras a violência presumida: “Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos.”⁵³ Observa-se que, para o legislador de 1890, a única classe especialmente protegida era a dos menores de idade, não se reconhecendo a malícia sexual nestas vítimas, deixando-se de lado as outras condições atualmente adotadas na legislação nacional.

Remontam do início deste século, ainda sob a vigência do código de 1890, as primeiras orientações jurisprudenciais sobre a matéria, as quais admitiam a existência do crime com a simples prova da idade da vítima, sendo desnecessário provar-se a efetiva violência para a obtenção da conjunção carnal:

“A prova de ser a ofendida menor de 16 anos, torna dispensável a prova de violência, por isso que nos crimes de violência carnal contra tais menores, dá-se a presunção *juris et de jure* da impossibilidade de um consentimento livre e verdadeiro e, portanto, de ter havido abuso com violência da parte do autor do defloramento nos termos do art. 269, comb. com o art. 272 do referido Código. (Ac. do Sup. Trib. de Justiça de Santa Catarina, de 8 de julho de 1919).

A violência ficta resulta da presunção *juris et de jure* de que a menor de dezesseis anos é incapaz de um consentimento livre e verdadeiro, por efeito da pouca experiência da vida, da fraqueza intelectual e incompleto desenvolvimento

⁵³ GUSMÃO, Ob. cit. p. 121.

físico, merecendo assim proteção especial contra os impulsos da sexualidade própria e da luxúria alheia. É mister, portanto, que a idade do paciente, como elemento caracterizador do delito, seja demonstrado legalmente. (Ac. do Sup. Trib. de Justiça do Amazonas, de 29 de agosto de 1922).

A violência prevista no artigo 272 é presunção legal, independente de prova de outra qualquer violência exercida pelo ofensor ou de prova da honestidade prévia e virgindade da vítima; basta para caracterizá-la a prova da idade da vítima menor de 16 anos. (Ac. do Sup. Trib. do Paraná, de 12 de abril de 1932).⁵⁴

A partir destes precedentes pode-se pensar que a presunção de violência na vigência do Código de 1890 era tida unanimemente como presunção *juris et de jure*, ou seja, aquela que não aceita qualquer tipo de prova em contrário. Todavia, CHRYSOLITO DE GUSMÃO⁵⁵ advertia, já naqueles tempos, para as incongruências contidas naquele ordenamento, no que diz respeito à matéria. Afirmava o jurista que admitia-se que um menor de idade de 14 anos poderia, à luz da legislação, agir com possível discernimento, e que após os 14 anos essa possibilidade era tida como regra, para efeito de punibilidade, mas não se admitia que uma jovem pudesse consentir na realização de um ato sexual, já que surgia a presunção absoluta da falta de consentimento válido. Como será visto mais adiante, atualmente os que defendem a relatividade da presunção utilizam-se de argumento semelhante, relacionado ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

⁵⁴ GUSMÃO, ob. cit. p. 122.

⁵⁵ Ob. cit. p. 124.

Com o advento do Código Penal de 1940, várias mudanças foram introduzidas na legislação, como se pode constatar a partir da própria Exposição de Motivos⁵⁶ da Parte Especial do novo Código, em seu número 70:

“Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais.”

O tema principal deste trabalho consiste em estudar a presunção de violência em relação às vítimas menores de idade, mas para o bom entendimento do assunto mister se faz a análise, mesmo que superficial, das demais modalidades previstas no artigo 224 do Código Penal Brasileiro.

2 - OUTRAS MODALIDADES DO ARTIGO 224 DO CÓDIGO PENAL

O artigo 224 traz três classes de pessoas especialmente protegidas em relação à sexualidade, quais sejam, os menores de 14 anos - alínea *a*; os alienados ou deficientes mentais - alínea *b*; e os que se encontram em qualquer outra situação em

⁵⁶ BRASIL, Dec. Lei. 2.848/40, Código Penal, 1992, p. 35.

que a vítima não pode oferecer resistência às vontades do seu ofensor - alínea c. Por uma questão de metodologia, deixa-se o estudo da situação dos menores para um tópico separado, já que este será mais aprofundado que os demais.

a) Alienação ou Debilidade Mental

A presunção de violência pelo fato da vítima ser alienada ou débil mental, segundo a exposição de motivos do Código Penal, se faz presente pelo fato de considerar-se que tais pessoas não podem consentir validamente. Nesta hipótese, é necessário que o agressor conheça tal circunstância e dela se aproveite, caracterizando a presunção de forma relativa. Não basta também que a vítima seja simplesmente apontada como deficiente mental, mas que esta deficiência retire da mesma a possibilidade de discernimento a respeito das coisas do sexo. Assim, urge comprovar-se, em cada caso concreto, que falta à vítima a compreensão quanto ao sentido do ato sexual.

Há casos em que a deficiência mental não pode ser percebida por pessoa leiga que não seja o médico especialista. Deste modo, afirma HUNGRIA⁵⁷, “o laudo médico legal, indispensável na espécie, deve pronunciar-se, explicitamente, sobre a flagrância ou a discrição da anormalidade psíquica da vítima, e o juiz, além de outros elementos de convicção, não deve deixar de ouvir a vítima ou avistar-se com

⁵⁷ Ob. cit. p. 233.

ela, a fim de ter uma impressão pessoal.” Também assim entende a jurisprudência: “Se constatado no estupro com violência presumida que a debilidade mental da vítima é leve, incapaz de abolir inteiramente sua capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno, deficiência, esta, somente perceptível aos peritos, não ao *homo medius*, e especialmente a réu rude e inculto, não pode haver responsabilização criminal pelo ocorrido.” (TJSP - AC - Rel. Jarbas Mozzoni - RT 648/274).⁵⁸

A relatividade desta modalidade de presunção se faz importante no leito da sociedade moderna como forma de não discriminação daqueles seres humanos cujas capacidades mentais são reduzidas. Sabe-se que, a partir de programas desenvolvidos por instituições especializadas, a adaptação dos deficientes mentais no seio da sociedade se mostra muito acessível, não se podendo retirar-lhes, quando conveniente, a sua capacidade de ter vontade própria.

b) Incapacidade de Resistência

Tal alínea busca proteger aquelas pessoas que, por algum motivo, não podem opor resistência ao ataque sexual do agressor. Neste caso o fundamento não é mais a ausência de consentimento válido, que dá lugar a incapacidade de resistir, defender-se, reagir, que pode ser originada por várias causas, transitórias ou permanentes, tais quais, a paralisia, a senectude, a enfermidade, a embriaguez

⁵⁸ FRANCO, Ob. cit. p. 1342.

profunda, a hipnose, o coma, dentre outras. “A violência ficta, resultante de causa que impeça a resistência da vítima, se tipifica pela falta de condições subjetivas desta, (...) e não pelas circunstâncias objetivas do crime.” (TJMT - AC - Rel. Des. Jesus de Oliveira Sobrinho - RT 501/347).

