

CAMILE ARRIOLA MAINGUÉ

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. João Gualberto Garcez Ramos

**CURITIBA
2006**

CAMILE ARRIOLA MAINGUÉ

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. João Gualberto Garcez Ramos

**CURITIBA
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILE ARRIOLA MAINGUÉ

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. João Gualberto Garcez Ramos

Prof. Ivan Guérios Curi

Prof. João Baptista Nogueira Neto

Curitiba, 25 de outubro de 2006.

Dedico este trabalho a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuem para que o Direito seja utilizado como um instrumento para se alcançar a Justiça, fazendo com que menos pessoas, vítimas ou acusadas, sejam atingidas pela dor da injustiça.

Agradeço, primeiramente, a Deus pela vida e pelas infinitas graças recebidas.

Meu especial agradecimento aos meus pais, Daniel e Tereza, pelo amor incondicional e pela dedicação que sempre me ofereceram; aos meus irmãos, Carolina e Gustavo, pelo ombro amigo nas horas difíceis; ao meu namorado Rafael, pelo amor, carinho e compreensão sempre dedicados; aos amigos Eduardo e Simone Contin, pelo incentivo; às amigas-irmãs Andrea, Camila, Fernanda, Maria Sílvia, Paula, Sílvia, Viviane, Maria Luiza e Marina pela amizade incessante e gratificante; à Dra. Rosangela Gaspari, pelos sábios ensinamentos transmitidos no dia-a-dia e pela amizade sempre demonstrada; e ao meu orientador, prof. João Gualberto Garcez Ramos, por indicar-me, com muita capacidade, a melhor forma de conduzir o presente trabalho, pela paciência demonstrada frente às minhas imperfeições, pela sua predisposição de aceitar a importante tarefa de orientar e pelos seus preciosos conselhos.

Na mitologia grega, Procusto era um salteador sanguinário que obrigava suas vítimas a deitar sobre um sinistro leito de ferro, do qual nenhuma saía com vida: se elas fossem mais curtas que o leito, estirava-as com cordas e roldanas; se ultrapassassem as medidas, cortava a parte que sobrava. Teseu foi ao seu enalço e matou-o, fazendo-o provar seu próprio remédio. A expressão [leito de Procusto] é usada para qualquer tipo de padrão que seja aplicado à força, sem o menor respeito por diferenças individuais ou circunstâncias especiais.

Cláudio Moreno
(<http://www.sualingua.com.br>)

SUMÁRIO

RESUMO	vii
1 INTRODUÇÃO	1
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	3
2.1 CRIMES SEXUAIS.....	3
2.2 VIOLÊNCIA REAL E VIOLÊNCIA PRESUMIDA.....	5
2.3 HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	11
3 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	16
3.1 HIPÓTESES DE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	16
3.2 NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IDADE DA VÍTIMA	21
4 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA FACE À CONSTITUIÇÃO E AO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL	35
4.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	35
4.2 DA ILEGALIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	40
4.3 CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO-RECEPÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	43
5 LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE	47
5.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N.º 8.069/90).....	47
5.2 LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI N.º 8.072/90).....	50
6 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58
OBRAS CONSULTADAS	63

RESUMO

O presente estudo analisa um tema que ainda é discutido no âmbito do Direito Penal brasileiro, qual seja, a presunção de violência nos crimes sexuais. Considerando que existem diversas questões polêmicas que envolvem este tema, preliminarmente, apresenta o histórico desta presunção legal. Posteriormente, explicita as hipóteses em que se presume a violência nos crimes sexuais no Direito Penal brasileiro, bem como dá enfoque à polêmica sobre a natureza jurídica da presunção de violência em decorrência da idade da vítima, ou seja, se ela é absoluta (*iuris et de iure*) ou relativa (*iuris tantum*). Após, apresenta a doutrina que sustenta a inconstitucionalidade e a ilegalidade desta presunção, por afrontar princípios constitucionais e de Direito Penal, bem como demonstra as conseqüências jurídicas advindas deste posicionamento. Ademais, analisa a legislação extravagante que guarda relação com a presunção de violência, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Lei dos Crimes Hediondos. Com relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, aponta as conseqüências decorrentes da alteração no conceito de adolescente, principalmente no que diz respeito à validade de seu consentimento. Por fim, relata alguns aspectos polêmicos relacionados à Lei dos Crimes Hediondos, como quanto à eventual hediondez dos crimes sexuais praticados com violência ficta, bem como quanto à possibilidade ou não de aplicação do art. 9º desta Lei a estes mesmos crimes.

Palavras-chave: crimes sexuais; presunção de violência; histórico; hipóteses; natureza jurídica; inconstitucionalidade; Estatuto da Criança e do Adolescente; crimes hediondos.

1 INTRODUÇÃO

Trata o presente estudo da presunção de violência nos crimes sexuais (especificamente, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor), desde o seu aspecto histórico brasileiro até a legislação atualmente vigente, qual seja, o Código Penal brasileiro de 1940.

A presunção de violência aqui enfocada está disposta, hodiernamente, no art. 224 do Código Penal. Trata-se de tema bastante controvertido, tanto na jurisprudência como na doutrina, motivo pelo qual se faz necessária uma análise mais detida sobre seus diversos aspectos.

É exatamente este o objetivo do presente trabalho, ou seja, fazer uma exposição e análise dos posicionamentos encontrados tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras, principalmente no que diz respeito à natureza jurídica desta presunção quando relacionada à idade da vítima. Antes disto, porém, e de forma a facilitar a compreensão do tema aqui abordado, serão feitas algumas considerações iniciais, referentes aos crimes sexuais, à diferença entre violência real e presumida, bem como ao histórico da presunção de violência. Após, então, serão também expostas as demais hipóteses da presunção de violência, além do posicionamento da doutrina quanto a este tema.

Será, ainda, exposta uma tendência, já utilizada pelos tribunais, referente ao desfecho destinado à presunção de violência nos crimes sexuais, bem como seus fundamentos e as conseqüências jurídicas advindas desta utilização.

Por fim, serão feitas abordagens da legislação extravagante, em específico do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Lei dos Crimes Hediondos, com a finalidade de se demonstrar os aspectos ali existentes e que se interligam à presunção de violência nos crimes sexuais, como o consentimento do adolescente e a eventual possibilidade de atribuição do conceito de crime hediondo aos crimes sexuais praticados com violência presumida.