A relatividade desta presunção é bem aceita pela doutrina e pela jurisprudência.⁵⁹, exigindo-se assim, como salienta MIRABETE⁶⁰, a prova concreta da situação que causou a impossibilidade de defesa da vítima. LUIZ FLÁVIO GOMES⁶¹, por sua vez, adota posição mais radical ao afirmar que “Só por puro formalismo é que a doutrina e a jurisprudência continuam ainda falando em presunção. Na verdade, não se presume nada. Comprovada a impossibilidade de resistência, há crime. Não comprovada, não existe crime.”

3 - DA MENORIDADE DA VÍTIMA

A menoridade da vítima é o primeiro caso na qual a violência é presumida pela legislação brasileira. Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal, o fundamento para a adoção desta modalidade é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, “sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que

⁵⁹ Cfr. Alberto Silva Franco, Ob. cit. p. 1262 e s.

⁶⁰ Ob. cit. p. 462.

⁶¹ Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. (enfoque crítico) - 1ª Parte. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, nº 15, jul./set. 96. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 180.

não se pode dar valor algum ao seu consentimento.”⁶² Quis com isso o legislador oferecer especial proteção a classe dos menores impúberes, punindo como se violento fosse a relação sexual com menores.

Como já foi visto, a razão para a adoção desta idade foi explicada no numero 70 da própria Exposição de Motivos do Código, segundo a qual, seria uma hipocrisia negar-se que uma pessoa de 14 anos completos não tivesse qualquer noção, mesmo que teórica, das coisas relacionadas com a sexualidade humana e das conseqüências que um ato sexual pode gerar.

Ao longo dos anos, por força da interpretação dada ao artigo 224, alínea *a* do Código Penal, muito se discutiu na doutrina e jurisprudência a respeito da natureza jurídica desta modalidade de violência presumida, se presunção *juris et de jure* ou *juris tantum*, ou seja, se o simples fato de manter relação sexual com um menor de 14 anos bastaria para configurar o estupro (ou qualquer outro crime de natureza sexual, conforme o caso) ou seria escusável esta conduta a partir de determinadas circunstâncias.

a) Presunção de Natureza Absoluta

Seguindo-se à risca a orientação interpretativa oferecida pela Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, pode-se afirmar com certeza

⁶² BRASIL, Dec. Lei. 2.848/40, Código Penal, 1992, p. 35.

que a presunção de violência para menores de 14 anos seria de natureza absoluta, ou seja, não se admitiria a sobreposição de qualquer circunstância objetivando elidir a conduta tida como criminosa.

O fundamento para tal presunção, como já foi falado, rende-se na tese de que os menores de 14 anos não podem consentir validamente, ou seja, a sua vontade não deve ser levada em consideração, mesmo que tenha partido de si a iniciativa para a relação. Esta teoria aplica-se também à segunda hipótese de presunção prevista pelo Código, referente aos alienados ou deficientes mentais, porém, permitindo-se que neste caso, prove o agente não conhecer a qualidade mental da vítima.

Apesar de não conceber como absoluta a presunção no caso dos menores, CHRYSOLITO DE GUSMÃO ensina que a lei considera os menores como entes invioláveis, porque social e fisiologicamente necessário ao bom convívio em sociedade, sendo um dever absoluto de cada pessoa de abster-se de qualquer contato sexual com as pessoas tuteladas por ela, por se tratarem de pessoas carnalmente “intocáveis”, mesmo que consistam no ato. Sobre a matéria, ensina ainda tal doutrinador:

“O legislador teve em vista, à maneira de diversos Códigos estrangeiros, como uma presunção de falta de consentimento livre, a menoridade ou antes a idade não amadurecida, em que se não avalia a gravidade dos atos praticados, pondo-a, assim, debaixo de um pálio como que sagrado, não se permitindo, eficazmente, a

investigação da honestidade ou não da menor; é a idade, em que debaixo do ponto de vista penal, não se reconhece malícia na vítima.”⁶³

Favorável à corrente que entende a presunção de forma absoluta, BENTO DE FARIA, já no ano de 1943, logo após a entrada em vigor do atual Código Penal brasileiro, assinalava, tal qual Chrysolito de Gusmão, que o que a lei propunha era a obrigatoriedade de abstenção de se praticar qualquer ato sexual com as pessoas listadas no artigo 224 do Código Penal, mesmo que a vítima já fosse reconhecidamente corrompida, não sendo mais virgem. Citando Manzini, o principal jurista articulador da tese da ficção jurídica, afirma Bento de Faria que “nesta idade, em que se verifica a deficiência de capacidade intelectual e volitiva, os estímulos carnis são ainda ignorados e confusos, e, por isso, se forem excitados, a imaturidade fisiológica da pessoa não lhe poderá proporcionar o contraestímulo forte e educado para orientar-se a resistência (V. Manzini - Op. Cit. VII p. 263).”⁶⁴

Atualmente, apesar de minoritária a corrente, não são poucos os julgados que proclamam a natureza absoluta da presunção de violência, impedindo qualquer valoração da capacidade de consentimento por parte da vítima:

“Inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantém coito carnal com menor de 14 anos, sob a alegação de ter sido por ela provocado e incitado para o ato. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, a

⁶³ Ob. cit. p. 121/122.

⁶⁴ FARIA, 1943, p. 84.

menor merece toda proteção legal.” (TJSP - AC - Rel. Carlos Ortiz - RT 444/296).

“Em relação ao menor de 14 anos, segundo o Código vigente, não há como cogitar do consentimento válido - que só ele - poderia afastar a tipicidade do estupro, cuja prática ficou, na espécie, nitidamente caracterizada.” (STF - RE - Rel. Octávio Gallotti - RT 636/392).⁶⁵

b) Presunção de Natureza Relativa

Ao contrário da corrente anterior, não são poucos os juristas que defendem a relatividade da presunção de violência contida na alínea *a* do artigo 224, do Código Penal, admitindo que o acusado possa expor fatos e circunstâncias que tem o condão de elidir o crime. MIRABETE⁶⁶ é quem melhor resumiu os argumentos dos que sustentam tal posicionamento:

“Alinham-se em favor da tese de que a presunção é relativa, os seguintes fundamentos: as outras duas alíneas (*b* e *c*) tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea *a*; a prevalecer a opinião oposta, a menor seria mais protegida até que o insano mental, que não tem nenhuma possibilidade de consciência; não há na lei menção expressa sobre a natureza da presunção, dando Hungria seu testemunho de que foi eliminada do anteprojeto a expressão: “não se admitindo prova em contrário”, que caracterizaria a presunção absoluta. É essa, a nosso ver, a melhor solução.”

⁶⁵ FRANCO, Ob. cit. p. 1339.

⁶⁶ Ob. cit. p. 460.

Admitindo-se, pois, a presunção de violência como sendo de natureza relativa, esta somente pode ser descaracterizada pelo agressor, em processo-crime, sob dois aspectos: a) comprovando-se erro (de tipo) quanto a idade da vítima; b) comprovando-se comportamento reprovável da menor anterior aos fatos.

Na primeira hipótese, leciona NORONHA⁶⁷, estando o agente convencido de que a vítima possui mais de quatorze anos, em função de seu desenvolvimento precoce, não existe o crime. Isto porque ele age de boa-fé, nas palavras deste jurista. Sendo o dolo um dos elementos constitutivos do delito, este não existiria em agindo o sujeito ativo de boa-fé, excluindo-se qualquer tipo de culpa (*latu sensu*). Trata-se da aplicação do artigo 20 do Código Penal.

Por outro lado, HUNGRIA⁶⁸ diverge desta posição, aludindo que a presunção não pode ser excluída pela errônea suposição da idade da vítima por parte do agente, uma vez que nem mesmo a ciência pode afirmar positivamente o cálculo da idade em certo períodos do desenvolvimento humano. Se o agente não sabia realmente qual a idade da vítima, este age com dúvida, caracterizando, assim, no mínimo o dolo eventual. Para HUNGRIA, somente se poderia alegar tal situação quando o agente foi induzido a acreditar que a vítima era maior de quatorze anos com elementos “capazes de gerar fundada e séria convicção (embora não correspondente a realidade)”. Cita, por fim, o exemplo da menor que apresenta certidão de nascimento adulterada, e com isso ilude o agente ativo.

⁶⁷ Ob. cit. p. 231.

⁶⁸ Ob. cit. p. 232.

Em verdade, a jurisprudência tende a admitir o erro sobre a idade da vítima quando fundado no seu precoce desenvolvimento, como sugere o seguinte acórdão: “Estupro - Violência presumida - Descaracterização - Vítima cujo precoce desenvolvimento físico pode levar o agente a errônea suposição de que se trata de maior de 14 anos de idade - Presunção elidida - Absolvição mantida - Inteligência do artigo 224, “a”, do CP (...)” (TJPR, Ap. Crim. 8.962-7, Des. Ivan Righi, j. 24.5.90).⁶⁹

A segunda hipótese de afastamento da presunção de violência consiste em comprovar o reprovável comportamento da vítima anteriormente aos fatos. Cabe antes de mais nada, uma ressalva às expressões “comportamento reprovável”, “vida desregrada”, dentre outros, largamente utilizada pela doutrina e jurisprudência para caracterizar a vítima menor que já mantivera outras relações sexuais anteriores aos fatos apontados como crime. A menor que tivera relacionamento sério e duradouro com namorado, ou noivo, onde floresceram amor e paixão, não pode sofrer tamanha discriminação sendo tachada de desregrada. A citadas expressões acabam por ofender certas menores, cujo único “crime” foi ter se entregue por paixão ou amor à pessoa de sua confiança.

A experiência em matéria sexual, o fato de já ter mantido relações com outros indivíduos, o fato de ser pessoa despudorada e de moral atacável, ser corrompida, apresentar péssimo comportamento, servem para caracterizar a chamada vida desregrada ou conduta reprovável, retirando o caráter criminoso do ato sexual

⁶⁹ GOMES, Ob. cit. p. 174.

realizado com a menor, sem que tenha havido violência real.

Alheia a tal crítica, a corrente jurisprudencial majoritária prega o afastamento da presunção na hipótese aqui descrita:

“O assentimento, a aquiescência, a adesão da vítima menor de 14 anos de idade ao ato sexual não retira o caráter criminoso do fato; todavia, admite a presunção relativa quando é ela desonesta, de corrupção notória.” (TJMT - AC - Rel. Milton Figueiredo Ferreira Mendes - RT 501/346).

“A presunção da violência constante no item “a” do art. 224 do CP é apenas relativa, conforme proclamado na doutrina e na jurisprudência. Assim sendo, não é de ser admitida quando foi a vítima quem forçou, pela sugestão e tentação, o acusado a possuí-la.” (TJSP - AC - Rel. Adriano Marrey - RT 466/331).⁷⁰

Mas como proceder então com a menor que, apesar de virgem e recatada, afirma com todas as letras que consentiu no ato sexual porque amava o “ofensor”, ou porque gostaria de ter uma experiência sexual que nunca tivera? Mesmo assim persistiria o crime? Sabe-se, não são poucos os casos em que a menor é constrangida pela família a aceitar a persecução penal promovida contra o acusado, quando parte exclusivamente dos responsáveis pela mesma o intuito punitivo. Tais respostas poderão ser encontradas mais adiante, quando se abordará as tendências críticas às duas correntes aqui estudadas.

⁷⁰ FRANCO, Ob. cit. p. 1340.

b.1) Particular Enfoque da Menor Prostituta

Foi a partir da difusão da prostituição infantil que se começou a visualizar a presunção de violência de forma relativa. Nelson Hungria foi o primeiro a utilizar-se da expressão “prostituta de porta aberta”⁷¹, para caracterizar as menores que reconhecidamente comercializavam o sexo, expressão esta hoje largamente difundida. O fundamento utilizado para justificar tal entendimento consiste em dizer que a menor que constantemente pratica o ato sexual profissionalmente não pode ser taxada de inocente ou ingênua ou ainda que a prostituição pode provocar no agente eventual erro de fato, concernente à idade da menor. Nestes casos, é praticamente unânime a jurisprudência em afastar a presunção de violência e elidir a conduta criminosa do agente.