Desta maneira, ao mesmo tempo em que tais aspectos serão abordados, procurar-ser-á coligir diversos posicionamentos, inclusive em sentidos opostos, de

forma a enriquecer a pesquisa realizada acerca da presunção de violência nos crimes sexuais, com a exposição da opinião de diversos doutrinadores e também com a jurisprudência retirada, em várias épocas, dos tribunais estaduais e dos tribunais superiores.

Assim, com este trabalho, busca-se fazer uma abordagem da presunção de violência nos crimes sexuais que abranja, mas não esgote, as discussões e polêmicas a ela concernentes.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1 CRIMES SEXUAIS

Os denominados crimes contra a liberdade sexual (art. 213 a 218) estão inseridos no Título VI da Parte Especial do Código Penal, que trata dos crimes contra os costumes. Dentre estes crimes, há o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude, o atentado ao pudor mediante fraude, o assédio sexual e a corrupção de menores, tanto nas formas qualificadas como nas presumidas (art. 223 e 224 do Código Penal).

Interessam, precisamente, ao presente estudo os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor por serem os que ocorrem com maior frequência e por envolverem o conceito de violência, que pode ser real ou presumida. Este é o objeto da principal discussão a ser abordada neste estudo, ou seja, quanto à natureza jurídica da presunção de violência.

De acordo com o art. 213 do Código Penal Brasileiro, o crime de estupro consiste em “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”¹. Já o crime de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214 do Código Penal, consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”². Ambos os crimes são apenados com reclusão, de 6 a 10 anos.

No crime de estupro, o objeto jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher. A conduta típica é manter conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Conjunção carnal, para a lei, é a cópula vaginal, a qual ocorre quando há a penetração, mesmo que parcial, do membro viril na vagina da mulher, com ou sem ejaculação. A cópula vestibular ou vulvar não consiste em conjunção carnal, sendo imprescindível a

¹ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 213. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 476.

² BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 214. Id.

introductio penis intra vas. Há, porém, posicionamento – como o de Luiza Nagib ELUF – no sentido de admitir que o coito vestibular ou vulvar configure o delito, não se exigindo a penetração completa do pênis³. Não há necessidade de ocorrer o rompimento do hímen, já que ele pode ser complacente⁴.

Deve haver o constrangimento da vítima através da violência física ou moral, bem como deve estar presente o seu dissenso. A resistência deve ser demonstrada de forma inequívoca, ou seja, deve haver uma real oposição da vítima, mas dela não se exigem atos de heroísmo, já que “não se pode tomar por adesão da vítima o abandono de si mesma por exaustão de suas forças, trauma psíquico ou inibição trazida pelo medo”⁵.

No direito brasileiro, o sujeito ativo é sempre o homem, podendo a mulher ser, em casos de concurso de pessoas, co-autora* e, ainda, partícipe, através de instigação ou cumplicidade⁶. Discutiu-se, durante algum tempo, sobre a possibilidade de o marido ser autor do crime de estupro praticado contra a esposa. Atualmente, a melhor doutrina entende que é possível, pois “embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito (CP, art. 23, III, 2ª parte), mas, sim, abuso de direito, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges”⁷.

³ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. Ed. condensada. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 28.

⁴ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 40.

⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 765.

* Segundo Luiz Regis Prado, excepcionalmente a mulher pode ser considerada sujeito ativo do crime. Isto ocorreria na “hipótese de o sujeito ativo da cópula carnal sofrer coação irresistível por parte de outra mulher para a realização do ato”, pois, de acordo com o art. 22 do Código Penal, apenas o coator responde pela prática do delito (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662).

⁶ DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 413.

⁷ Id.

O sujeito passivo é sempre a mulher, não se exigindo dela qualquer outra característica. O tipo subjetivo compreende o dolo e o elemento subjetivo do tipo, que é o especial fim de agir. Não se admite a forma culposa. Admite-se a tentativa, sendo ela de difícil comprovação na prática.

Já no crime de atentado violento ao pudor, o objeto jurídico tutelado também é a liberdade sexual, mas, neste caso, do homem ou da mulher, que podem ser sujeito ativo e passivo. A ação da vítima pode ser ativa (“a praticar”) ou passiva (“permitir que com ele se pratique”), sendo executada mediante constrangimento e através de violência física ou moral. São considerados atos libidinosos todos os que têm por finalidade última satisfazer a lascívia, a volúpia, o prazer sexual. Discute-se, na doutrina, acerca da necessidade de contato corporal no ato libidinoso entre autor e vítima*. O tipo subjetivo compreende o dolo e o elemento subjetivo do tipo, que é o especial fim de satisfazer a concupiscência. Há, porém, divergências doutrinárias a respeito da necessidade deste dolo específico*. Não há a forma culposa. A tentativa é admitida por alguns autores sendo, porém, difícil de ser caracterizada na prática⁸.

2.2 VIOLÊNCIA REAL E VIOLÊNCIA PRESUMIDA

Nos crimes contra a liberdade sexual, a violência pode ser real ou presumida. A violência real está prevista, expressamente, nos arts. 213 e 214, que assim dispõem:

“Art. 213: Constranger mulher à conjunção carnal, *mediante violência ou grave ameaça*:
Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 214: Constranger alguém, *mediante violência ou grave ameaça*, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

* Entendem que é imprescindível o contato corporal: Damásio E. de Jesus, José Henrique Pierangeli, Celso Delmanto, Luiza Nagib Eluf. Na direção oposta, encontram-se Julio Fabbrini Mirabete, Antonio Lopes Monteiro.

* Para Damásio E. de Jesus, José Henrique Pierangeli, Julio Fabbrini Mirabete, Luiza Nagib Eluf não é necessária a presença desta finalidade especial. Em posição contrária, exigindo a intenção de satisfação da concupiscência, Nelson Hungria, Celso Delmanto.

⁸ MONTEIRO, p. 52-53.

Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”⁹ [grifo meu]

Violência, segundo De Plácido e SILVA, é “o ato de força, a brutalidade, a veemência. Em regra, a violência resulta da ação ou da força irresistível, praticadas na intenção de um objetivo, que não se teria sem ela”¹⁰.

A violência real pode ser física (*vis absoluta* ou *vis corporalis*) ou moral (*vis compulsiva*). Nos crimes aqui enfocados – estupro e atentado violento ao pudor – a violência ou a grave ameaça é um dos elementos imprescindíveis para a caracterização do tipo.