Todavia, o problema da prostituição infantil tem alcançado limites vergonhosos para uma sociedade à beira dos século XX, e que se diz desenvolvida, com o aumento do número de menores nas ruas e a absurda precocidade com que elas começam nesta vida. Na verdade, não existe idade mínima para a ocorrência deste fenômeno e não são raras as vezes em que a menor é iniciada nesta vida a mando dos próprios responsáveis legais. Estas são apenas algumas das conclusões a que chegaram os membros da Comissão Parlamentar de Inquérito da Prostituição Infanto-Juvenil, realizada em 1994, pela Câmara dos Deputados Federais.⁷²

⁷¹ Ob. cit. p. 232.

⁷² VERONESE, 1995, p. 133.

Por outro lado, o descaso da sociedade para com as menores prostituídas se manifesta através do comportamento cultural e social da população, que aceita a prostituição infantil, inclusive contribuindo de alguma forma para a sua manutenção, seja valendo-se dos serviços oferecidos pelas menores, seja “fechando os olhos” para a flagrante realidade, conhecida e presenciada dia a dia por todos. Não bastasse o descaso da sociedade, muitas são as vezes em que o próprio Estado, através da polícia, é responsável pela impunidade dos exploradores da prostituição, sendo conivente com a situação, após o recebimento de invejáveis propinas⁷³.

A questão da prostituição infantil está intimamente relacionada com a proteção legal-penal dada às menores que, por alguma razão, ingressam nesta vida. Entre os dispositivos legais - no âmbito penal - que impõem obstáculos à promoção da prostituição encontram-se os que prescrevem o crime de estupro, atentado violento ao pudor, corrupção de menores, rapto violento ou mediante fraude, a casa de prostituição, o tráfico de mulheres, o rufianismo, dentre outros, todos previstos no Código Penal.

Contudo, a lei de nada adianta quando não é de fato aplicada. No caso específico do estupro, serve tão-somente à impunidade o entendimento jurisprudencial predominante no qual se afasta a tipicidade deste crime, na hipótese da alínea *a* do artigo 224, do Código Penal, pelo fato da menor ser “prostituta de porta aberta”. Por outro lado, eventual condenação consiste em retirar do agente o mais precioso bem que um ser humano pode ter, qual seja, a sua liberdade pelo fato de ter

⁷³ VERONESE, 1995 p. 122.

tido relação sexual com alguém que a pratica com certa constância.

Mas o que se dizer, então, da menor cujos primeiros sintomas da puberdade ainda nem foram notados e que já se oferece sexualmente em troca de alguns trocados? De forma alguma pode a lei oferecer o mesmo tratamento jurídico à criança, pouco desenvolvida fisicamente e completamente inocente, mesmo que experiente, da pré-adolescente, assim como já faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90). Inocência não pode ser confundida com experiência, já que esta, em muitos casos, não retira da vítima aquela característica da sua personalidade. A análise mais detalhada desta questão, porém, far-se-á logo adiante, ao se abordarem as tendências críticas de cada modalidade de presunção de violência. Por ora, necessário apenas que o problema seja exposto de forma que posteriormente se possa compreender o sentido da análise crítica a ser feita.

4 - ANÁLISE CRÍTICA

a) Crítica à Doutrina da Presunção Absoluta de Violência

A doutrina daqueles que aceitam irrestritamente a presunção de violência de forma absoluta é passível de diversas críticas, tanto que atualmente tal entendimento é adotado apenas por uma corrente minoritária de juristas.

O Código Penal brasileiro foi redigido no início da década de 40, quando a sociedade pouco desenvolvida no Brasil ainda era bastante conservadora em

matéria de sexualidade humana, assim como também o era a sociedade mundial como um todo. A revolução nos costumes começou a se manifestar a partir da década de 60 e 70, motivada principalmente pelo surgimento da pílula anticoncepcional, a qual proporcionava segurança para os casais contra uma gravidez indesejada.

Posteriormente, na década de 80, foi detectado o surgimento de uma doença fatal, intimamente relacionada com o ato sexual e inicialmente associada aos homossexuais. A AIDS difundiu-se por todo o mundo, inclusive no Brasil, tornando-se um problema de saúde pública, que obrigou o Estado a promover campanhas educativas através dos meios de comunicação de massa, objetivando conter o avanço da doença.

Por certo que toda a revolução nos costumes, de 1940 até os dias atuais, foi motivada também pelo desenvolvimento tecnológico e pela popularização dos meios de comunicação de massa, que possibilitou a toda população o contato diário com cenas de sexo transmitidas via televisão.

Diante, então, do quadro atual, como aceitar que pré-adolescentes, na faixa etária dos 10 aos 13 anos, não compreendam o sentido de um relacionamento sexual? “Continuar imaginando que esse menor, em hipótese alguma conta com noção sobre a sexualidade humana é querer negar o óbvio e ululante. Ao menos no que diz respeito ao adolescente (de doze a dezoito anos), a *ficção iuris* de que ele é absolutamente inocente, ignorante, em geral, já não condiz com a nossa realidade”,

segundo leciona o juiz de direito do Estado de São Paulo, Luiz Flávio Gomes⁷⁴.

Com determinadas exceções, motivados pela imensidão deste país e pelas barreiras geográficas que ainda privam algumas comunidades da tecnologia (energia elétrica, televisão, rádio, por exemplo), o adolescente brasileiro atualmente, pode-se dizer, tem pleno conhecimento da sexualidade humana, diferentemente daquele de décadas atrás, ao qual procurou o legislador oferecer especial proteção através da lei penal. Mas, o fato é que mesmo a mais ingênua jovem interiorana da atualidade é mais bem informada que a jovem adolescente da década de 40, que estudava em internatos e tinha seu matrimônio determinado pelo pai.

Assim, se o fundamento da presunção absoluta de violência é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, esta hoje em dia não pode mais vigorar, simplesmente por não mais existir. Os mesmos motivos que serviram ao legislador de 1940 para reduzir de 16 para 14 anos a hipótese de incidência da presunção de violência servem, nos dias atuais para referendar o entendimento daqueles que vislumbram a presunção como sendo de natureza relativa. Mas é no que concerne a faixa etária que compreende dos 12 aos 14 anos, que se verifica a maior incongruência da atual legislação, vez que até mesmo o legislador passou a considerar tal o indivíduo maior de 12 anos como possuidor de certo discernimento.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o problema da presunção tornou-se ainda mais complexo. Previu o

⁷⁴ Ob. cit. p. 168.

legislador de 1990 que os menores compreendidos na faixa etária dos 12 aos 18 anos incompletos são passíveis de sofrerem medidas sócio-educativas, previstas no artigo 112 do ECA, quando praticantes de ato infracional⁷⁵, por considerar que os mesmo possuem certa capacidade de entendimento das condutas praticadas. Tal menor, agente de ato infracional, está sujeito a processo, com todas as garantias e conseqüências inerentes, podendo inclusive sofrer medidas, que nos mais graves casos pode ser a prisão, denominada pela legislação de internação.

Visualize-se, pois, a seguinte hipótese: Um adolescente de 13 anos de idade mantém relacionamento sexual com uma adolescente também de 13 anos de idade. Considerando-se o Direito Penal e ainda a presunção absoluta de violência, manter relação sexual com menor de 14 anos consiste em crime de estupro, tido como hediondo. Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, tal conduta configuraria um ato infracional, sofrendo o infrator a medida sócio-educativa de internação em estabelecimento educacional. Isto porque, para uma lei, ele, o infrator, é capaz de manter certo entendimento da sua conduta e para outra lei, igualmente válida e eficaz, ela, a inocente e ignorante vítima, não é capaz.

Tal exemplo serve para acentuar a dissonância da doutrina daqueles que aceitam a presunção de violência como sendo de natureza *juris et de jure*. Se a adolescente, menor de 14 anos, pode cometer um ato infracional, que é um

⁷⁵ Para o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ato infracional é toda conduta definida como crime ou contravenção penal.

mal para a sociedade, ter consciência disto e ser de certa forma responsabilizada, pode também praticar um ato sexual, sem que isto traga conseqüências jurídico-penais ao seu parceiro.

Por fim, a cultura machista vivida no Brasil traz para o cotidiano situações de contrastes vividas muitas vezes dentro de uma mesma família. Tome-se, por exemplo, o pai que leva orgulhosamente o filho ao prostíbulo quando este completa 13 anos de idade, para que o menino tenha sua iniciação sexual por uma profissional. Independente de ter sido procurada pelo menor, independente de ter sido paga pelo menor, a mulher, em cumplicidade com o pai, comete, em tese, o crime de atentado violento ao pudor, pela presunção de violência, no caso da relação não se dar exclusivamente pelo coito vaginal. Sim, isto porque a presunção de violência não diferencia o sexo da vítima, servindo tanto às do sexo feminino, como às do sexo masculino. Por outro lado, este mesmo pai poderia oferecer representação criminal, ou queixa crime contra o homem que deflorou sua filha, também de 13 anos, com o consentimento da menor, invocando a presunção de violência da alínea “a” do artigo 224, do Código Penal. Por que o sexo praticado com o menino de treze anos não é punido, enquanto que o sexo praticado com a menina de treze anos pode colocar um homem na prisão por 6 anos? Simples a resposta. Por pura hipocrisia da sociedade machista, que ainda aceita a cultura do menino “garanhão” e da menina “recatada”.

Desta forma, não dá para aceitar a presunção de violência como sendo de natureza absoluta, pois favorece a injustiça, quando levados em conta os

avanços (ou retrocessos para alguns) da sociedade moderna no que concerne à popularização e aceitação da sexualidade humana.

b) Crítica à Doutrina da Presunção Relativa de Violência

Buscando suavizar o rigor da lei, e de alguma forma melhor aplicar a Justiça no caso concreto, a doutrina relativista concede a oportunidade ao acusado de estupro ficto de elidir a presunção de violência, comprovando a vida dissoluta que a menor possuía antes dos fatos ensejadores da persecução penal. Assim sendo, atribuem-se adjetivos desabonadores à vítima menor, tais quais, prostituta, messalina, devassa, desregrada, atrevida, experiente, promíscua, dentre outros, objetivando, com isso, a absolvição do acusado no processo penal em trâmite.

Todavia, o artigo 224, “a” do Código Penal não prevê tais adjetivos como integrantes do tipo penal. A lei não faz ressalva alguma ao instituir a presunção de violência na condição de menor de 14 anos. Na verdade, é criação doutrinária que acaba transformando o citado artigo, como se ele estivesse assim redigido: Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior que 14 (catorze) anos, desde que não seja experiente, prostituída, promíscua, etc. Tais adjetivos, como já foi dito, foram incluídos no contexto da legislação apenas para suavizar o rigor da lei e, de alguma forma, melhor distribuir a Justiça.

O julgador que se utiliza destes adjetivos acaba por legislar,

inserindo termos no texto legal não previstos pelo legislador de 1940, o que lhe é vedado. Cria-se um requisito típico, qual seja, a honestidade da vítima, para a aplicação da regra, desprezando-se o bem jurídico tutelado, que é a liberdade sexual da menor.

Trata-se ainda, de uma concepção de cunho exclusivamente moralista. Inevitavelmente, confunde-se o Direito com a Moral, que difere na consciência particular de cada indivíduo. Dentro deste contexto, o que seria, portanto, “conduta reprovável”? Enquanto que, para alguns a conduta reprovável, inerente à menor desregrada e que não merece a proteção legal, pode consistir no fato da mesma ter tido um namorado, ter beijado um rapaz, ter freqüentado festas e boates, para outros a conduta reprovável pode consistir, quando muito, na prática de relação sexual completa. São previsíveis, assim, as conseqüências desse entendimento no que concerne às divergências de decisões tomadas em casos semelhantes. Não sendo uniforme os conceitos moralistas, não se pode aplicá-los ao Direito, já que este é promovido por pessoas diferentes, oriundas dos mais diferentes grupos, o que faz gerar as mais diferentes decisões, retirando da Justiça a sua credibilidade.

Outra crítica a ser feita, refere-se à seleção das pessoas que são merecedoras da proteção jurídica, conforme destacado pela advogada Ivete M. Ribeiro Favaretto⁷⁶, em artigo de sua autoria, intitulado “Violência Presumida”:

“A jurisprudência que ora está se consolidando, e que

⁷⁶ FAVARETTO, 1997, p. 175/176.

admite a relatividade da presunção, quer fazer configurar duas situações distintas. Na primeira a criança que está inserida no seio familiar, que frequenta regularmente a escola, que recebe e assimila regras de conduta moral; é merecedora da proteção legal de forma absoluta e inquestionável. A violência, de qualquer ordem, dirigida a uma criança em tais condições é considerada monstruosa e desencadeia todos os efeitos jurídicos, em tese, previstos.