A violência física é caracterizada pelo emprego da força material, constituindo-se em qualquer ato de agressão utilizado para vencer a resistência da vítima, ou seja, para vencer a discordância desta com a prática do ato sexual. Normalmente, deixa vestígios detectáveis no exame de corpo de delito que facilitam a comprovação de sua ocorrência. Segundo Damásio de JESUS, a violência física ocorre quando “há o emprego de força material sobre a própria vítima, reduzindo-a à impossibilidade de resistir ao ataque sexual”¹¹. Neste caso, a ofendida está impossibilitada de resistir e acaba por render-se aos prazeres do seu ofensor, sem consentir com o ato, por não lhe restar outra opção.

A violência moral compreende a grave ameaça, que por si só é capaz de neutralizar ou anular a capacidade de resistência e oposição da ofendida¹². Diante da violência moral, a vítima opta por um dos resultados indesejáveis. A ameaça de causar um dano deve ser séria e realizável imediatamente ou em pequeno lapso temporal, fazendo com que a vítima abra mão de sua liberdade sexual em detrimento do bem ameaçado, ou seja, para evitar a ocorrência de um mal maior. A *vis compulsiva* pode ser direta ou indireta, quando direcionada, respectivamente, à própria vítima ou a pessoas ligadas a ela.

Quanto à violência presumida, dispõe o Código Penal:

⁹ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 213 e 214. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 476.

¹⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 4, p. 498.

¹¹ JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 97.

¹² MESTIERI, João. *Do Delito de Estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 76.

“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.” [grifo meu]

Com relação a esta espécie de violência, faz-se necessária uma consideração preliminar. Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, o verbete ‘presunção’ significa:

1 ato de presumir ou de se presumir; julgamento baseado em indícios, aparências 2 suposição que se tem por verdadeira 3 opinião demasiado boa e lisonjeira sobre si mesmo 3.1 demonstração pública desta opinião; imodéstia, pretensão, vaidade 4 confiança excessiva em si mesmo; pretensão 5 JUR consequência que a lei faz deduzir de certos atos ou fatos, e que fica estabelecida como verdadeira, às vezes até mesmo havendo prova em contrário¹³.

De acordo com as lições de José Henrique PIERANGELI, as presunções fazem parte da prova indireta ou indiciária e se dividem em presunções legais (ou jurídicas) e presunções judiciais. Aquelas, por sua vez, se subdividem em absolutas ou relativas, sendo que estas se referem às presunções de fato.

As presunções legais absolutas são aquelas que não admitem qualquer prova em contrário e, segundo este autor, representam, no âmbito do processo penal, ofensa ao princípio do livre convencimento do juiz, bem como à concepção de investigação da verdade material. No campo do direito penal, assevera que se trata de responsabilidade penal objetiva, claramente repelida pelo Código Penal (CP) vigente. Já as presunções legais relativas são aquelas que admitem prova em contrário, fazendo com que possa haver uma maior valoração dela. Por fim, as presunções de fato não teriam ligação com a teoria da carga probatória e serviriam para buscar a verdade real¹⁴.

A presunção de violência contida no art. 224 do Código Penal Brasileiro é uma presunção legal. Alberto Silva FRANCO, utilizando-se das lições de Bettiol e Ferraiolo, define presunção legal como sendo o

¹³ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2294.

¹⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 163-175.

procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre dois fatos na base de uma regra de experiência codificada pelo legislador (Bettioli, *Sulle presunzioni in generale*. Scritti Giuridici, 1966, v. I/344). A presunção legal constitui, portanto, um abrandamento da prova: ‘baseando-se numa regra de experiência, a lei deduz, de um fato, outro fato e antecipa o procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre dois fatos, recorrendo a um parâmetro abstrato de valoração que alivia o juiz do encargo da verificação’ (Marzia Ferraiolo, ‘Presunzioni’, *Enciclopedia del Diritto*, 1986, v. XXXV/308)¹⁵.

A violência presumida é, portanto, uma ficção jurídica criada pelo legislador, para que, nas hipóteses elencadas nas alíneas do art. 224 do Código Penal, a simples relação sexual baste para a caracterização do tipo, ainda que tal ato não esteja acompanhado de qualquer violência ou grave ameaça. Segundo Chrysolito de GUSMÃO, a violência ficta é “a decorrência do conjunto de princípios e motivos sociais, jurídicos, propriamente, e psicológicos que levam o legislador a erigir e integralizar, como tal, não só os casos em que se trata de vítima de pouca idade (...), como os em que a vítima se acha *impossibilitada* de resistir”¹⁶. A violência é, portanto, presumida nos casos em que a vítima for menor de 14 anos, quando for alienada ou débil mental ou quando, por outras razões, não puder oferecer resistência à prática do ato. Tais hipóteses serão analisadas detalhadamente na sub-seção 3.1.

Deve-se expor, ainda, sobre um tema pertinente à violência (real ou presumida), qual seja, a ação penal nos crimes contra os costumes. O *caput* do art. 225 – que se encontra localizado no Capítulo IV e que trata das disposições gerais – estabelece a regra e dispõe que “nos crimes definidos nos *capítulos anteriores*, somente se procede mediante queixa”¹⁷ [grifo meu]. Assim, pode-se perceber que tal dispositivo é, atualmente, aplicado em relação aos Capítulos I (que trata dos crimes contra a liberdade sexual) e II (que trata, atualmente, somente da corrupção de menores), tendo em vista que o Capítulo III foi revogado pela Lei n.º 11.106, de 2005. Desta forma, a regra é que a ação é de exclusiva iniciativa privada, somente possível

¹⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*: Notas sobre a Lei 8072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 150-151.

¹⁶ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*: estupro, atentado violento ao pudor, sedução, e corrupção de menores. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 94.

¹⁷ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 05 jun. 2006.

mediante queixa (da vítima ou de seu representante legal no caso de ela ser menor), para os crimes previstos nos arts. 213 a 216 e 218.

As exceções à regra contida no *caput* do art. 225 foram dispostas pelo legislador no seu §1º, sendo de ação penal pública no caso de miserabilidade da vítima ou de seus responsáveis (inciso I) ou quando ocorrer abuso de pátrio poder, tutela ou curatela (inciso II). A diferença que existe é que no primeiro caso, a ação penal é pública condicionada à representação e no segundo é ação penal pública incondicionada.

Por outro lado, considerando que, no art. 225 do CP, o legislador se referiu apenas aos capítulos *anteriores*, a ação penal para os crimes dos quais resultem lesões corporais graves ou morte (art. 223 do CP, situado no Capítulo IV, assim como o art. 225) torna-se pública incondicionada, tendo em vista tratar-se de crime complexo (art. 101 do CP*), ou seja, representa a soma ou fusão de dois crimes, ofendendo mais de um bem jurídico ao mesmo tempo.