Mas a violência praticada contra crianças que, por imposição de seu destino, leia-se, por desajuste familiar, desequilíbrio social e ainda completa indiferença dos governantes, foi obrigada a vivenciar um contexto não condizente com a sua faixa etária; não é uma violência assim tão reprovável.

Em relação a estas, há relatividade, vale dizer, elas não merecem, como aquelas, a proteção integral da lei.”

A partir dessa crítica, merece destaque a situação das menores prostitutas. Sabe-se que o fenômeno da prostituição infantil é verificado nas mais variadas faixas etárias, principalmente nas regiões mais pobres do país. Desta forma, como tratar de forma igualitária a criança e a adolescente que fazem da prostituição um meio de vida? Não pode, de forma alguma, aplicar-se o chavão “prostituta de porta aberta” para desclassificar a conduta daquele que mantém relação sexual com uma menor, com idade de dez anos, mediante pagamento. “O fato de uma criança ter, obrigatoriamente, entrado em contato com um ambiente inadequado à sua idade, não

significa que ela conseguiu apreender a complexidade desse contexto.”⁷⁷ Se assim fosse, as crianças que praticam qualquer delito com constância deveriam ser penalizadas, uma vez que não lhes falta vivência para entender o caráter ilícito de suas condutas. Vale, nos casos de relação sexual entre um adulto e uma criança, o argumento dos que admitem a presunção absoluta de violência, de que a lei busca proteger os menores taxando-os de intocáveis e invioláveis, sendo a menor prostituta ou não. A idade limite, para tais casos não deveria transpor os dez anos, uma vez que, ainda que muito raramente, a menina desta idade já começa a apresentar os primeiros sintomas da puberdade, sendo passível de impulsos sexuais espontâneos, isto é, não forçados.

Não se pode alegar, no caso de uma menor, com idade inferior a dez anos, que se oferece sexualmente em postos de gasolina a caminhoneiros, ou em esquinas movimentadas dos centros urbanos, que a mesma consentiu no ato, ou que partiu dela a iniciativa que determinou a conduta do agente. Ora, o sexo praticado com crianças, mesmo quando já iniciadas na vida do meretrício, não pode retirar o caráter ilícito da conduta, pois elas, em nenhum momento, podem estar exprimindo sua vontade validamente.

À criança que se prostitui falta assistência da família, e às vezes, até mesmo a própria família, falta-lhe assistência social que possibilite um ambiente adequado para o seu desenvolvimento. Falta-lhe que a proteção jurídica vença a barreira do papel e atinja as ruas, pois não se pode aceitar que a mesma disponha de

⁷⁷ FAVARETTO, 1997, p. 176.

seu corpo por falta de alternativa. Muito menos é de se aceitar que um adulto aproveite-se desta situação para satisfazer sua bestialidade.

Independente da abordagem de cunho social, a presunção legal de violência, na forma que está inserida na legislação pátria brasileira é passível de severas críticas, muitas das quais foram aqui expostas. Porém, a mais severa delas consiste na afirmação de que a matéria da presunção legal de violência, quer absoluta, quer relativa, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, cujo embasamento merecerá total destaque no próximo tópico.

c) Da Inconstitucionalidade da Presunção de Violência

Esta é, sem dúvida, a mais forte e cruel das críticas que se pode endereçar à presunção de violência vigente na legislação penal brasileira. Tal corrente, até então pouco conhecida pela doutrina e pelos tribunais pátrios, encontra em LUIZ FLÁVIO GOMES, várias vezes citado neste trabalho, um de seus precursores e ardoroso defensor. Porém, tal tese já encontrou pelo menos um adepto junto ao Superior Tribunal de Justiça, na pessoa do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o qual foi o relator do Recurso Especial 46/424-2-RO, julgado pela 6ª Turma em 14.06.94, e publicado no DJU de 08.08.1994, p. 19.576, cujo teor da ementa é o seguinte:

“ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a

responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com a presunção de fato. Que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina), a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu, que teria se valido de grave ameaça para conseguir o seu intento.”⁷⁸

Tal decisão, de conteúdo até então inédito e desconhecido pelas revistas de jurisprudência, se fosse explorado pela mídia, causaria polêmica e estardalhaço ainda maior que a famosa decisão do Ministro Marco Aurélio de Mello⁷⁹, do Supremo Tribunal Federal, e poderia causar uma revolução na aplicação dos crimes sexuais cuja violência fora presumida, podendo gerar conseqüências diversas no ordenamento jurídico nacional. Os fundamentos desta decisão é o que será visto agora, a partir da doutrina de Luiz Flávio Gomes.

⁷⁸ CERNICCHIARO, 1996, p. 44/45.

⁷⁹ Referente ao acórdão do H.C. nº 73.662-9/MG. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello que a violência presumida da alínea “a” do artigo 224, do Código Penal é de natureza relativa. Tal decisão causou alarde na sociedade brasileira a partir da divulgação pela imprensa, que explorou o assunto mais a partir da utilização dos termos adotados pelo relator (*Nos nossos dias não há crianças, mas moças de 12 anos, ...*) do que propriamente o conteúdo da decisão, que como foi aqui observado (item III, b, do presente capítulo), em nada inovou a jurisprudência.

Os que prescrevem a inconstitucionalidade da presunção de violência partem do princípio de que a violência é fato. Ou ela existe ou ela não existe, não podendo o legislador presumi-la, mesmo que legalmente. Os fatos não devem ser presumidos, mas sim comprovados. Ao presumir legalmente a violência, o legislador deixou o acusador em situação privilegiada e de vantagem em relação ao acusado. Porém, atualmente o Direito Penal Moderno, fundado nos princípios constitucionais, principalmente o de inocência, choca-se diretamente contra o dispositivo do Código Penal que presume a violência. O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro⁸⁰, expõe a matéria da seguinte forma:

“A Constituição da República, ao definir o princípio da reserva legal, exprime-o, sem dúvida, no sentido moderno. Nessa concepção, pelo menos, deve ser interpretado. Não basta a mera relação cronológica entre o fato e a definição do crime. É imperativo definir a conduta praticada. E a conduta acontece ou não acontece. O legislador não pode definir suposta conduta e atribuir-lhe sanção. Seria, em última análise, punir por ação não praticada. Total negativa da reserva legal!

Mesmo em se tratando de vítima menor de 14 anos, faz-se imprescindível se houve, ou não a mencionada violência. Evidente, violência efetiva, ocorrente no plano fático.”