Nos casos em que ocorre a violência presumida, não há como se aplicar o mesmo raciocínio dispensado anteriormente. Isto porque o art. 224 do CP é uma norma explicativa, mas não incriminadora, tendo em vista que se aplica aos crimes já descritos nos Capítulos I e II. Assim, deve-se aplicar aos crimes em que há violência presumida o disposto no art. 225 do CP, pois o crime, por exemplo, de estupro, está topograficamente situado no Capítulo I, ou seja, em capítulo *anterior*. Há, portanto, a exigência de queixa da vítima ou de seu representante legal para a propositura da ação penal, não se aplicando o art. 101 do CP, pois, neste caso, não se trata de crime complexo. Trata-se, então, de ação penal privada, ressalvadas as exceções do art. 225, §1º.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608, a qual prevê que “no crime de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. De acordo com este entendimento, quando o estupro (e também o atentado violento ao pudor) for praticado com violência real – ou seja, física –, a ação penal é pública

* Art. 101: Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

incondicionada, tendo em vista que o crime de lesões corporais também era, na época de aprovação desta Súmula (17/10/1984), sempre de ação penal pública incondicionada. Segundo o posicionamento de Cezar Roberto BITENCOURT, com esta súmula, o STF deu prevalência ao art. 101 (regra geral) em detrimento do art. 225 (regra especial), ambos do Código Penal, ignorando o princípio da especialidade¹⁸. Para DELMANTO, a regra do art. 225 deveria prevalecer sobre a contida no art. 101, pois este

é inaplicável aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, pois nenhuma dessas figuras penais é, em verdade, crime complexo. O tipo penal de estupro (CP, art. 213) compõe-se de um só crime, o de constrangimento ilegal, mas visando à conjunção carnal; esta última, só por si, não constitui crime autônomo (...) a não ser se praticada em lugar público, quando configuraria o delito de ato obsceno (CP, art. 233)¹⁹.

Continua sustentando, este autor, que isto ocorre também com o crime de atentado violento ao pudor, o qual compreende um só delito, pois ainda que o ato libidinoso seja imoral, não configura, por si só, crime. Ademais, argumenta que mesmo no caso de se considerar tais crimes como sendo complexos, a regra do art. 225 deveria preponderar sobre a regra do art. 101, ambos do CP, pois aquela é de natureza especial e esta é de natureza geral.

Situação diversa, porém, ocorre se houver o emprego apenas de violência moral (grave ameaça). Em que pese já se soubesse que a ação penal no crime de ameaça (art. 147, parágrafo único) era pública condicionada à representação do ofendido, firmou-se o entendimento no sentido de que nos crimes sexuais cometidos com violência moral a ação penal seria privada*.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 332.

¹⁹ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 192.

* Para Eugênio Paccelli de OLIVEIRA, “embora nos pareça absolutamente inaceitável semelhante ponto de vista, já que o art. 101 da Parte Geral do Código Penal institui regra de aplicação comum à *generalidade* dos crimes, o fato é que a preocupação com a proteção da discricionariedade reservada à vítima (razão de ser da norma do art. 225, CP) permitiu a sobrevivência das ações privadas para tais delitos, permanecendo, porém, e, contraditoriamente, a regra de exceção para o estupro e o atentado violento ao pudor, quando praticados com violência real” (OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 136).

Com o advento da Lei 9.099/95, alterou-se a espécie de ação penal para os crimes de lesão corporal leve e/ou lesão culposa, passando a exigir representação do ofendido*. Desta forma, passou a ser de ação penal pública condicionada. Segundo BITENCOURT, “o STF terá de rever, no mínimo, o fundamento da Súmula 608 (...)”²⁰, pois não sendo o estupro com violência real (lesão leve) crime complexo, não há que se falar na aplicação do art. 101 do CP²¹*. Em sentido contrário, Eugênio Paccelli de OLIVEIRA sustenta que é correto o entendimento do STF de que “sequer o fato de a Lei 9.099/95, no seu art. 88, exigir a representação para a ação penal relativamente aos crimes de lesão corporal leve e/ou culposa, afastaria a aplicação da Súmula n. 608, tendo em vista que tais crimes sempre causam lesões relevantes (ainda que psíquicas) na vítima (HC n. 82.206/SP, Rel. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 22.11.2003)”²².

2.3 HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Foi na Idade Média, com os práticos, que se estabeleceu, primeiramente, a possibilidade de “presunção de violência” contra menores de certa idade e contra alienados mentais.

Carpzóvio, baseado em duas passagens do Digesto* e utilizando-se do entendimento de que o consentimento dos menores e alienados mentais era nulo, bem

* “Art. 88: Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas” (BRASIL. Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 05 jun 2006.

²⁰ BITENCOURT, p. 331.

²¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 280.

* Ha decisões, no entanto, que entendem ser esta súmula ainda aplicável, por não ter sido revogada após a publicação daquela lei: “Se da violência empregada no estupro resultaram lesões leves, a ação penal é pública incondicionada, consoante a súmula 608 do STF, não revogada após a publicação da Lei 9.099/95” (TJSP, RT 774/575).

²² OLIVEIRA, p. 136.

* Carpzovio, na obra *Practica nova rerum criminalium*, baseou-se em dois textos de origem romana: Digesto 50, 17, 40, de Pomponio, o qual previa que os dementes e os interditos não tinham

como que a vontade do pupilo era juridicamente irrelevante, formulou o princípio *qui velle non potuit, vergo noluit*, ou seja, quem não pode consentir, dissente. Com este argumento, equiparava o estupro e o atentado violento ao pudor consentidos por menores e alienados mentais ao estupro propriamente dito²³.

Esta teoria, porém, recebeu diversas críticas, como a de Hommel, que sustentava que o incapaz de querer é também incapaz de não querer, não existindo motivos para se presumir o dissenso²⁴. Carrara também foi contra a equiparação da presunção de violência, argumentando “haver uma grande diferença entre o malefício praticado quando o agente vence uma resistência renitente e quando ilude pessoa inexperta ou débil mental”²⁵. Ainda, Manzini sustentou que existiria na lei um dever absoluto de abstenção de relações sexuais com determinados indivíduos, por considerá-los carnalmente invioláveis, mesmo quando conscientes²⁶.

É nas Ordenações Filipinas (1603) que há os primeiros indícios da chamada presunção de violência. Em que pese o silêncio quanto a ela especificamente, as Ordenações previam casos em que a caracterização do tipo não dependia da ocorrência de violência real.