Diversos são os princípios apontados como violados pelo artigo 224, do Código Penal. São eles: o princípio constitucional da presunção de inocência,

⁸⁰ CERNICCHIARO, 1996, p. 45.

o princípio do fato (Direito Penal do Fato), o princípio do *nullum crimen sine iniuria* e o princípio do Direito Penal da culpa (culpabilidade).

A presunção de inocência está gravada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, *in verbis*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”. Trata-se de um princípio amplamente difundido no Direito Penal Moderno e adotado mundialmente. Embora difundido, a presunção de violência contida no Código Penal conflita diretamente com o princípio constitucional da inocência.

É que, em razão do disposto no artigo 224 do Código Penal, o acusador está obrigado tão-somente a comprovar a existência da conjunção carnal e a idade da vítima, no caso específico estudado neste trabalho. A violência, que é requisito básico para a caracterização do crime, e que também é fato, não precisa ser comprovada, pois o legislador assim o quis. Neste caso, é esta desobrigação, ensina Luiz Flávio Gomes, que confronta diretamente com o princípio da inocência, pois este exige a comprovação da conduta atribuída ao réu. “Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo Legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu.(...) Seria o caso de se falar, desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade pelo fato de outrem).”⁸¹ Quando isto ocorre, dá-se um choque entre duas presunções, a de inocência e a de violência, devendo prevalecer a primeira pois contida em norma

⁸¹ Ob. cit., p. 184.

constitucional, que é superior à norma de Direito Penal.

É também do Direito Penal moderno, que o réu responda sempre por um fato, que exista no plano realístico e seja comprovado no campo processual, isto é dizer, o agente só pode ser considerado culpado pelo que fez (ação) ou deixou de fazer (omissão), e não pelo que o legislador presumiu. No caso do estupro ficto, o agente é responsabilizado por um fato que não existiu, qual seja, a violência para a obtenção da conjunção carnal, esta prevista pela legislação.

Além disso, salienta Luiz Flávio Gomes, a presunção de violência viola o princípio do *nullum crimen sine iniura*, bem como o princípio da culpabilidade. O primeiro porque o bem tutelado nos crimes sexuais, como já visto anteriormente, é a liberdade sexual, no caso da mulher, de escolher o parceiro com quem relacionar-se-á afetivamente e sexualmente. Tendo ela consentido no ato sexual, mesmo que sua idade seja inferior a quatorze anos, o bem protegido não sofreu lesão alguma porquanto exerceu a moça livremente o seu poder de escolha. Impossível então classificar como violento, o ato sexual que não violou a liberdade sexual da vítima, pois consentido. “Se um dos eixos centrais do Direito Penal consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivamente que ele causa a outrem, quando esse dano não emerge da sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado.”⁸² Assim, não havendo dano ao bem jurídico protegido, não há se falar em crime.

A violação do segundo, por sua vez, efetiva-se pelo desprezo a

⁸² Ob. cit. p. 186.

responsabilidade subjetiva pela conduta praticada. O Direito Penal moderno banuiu a responsabilidade penal objetiva, atribuindo o castigo penal somente àqueles que tenham concorrido para o evento ilícito subjetivamente, ou seja, com dolo ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia). No caso da presunção, a violência, que como foi visto é parte integrante do tipo penal do estupro, não pode ser atribuída subjetivamente ao sujeito ativo. É tão-somente normativa, oriunda da lei, e não da vontade do sujeito ativo. Ao se relacionar com uma menor de quatorze anos, o que o agente quis praticar foi um ato sexual e não um ato sexual violento. Por tal motivo, a presunção fere o princípio da culpabilidade.

A solução apontada pelo Magistrado aqui citado consiste na releitura do artigo 224, do Código Penal, instituindo-se a figura do abuso sexual, em detrimento da figura do estupro ficto, uma vez que se o mesmo fosse declarado inconstitucional, a reprovável conduta de manter relação sexual com criança, alienado mental, dentre outros, não seria punida pela lei. Por atingir somente uma parcialidade da norma do artigo 224 do Código Penal, sugere o jurista que se modifique tão somente o *caput* do artigo, que passaria a vigorar com a seguinte leitura: “Nos crimes previsto nos capítulos anteriores e tipificados como violentos, há abuso sexual, se a vítima (...)”⁸³ Assim, quando a relação sexual se desse mediante violência ou grave ameaça ter-se-ia o crime de estupro (artigo 213, CP), e quando, na hipótese, a vítima estivesse entre aquelas especialmente protegidas pelo artigo 224, ter-se-ia o crime de

⁸³ Ob. cit. p. 189.

abuso sexual. O abuso sexual seria caracterizado cada vez que o sujeito ativo, penalmente imputável, sem o consentimento válido da vítima, aproveita-se dela quando esta não tinha condições de oferecer resistência. O estupro ficto daria seu lugar na legislação para o estupro abusivo, entendido como a conjunção carnal mediante o aproveitamento de situação em que a vítima não poderia consentir, nem oferecer resistência, por qualquer dos motivos enumerados na lei.

Para concluir, vale ainda destacar a proposta apontada pelo Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Yordan Moreira Delgado, em artigo publicado na Revista da Associação Paulista do Ministério Público⁸⁴, que sugere uma nova redação do artigo 224, do Código Penal, nos seguintes termos: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de (doze) anos; b)...; c)... parágrafo único: mesmo se a vítima não for maior de 12 anos, poderá o magistrado deixar de aplicar a pena, quando restar comprovado que a mesma é inteiramente afeiçoada das coisas do sexo, ou reduzi-la de um a dois terços se parcialmente afeiçoada.” É claro que, neste caso, estar-se-á aceitando a presunção de violência instituída pelo legislador, como constitucionalmente válida, tratando-se apenas de se regularizar a relatividade da presunção de violência.

Este autor, porém, entende que a melhor proposta consiste na mescla das duas sugestões, adotando-se a figura do estupro abusivo, porém com a idade limite das vítimas menores não superior a doze anos. O artigo 224, passaria a ter a

⁸⁴ DELGADO, 1997, p. 29.

seguinte redação, modificada em seu *caput*, e na alínea “a”, conservando-se as demais:

Art. 224. Nos crimes previstos nos capítulos anteriores e tipificados como violentos, há abuso sexual, se não for verificada a violência real, quando a vítima:

a) não for maior de 12 (doze) anos, e ao tempo da ação não tinha capacidade de entendimento do ato praticado. (...)