É neste sentido o contido no Título XXIII, (3), do Quinto Livro das Ordenações Filipinas, que estabeleceu que mesmo a mulher – virgem, viúva ou menor de 25 anos – manifestando a sua aquiescência, as penas persistiam ao homem que com elas mantivesse relações sexuais*.

Pode-se observar que, neste caso, não se trata da presunção de violência considerada atualmente; porém, demonstrava uma preocupação inicial em resguardar a

vontade (*nulla voluntas est*) e Digesto 50, 17, 189, de Celsus, o qual previa que os pupilos não têm vontade juridicamente relevante, ou seja, nem querem, nem deixam de querer (*nec velle, nec nolle*).

²³ PIERANGELI, *Manual...*, p. 831.

²⁴ *Ibid.*, p. 832.

²⁵ ELUF, p. 97.

²⁶ FERREIRA NETO, Francisco Borges. *A presunção de violência pela menoridade no crime de estupro*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista_especial/11.htm> Acesso em: 01 jun. 2006.

* Título XXIII, (3). Quinto Livro das Ordenações Filipinas, p. 1174: “E tudo isto, que dito he em este titulo, haverá lugar em qualquer homem que dormir com mulher viúva, que honestamente viver, que não passar de vinte cinco annos, stando em poder de seu pai, ou avô da parte do pai” – Redação Original (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais ...*, p. 112).

integridade das mulheres que, mesmo por vontade própria, tivessem mantido relações sexuais com um homem.

Com o sistema trazido pelo Alvará de 06/10/1784, aboliu-se a possibilidade de querela por estupro voluntário às mulheres maiores de 17 anos, com a exceção de elas terem sido real e verdadeiramente forçadas*. Este sistema privilegiou as mulheres menores de 17 anos, já que elas teriam a possibilidade de querela mesmo no caso de terem mantido relações sexuais por vontade própria.

No Código Criminal do Império do Brasil de 1830, os crimes sexuais estavam situados no Título II (Dos crimes contra a segurança individual). Nos arts. 219 e 224, a mulher menor de 17 anos era protegida, sendo que a conjunção carnal não violenta com mulher acima desta idade não era punível. Estes artigos assim dispunham a respeito do estupro:

“Art. 219: Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos:

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Segundo-se o casamento, não terão lugar as penas.

(...)

Art. 224: Seduzir mulher honesta, menor de dezasete annos, e ter com ella copula carnal:

Penas: de desterro para fóra da comarca em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.”²⁷

Neste último caso, bastava que a mulher fosse menor de 17 anos para a caracterização do crime, independentemente da ocorrência de violência. Na época da vigência deste Código, a opção do legislador “provocou reações violentas, salientando os doutrinadores, a indiferença do legislador em proteger a maior de dezessete anos”²⁸.

O Código Penal Brasileiro de 1890 explicitamente previu a presunção de violência no seu art. 272, segundo o qual “presume-se committido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa

* Alvará de 6.10.1784, §9: “Hei por bem abolir e extinguir a querela de estupro, que pela Ord. do liv. 5º tít 23º compete às mulheres virgens, que se deixam corromper por sua vontade. E mando, que nenhuma dellas, excedendo a idade de dezessete annos completos, possa por este motivo ser ouvida em juízo, excepto o caso em que seja real e verdadeiramente forçada” (MESTIERI, p. 9).

²⁷ Código Criminal do Império do Brasil, arts. 219 e 224 (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais...*, p. 261).

²⁸ MESTIERI, p. 11.

offendida fôr menor de dezesseis annos”²⁹. De pronto percebe-se que o legislador, utilizando-se do critério etário, optou por diminuí-lo – de 17 para 16 anos – para a caracterização da violência presumida.

Diante do acima exposto, pode-se observar que até então o legislador utilizava-se apenas do critério etário como caracterizador da violência presumida nos crimes sexuais. Foi no Código Penal de 1940 que se instituíram as demais hipóteses de violência presumida, previstas nas alíneas *b* e *c* do art. 224.

O Código Penal vigente, em que pesem os argumentos contrários, utilizou-se das lições de Carpzovio, prevendo no art. 224 que “presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”³⁰. Este dispositivo está inserido no Capítulo IV – Disposições Gerais, do Título VI – Dos crimes contra os costumes.

Verifica-se, portanto, que o legislador manteve o critério etário – apenas alterando a idade para 14 anos – e adicionou a este artigo outros dois critérios caracterizadores da presunção de violência. Conforme o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, o legislador optou por manter esta ficção legal baseada na *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, “a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”^{*}. Justificou-se a idade escolhida – 14 anos – tendo em vista a

²⁹ Código Penal do Brasil de 1890 (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais...*, p. 374).

³⁰ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 224. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais...*, p. 477).

* Item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal: “...Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. 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 fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre

realidade da época, pois uma pessoa com esta idade já teria noções teóricas da vida sexual, bem como das possíveis conseqüências dela advindas.

Já com relação às demais hipóteses de presunção de violência, previstas nas alíneas *b* e *c* do art. 224, justificou-se o legislador com o argumento de que seria desproporcional considerar o critério etário e deixar de considerar o estado de inconsciência da vítima, bem como a sua incapacidade de resistência para a caracterização desta ficção legal.

Assim, as alíneas *a* e *b* do art. 224 referem-se à falta de consentimento válido (ainda que existente certa aquiescência), e a alínea *c* refere-se à hipótese de incapacidade de resistência.

se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Por outro lado, se a capacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos)” (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais...*, p. 434).

3 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

3.1 HIPÓTESES DE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

O Código Penal de 1940 prevê, nas alíneas do art. 224*, três hipóteses em que não é necessária a ocorrência de violência real, o que faz com que ela seja presumida (também denominada violência ficta ou indutiva).

A primeira hipótese é aquela na qual a vítima não é maior de 14 (quatorze) anos. Por tratar-se da mais controvertida, será feita, por último, a abordagem referente à alínea *a* deste artigo.

A alínea *b* do art. 224 do Código Penal trata dos casos em que o crime é cometido contra vítima que é alienada ou possui debilidade mental, circunstâncias estas que devem ser de conhecimento do agente. Neste caso, também se presume a ocorrência de violência pela *innocentia consilii* das vítimas, pois tais pessoas não teriam, inteiramente, capacidade de entendimento e de discernimento para o ato sexual que com elas se pratica.

A alienação mental pode ser de qualquer tipo, desde que retire a capacidade de discernimento da vítima. O termo alienação mental compreende várias espécies de doenças mentais, que exigem a presença de quatro elementos: perturbação mental, falta de autoconsciência, inadaptabilidade e ausência de utilidade³¹.

O primeiro elemento é a perturbação de todas as funções mentais, o que prejudica a personalidade do alienado, pois envolve funções fundamentais como percepção, associação, juízo, memória, dentre outras. O segundo elemento refere-se à permanente ou temporária falta de consciência do alienado sobre a circunstância de ser ele portador de patologia mental. Já o terceiro elemento diz respeito à não-adaptação do alienado com as pessoas e com o meio ambiente em que vive. Há, porém, casos em

* Presume-se a violência, se a vítima:

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

³¹ PIERANGELI, *Manual...*, p. 834.

que os alienados mentais são adaptados patologicamente, ou seja, são extremamente dóceis, o que faz com que ocorra uma adaptação deles por passividade. Por fim, o quarto elemento diz respeito à falta de utilidade do indivíduo alienado mental, pois ele não procura alterar a realidade para melhorá-la³².

Já a debilidade mental é a patologia que faz com que o indivíduo tenha um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. PIERANGELI, citando Hélio GOMES, relata que ela está situada em uma região limítrofe entre a imbecilidade e a sanidade mental³³. A inteligência do débil mental é equiparada à de uma criança pequena, que é incapaz de consentir validamente com a prática do ato sexual.

Para a configuração da violência presumida, exige-se, tanto para o alienado quanto para o débil mental, que sua condição psíquica lhe tolha totalmente a capacidade de compreender a natureza do ato sexual (a que é submetido ou levado a praticar) ou de determinar-se de acordo com esse entendimento³⁴. Esta condição deve ser comprovada através da realização de perícia médica, não bastando a sua simples alegação.

A presunção de violência contida na alínea *b* do art. 224 do Código Penal tem natureza jurídica relativa (*iuris tantum*), já que se exige o conhecimento, pelo agente, desta condição psíquica anormal da vítima. Assim, para a caracterização da presunção faz-se necessário que o agente tenha conhecimento desta circunstância referente à vítima, não sendo suficiente, portanto, a ocorrência de dolo eventual. Ainda, é necessário que a alienabilidade e a debilidade sejam perceptíveis por pessoas leigas em psiquiatria, ou seja, a patologia deve ser aparente, sob pena de sucumbir a presunção.

Deve-se atentar para que não ocorra uma restrição ao direito de acesso à atividade sexual dessas pessoas, já que, de acordo com a lei, elas estariam sempre proibidas de praticar qualquer ato sexual. Porém, é certo que, mesmo incapacitados

³² PIERANGELI, *Manual...*, p. 835

³³ PIERANGELI, loc. cit.

³⁴ Conforme relata José Carlos Scalabrini Carneiro, “a jurisprudência entende que a condição psíquica da vítima é idêntica à dos irresponsáveis a que se refere o art. 26 do Código Penal, isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser de modo a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de auto-governo (RT 450/368).” (CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. Estupro e atentado violento ao pudor – violência real e presumida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, jul. 1997, p. 526).

para algumas atividades, não lhes pode ser negado o direito a relacionamentos amorosos³⁵.

A alínea *c* do art. 224 do Código Penal prevê a presunção de violência pela impossibilidade de resistência, ou seja, para os casos em que a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. É a hipótese mais ampla, sendo que estas outras causas podem ser transitórias ou permanentes e devem impossibilitar, completamente, a defesa da vítima. São exemplos destas causas: enfermidades, paralisia dos membros, síncope, desmaios, estados de embriaguez, idade avançada, excepcional esgotamento, delírios, hipnose, estado de inconsciência decorrente da ingestão de medicamentos, dentre outras. Há autores que incluem o temor reverencial como causa pela qual a vítima não pode oferecer resistência³⁶. Não possui relevância se esta causa originou-se ou não de obra do próprio agente do crime, ocorrendo somente uma maior censurabilidade na primeira hipótese.

Discute-se, na doutrina, acerca da possibilidade de o sono natural ser uma destas causas de estado de inconsciência ou de incapacidade de resistência. A doutrina majoritária sustenta ser impraticável a conjunção carnal com mulher adormecida, desde que seja virgem. Há, porém, quem admita a possibilidade de conjunção carnal, durante o sono profundo, com mulheres já acostumadas com o coito, sem que o perceba³⁷. Para Luiza Nagib ELUF, o sono pode ser considerado uma das causas que impossibilitem a resistência da vítima, pois “mesmo tendo saído do estado de torpor gerado pelo sono profundo, suas possibilidades de resistência continuarão, por algum tempo, seriamente comprometidas”³⁸.

Julio Fabbrini MIRABETE considera inadmissível que a mulher, durante o sono natural, seja vítima de estupro com a caracterização da presunção de violência,

³⁵ ELUF, p. 105.

³⁶ SZNICK, Valdir. *Crimes Sexuais Violentos: violência e ameaça, pudor e obsceno, desvios sexuais, rapto e estupro, atentado ao pudor*. São Paulo: Ícone, 1992, p. 40.

³⁷ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 3216.

³⁸ ELUF, p. 105.

mas aceita ser possível nestas condições a ocorrência de atentado violento ao pudor com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal³⁹.

Outra questão relevante refere-se à embriaguez, que deve ser completa, ou seja, deve tolher a capacidade de entendimento da vítima, a ponto de ela não ter noção do que se passa consigo. Alberto Silva FRANCO, citando A. ALMEIDA JÚNIOR, expõe que a intoxicação alcoólica pode ser considerada embriaguez quando prejudica sensivelmente a conduta do indivíduo. A embriaguez, por sua vez, seria constituída de fases: de excitação, de confusão e do sono. Nesta última fase, o ébrio pode ter os seguintes sintomas: não conseguir se manter de pé e, às vezes, nem sentado; pupilas contraídas; pele pálida; respiração e pulsos lentos; queda de pressão sanguínea; desaparecimento quase completo de consciência, reagindo apenas a estímulos violentos⁴⁰.

Assim como na alínea anterior, a hipótese prevista na alínea *c* também tem natureza jurídica de presunção relativa (*iuris tantum*), pois exige a comprovação da circunstância que causou a impossibilidade completa de defesa da vítima, podendo ceder diante do caso concreto. Se a vítima, durante o ato sexual, encontrava-se acometida por uma destas causas citadas, mas resta comprovado que a ele não se opunha, descaracterizada está a presunção de violência. Percebe-se, portanto, que não se trata de impossibilidade de consentir ou de consentir validamente, mas de incapacidade de resistir ao ato sexual ao qual a vítima está sendo submetida.