Com isso, pode-se dizer que os atos sexuais praticados com menores (com menos de dezoito anos) somente seriam penalmente punidos, quando de fato tal conduta merecesse punição. Com tal redação, a idade estaria adequada ao atual Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como conferiria ao sujeito a possibilidade de demonstrar, em casos de exceção, que a vítima demonstrava afeição as coisas da sexualidade humana, como por exemplo, uma prostituta com dez anos de idade. Seria necessária a adequação também de outras figuras penais, como a da sedução, reduzindo-se a idade prevista, que é de quatorze anos, para doze anos, a fim de evitar lacunas no texto legal.

Outro aspecto importante desta nova figura a ser criada seria a graduação da pena em relação ao estupro violento cometido contra crianças. Por certo que a pena atribuída ao sujeito que abusa sexualmente de uma criança não pode ser a mesma daquele que estupra uma criança. No último caso, além da circunstância do ato sexual em idade imprópria, a criança sofre o trauma da violência. Por tal motivo, a pena do estupro cometido contra crianças necessariamente teria que ser maior que a do abuso sexual, conforme já assim prevê o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, que

impõe o aumento da metade da pena, no caso de ser observada a violência real contra as pessoas protegidas no artigo 224, do Código Penal.

Finalizando, é necessária a revisão da legislação concernente aos crimes sexuais, principalmente no que se refere aos crimes violentos e a presunção de violência, adequando-os aos atuais anseios da sociedade e para um melhor combate à criminalidade sexual, que freqüentemente estampa as páginas policiais dos jornais brasileiros.

CONCLUSÃO

Neste trabalho abordou-se um dos temas mais polêmicos da atualidade no Direito Penal brasileiro, qual seja a Presunção de Violência no crime de estupro cometido contra menor de 14 anos de idade.

Num momento em que a sociedade mundial se depara com bárbaros crimes cometidos por maníacos sexuais, pedófilos e depravados, a decisão de um Ministro da Suprema Corte de Justiça⁸⁵ brasileira causa polêmica no mundo jurídico e na sociedade leiga, patrocinada pelo alarde da mídia, sedenta de audiência. Como foi observado ao longo deste trabalho, tal decisão em nada inovou a jurisprudência brasileira, mas teve o mérito de possibilitar a discussão sobre a proteção legal ofertada às crianças e aos adolescentes no que concerne aos crimes sexuais.

Ao longo desta monografia foram expostas as tendências doutrinárias e jurisprudenciais que buscam esclarecer o sentido da legislação penal brasileira na parte referente aos crimes sexuais, em especial à presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal. Com argumentos conservadores e ultrapassados, a tese de que a presunção de violência deve ser encarada de forma absoluta não encontra muitos seguidores nos dias atuais, e tende a ser pouco utilizada. Por outro lado, a tese de que a presunção de violência deve ser encarada de forma

⁸⁵ Vide nota nº 79.

relativa, possibilitando-se aos acusado oferecer defesa contra a acusação que lhe é feita também é alvo de duras críticas, principalmente dos legalistas, que não aceitam critérios inventados pela jurisprudência para amenizar os rigores da lei.

A terceira tendência, ainda nova e pouco abordada na doutrina e na jurisprudência, confere à presunção de violência um caráter inconstitucional, por ferir princípios contidos na Magna Carta do Brasil. Sustentada por renomados juristas, tais quais o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro e o Juiz de Direito do Estado de São Paulo Luiz Flávio Gomes, esta nova tendência poderá ser o ponto de partida para uma reformulação da atual legislação, na qual se deverá punir somente as condutas que merecerem punição, sem dar margem às interpretações que distanciam a norma do caso concreto e sem promover a impunidade.

Ora, a notoriedade de que a legislação atual é obsoleta e muitas vezes injusta com o réu e com a própria vítima não precisa ser aqui repetida. As propostas de reformulação foram lançadas e sugerem radicais mudanças na legislação penal referente aos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes. Todavia, enquanto as reformas não passam de mera discussão acadêmica, a necessidade da análise de cada caso concreto se torna dia a dia mais obrigatória, pois, como diz o ditado, é melhor libertar um culpado do que condenar um inocente.

Com isso, espera-se ter conseguido atingir os objetivos propostos, podendo porventura colaborar na solução das dúvidas que surjam sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARDAILLON, Danielle e outra. **Quando a Vítima é Mulher**. Edição do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM, p. 34.
- Bíblia Sagrada, **Livro do Deuteronomio**, 22/25-26. 67º ed. São Paulo: Ave Maria, 1989. p. 238.
- _____. **Livro do Êxodo**, 20/17. 67º ed. São Paulo: Ave Maria, 1989. p.121.
- BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **Advogado diante dos Crimes Sexuais**. 6ª ed.. São Paulo: Saraiva.
- BRASIL, Dec. Lei. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. São Paulo: Saraiva 1992.
- CERNICCHIARO, Luiz V. Estupro: Violência Presumida. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 228, p. 44/45, 1996.
- COUTINHO, Zulmar Vieira. **Laudos Médicos-Legais**. Florianópolis, 1995, p.8.
- DELGADO, Yordan Moreira. Violência presumida no estupro e outros crimes contra os costumes - aspectos controvertidos. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**, São Paulo, nº 2, p. 29/30, 1997
- FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943. 5v.
- FAVARETTO, Ivete M. Ribeiro. Violência Presumida. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, nº 50, p. 175/176, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 1ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1977. 506p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 213 a 359 CP). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FRANCO, Alberto Silva e outros. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- GOMES, Luiz Flávio. Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. (enfoque crítico) - 1ª Parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**; São Paulo, nº 15, p.158-181, 1996.
- _____. Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. (enfoque crítico) - 2ª Parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**; São Paulo, nº 16, p.169-196, 1996.
- GUSMÃO, Chysolito de. **Dos Crimes Sexuais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas de Barros, 1981.
- HUNGRIA, Nelson e outros. **Comentários ao Código Penal**. 5ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981. 8 v.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 3v.
- LEAL, João José. **Crimes Hediondos: Aspectos políticos-jurídicos da lei nº 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996.
- MARTINEZ, Jaime Vidal. **As novas formas de reprodução humana**. Madrid: Civitas, 1988.
- MESTIERI, João. **Do Delito de Estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 120p.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1993. 1v.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. 3º v.
- PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. São Paulo: Jalovi, 1980.
- SZNICK, Valdir. **Comentário à lei dos crimes hediondos**. São Paulo: Universitária de Direito, 1991.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. Uma Leitura Jurídica da Prostituição Infantil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº 127, 1995.