Por fim, resta a hipótese prevista na alínea *a* do art. 224 do Código Penal. É a previsão da presunção de violência sempre que o crime sexual for perpetrado contra vítimas não maiores de 14 anos à época do fato. O legislador utilizou-se da expressão “não maior de 14 anos”, com a finalidade de se evitar ambigüidades decorrentes da expressão “menor de 14 anos”. Assim, a proteção legal estende-se até o dia em que a vítima completa 14 anos.

Assim como ocorre na alínea *b* do art. 224 do Código Penal, o que falta para a vítima não maior de 14 anos é a capacidade para consentir, ou seja, a capacidade para

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1866.

⁴⁰ FRANCO, *Código Penal e sua Interpretação...*, p. 3217.

compreender o sentido ético do ato sexual e o seu caráter ilícito, bem como a capacidade de entendimento das conseqüências dele advindas. Segundo consta no item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, o fundamento da violência ficta para os adolescentes seria a *innocentia consilii* da vítima, ou seja, o seu completo desconhecimento em relação aos fatos sexuais, de forma que não é possível valorar seu consentimento. Seria exatamente essa inocência que possibilitaria ao agente atuar, utilizando-se da ignorância da vítima.

Nesta hipótese, o legislador entendeu não ser permitido ao agente valer-se do consentimento da vítima que possua idade inferior a 14 anos, pois ela é considerada incapaz de consentir, ou seja, de querer aquilo que desconhece.

A prova da idade da vítima se faz através da certidão de nascimento, mas não se tem admitido como prova somente o registro feito posteriormente à data do crime. Se for este o caso, a certidão de registro pode ser infirmada através de outras provas. Na falta da certidão de nascimento, admite-se como válida a certidão de batismo e o exame fisiológico, bem como outros elementos probatórios idôneos.

Caracterizada a presunção de violência decorrente da menoridade da vítima, torna-se inaplicável a agravante prevista no art. 61, II, *h* do Código Penal⁴¹ (crime perpetrado contra criança), tendo em vista ser esta circunstância elemento integrante do crime.

Discute-se, tanto na doutrina como na jurisprudência, acerca da natureza jurídica da presunção de violência prevista na alínea *a* do art. 224 do Código Penal. De um lado, há aqueles que sustentam a natureza absoluta da presunção (*iuris et de iure*), não se admitindo qualquer prova em contrário. De outro lado, há a corrente majoritária que entende ser a presunção da alínea *a* de natureza relativa (*iuris tantum*), admitindo prova em contrário. Segundo esta posição, existiriam formas de se elidir a violência ficta, através de critérios que serão expostos a seguir.

⁴¹ “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...) II - ter o agente cometido o crime:

(...) h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida.” (BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 61. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 02 nov. 2005).

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IDADE DA VÍTIMA

Da simples leitura do dispositivo contido no art. 224, alínea *a*, nada pode ser concluído a respeito do caráter da presunção ali contida. Discussão não haveria caso o legislador estabelecesse, de forma clara, que se tratava de presunção absoluta ou relativa. A maioria dos doutrinadores posiciona-se pela natureza relativa da presunção de violência pela menoridade da vítima. Há, porém, quem ainda sustente a natureza absoluta desta presunção.

Para aqueles que crêem ser de natureza jurídica absoluta (*iuris et de iure*) a presunção de violência pela idade da vítima, o fundamento é uma ficção jurídica de que o indivíduo menor de 14 anos nunca tem capacidade para consentir validamente, mesmo que tenha desenvolvimento físico e psíquico superior ao referente à sua idade. Segundo os que defendem esta tese*, a idade da vítima faz parte do tipo, de nada valendo a aquiescência desta ao ato sexual.

Assim, apenas tem relevância a idade da vítima, nunca se levando em consideração o seu eventual consentimento com a prática do ato sexual. Até mesmo no caso em que, além da concordância da vítima, há a anuência dos seus genitores, bem como na hipótese de partir da vítima a iniciativa para o ato sexual, incidiria a presunção de violência. Em suma, haveria a impossibilidade de consentimento válido para a vítima menor de 14 anos. É neste sentido a jurisprudência, respectivamente, dos Tribunais de Santa Catarina e de São Paulo:

ESTUPRO – Violência presumida – Vítima menor de 14 anos de idade – Consentimento dela e dos genitores à realização da cópula com o acusado – Irrelevância – Condenação mantida – Inteligência dos arts. 213 e 224, “a”, do Código Penal. As relações sexuais praticadas com mulher de idade inferior a 14 anos sintonizam com as circunstâncias do estupro ficto, mesmo que ela consinta, porque esse consentimento é absolutamente nulo, máxime tratando-se de menor recatada e honesta. Se resultar cumpridamente provado que os genitores tenham “ofertado” a vítima, sua filha, para o ato sexual, tal comportamento

* Dentre eles Bento de Faria, Viveiros de Castro, Guilherme de Souza Nucci (para ele, a regra seria a presunção absoluta, principalmente para menores de 12 anos, mas haveria exceções, aplicadas aos adolescentes, ou seja, para aqueles indivíduos entre 12 e 18 anos).

importaria em considerá-los co-autores, mas não isentaria aquele que manteve o coito da responsabilidade penal.⁴²

ESTUPRO – Violência presumida – Vítima menor de 14 anos de idade, virgem e honesta – Réu, seu parente, que sustenta ter partido dela a iniciativa do ato sexual – Irrelevância – Condenação mantida – Voto vencido – Inteligência dos arts. 213 e 224, “a”, do Código Penal. Tratando-se de estupro cometido com presunção de violência, em face da idade da vítima, circunstância conhecida do acusado, seu parente, irrelevante é o fato de ter dela partido a iniciativa do ato sexual, pois nenhuma é a sua capacidade de consentir.⁴³

Segundo Guilherme de Souza NUCCI, “a pessoa menor de 14 anos, diante da flagrante imaturidade, não tem condições de discernir a respeito do caminho ideal a seguir, quando decide manter uma relação sexual. Ainda que consinta no ato, portanto, presume a lei que o fez sem aquiescência *válida*. Ora, se não *podia consentir*, logo, o ato foi violento (contra a vontade *válida* da vítima)”⁴⁴. Ainda, sustenta este autor que a presunção de violência deve ser, em regra, considerada absoluta para se evitar o esvaziamento da norma penal, retirando-lhe o aspecto protetor ao exigir que a própria vítima comprove a sua honestidade. Por fim, argumenta que a norma penal também teria como objetivo evitar a prostituição infantil e o abuso contra crianças e adolescentes, conforme assevera o art. 227, §4º da Constituição Federal*.

Fundamentam, ainda, a natureza absoluta da presunção de violência da alínea *a* do art. 224 do Código Penal com base na própria redação deste artigo, argumentando que nas demais alíneas (*b* e *c*) o legislador teria indicado, de forma clara, que se trata de presunção de natureza relativa, o que não ocorreria nesta hipótese em análise⁴⁵.

⁴² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 13.798. Apelante: João da Silva. Apelada: Justiça Pública. Relator: Ivo Sell. 15 jul. 1976. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, n.º 494, dez. 1976, p. 386.

⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 130.544. Apelante: Ernesto Santana. Apelada: Justiça Pública. Relator: Carvalho Filho. 01 nov. 1976. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, n.º 494, dez. 1976, p. 305.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 692-693.

* Art. 227, §4º da Constituição Federal: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 227).

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 452.

Na jurisprudência, há quem argumente que não há autorização para que o juiz reveja ou questione a idade fixada pelo legislador*. Há, ainda, quem considere que o objeto jurídico tutelado nos crimes sexuais não seria apenas a liberdade sexual, mas também a moral sexual pública*. Desta forma, de nada adiantaria o eventual consentimento da vítima para elidir a presunção, pois ainda assim restaria a proteção à moral sexual pública. Na mesma esteira, a experiência sexual anterior, bem como a circunstância de ser a vítima prostituída não teriam o condão de fazer com que se relativizasse a presunção de violência contida na alínea *a* do art. 224 do Código Penal. É neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. 2. Estupro. Presunção de violência. Vítima menor de 14 anos de idade. 3. Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual. 4. A violência ficta, prevista no art. 224, letra "a", do Código Penal, é absoluta e não relativa, conforme iterativa jurisprudência do STF. 5. Por outro lado, não há nulidade no fato de não terem sido intimados os advogados cujo mandato fora revogado. 6. Habeas corpus indeferido.⁴⁶

Em que pesem todos estes argumentos acima expostos, muitas críticas podem ser feitas à tese que sustenta ser absoluta a presunção de violência. Preliminarmente, argumenta-se que, ao aceitar sem questionamentos a presunção de violência pela menoridade da vítima contida na alínea *a* do art. 224 do Código Penal, estar-se-ia ignorando completamente a realidade em que se vive atualmente. Isto porque não há mais como se sustentar que o adolescente de hoje – considerado o indivíduo entre 12 e 18 anos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente – é absolutamente ignorante quando o assunto é o sexo, principalmente devido à facilidade de acesso à informação proporcionada pela Internet bem como pelos demais meios de comunicação em massa. Alguns, pobres, não conhecem Internet, nem televisão, mas vivem desde cedo em ambientes promíscuos, onde o sexo é rotina, o quarto é de todos, ou mesmo a cama.

* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Extraordinário n.º 116.649-5. Recorrente: Justiça Pública. Recorrido: Ambrosio Dovhi. Relator: Octavio Gallotti. 09 set. 1988. *DJU* de 14 out. 1988.

* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Extraordinário n.º 108.267-4. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Celso Teixeira. Relator: Sydney Sanches. 21 mar. 1989. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, n.º 646, ago. 1989, p. 364.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n.º 72.575. Paciente: José Manoel de Souza. Impetrante: Antonio Marcos de Carvalho. Relator: Néri da Silveira. 04 ago. 1995.

Assim, a ficção jurídica criada com base na *innocentia consilii* da vítima menor de 14 anos já não condiz com a realidade, pois as bases desta suposição encontram-se abaladas. Não há mais como se falar em completa insciência, bem como em desconhecimento dos fatos sexuais e de incapacidade de consentimento para os adolescentes. Para Magalhães NORONHA, não há como se falar em incapacidade de compreensão dos atos sexuais por quem habitualmente o pratica, pois não “parece científico, justo e humano tê-la [a presunção] como absoluta, no sentido de não admitir qualquer exceção”⁴⁷.

O critério etário – que varia de acordo com os costumes e com o tempo – fixado em 14 anos pelo legislador do Código Penal de 1940, para diferenciar quem tem ou não capacidade para consentir validamente com os atos sexuais, já não corresponde à realidade da sociedade atual.

Trata-se de tarefa árdua estabelecer em que momento da vida o indivíduo já encontra maturidade suficiente para consentir com a prática de atos sexuais. A maioria dos códigos penais estabelece este momento através da vinculação a uma determinada idade. Porém, trata-se de uma “impropriedade, porque significa que a pessoa adquire a capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas está proibida de fazê-lo até a véspera de completar tal idade”⁴⁸. Há, ainda, o critério da maturidade sexual, utilizado no Código Penal soviético e que deixa a critério do juiz a análise de cada caso concreto. Em que pese haja uma maior individualização do crime, respeitando-se as características pessoais de cada vítima, Luiza Nagib ELUF crê que a utilização deste critério constitui um risco, pois “o desenvolvimento sexual nem sempre é acompanhado da maturidade psicológica que, no presente caso, é o que importa”⁴⁹.

Como exposto anteriormente, o Código Penal brasileiro adotou a teoria segundo a qual a capacidade de autodeterminação sexual está vinculada à idade de 14

⁴⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 21. ed. atual., v. 3, 1994, p. 224.

⁴⁸ BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 678, abr. 1992, p. 411.

⁴⁹ ELUF, p. 103.

anos. Assim, ultrapassado este limite fixado pelo legislador, o indivíduo possui plena capacidade para, livremente, exercer sua sexualidade. Porém, alguém deste limite, mesmo que tenha conhecimentos sobre o sexo e sobre a sua própria sexualidade, o indivíduo não pode dispor do próprio corpo, presumindo-se violento o ato sexual com ele praticado. Isto significa uma mudança abrupta, entre a privação e a liberdade sexual. Na realidade, porém, o que ocorre é um fenômeno dinâmico, que não segue padrões determinados, variando de pessoa para pessoa conforme diversos fatores (étnicos, socioculturais, mesológicos, dentre outros). Desta forma, a maturidade sexual pode ocorrer muito tempo antes ou depois da idade prefixada pelo legislador, não sendo sempre adequado o limite legal adotado.

Assim, a presunção de violência, se considerada de forma absoluta, afronta o princípio da *nulla poena sine culpa**, por dois motivos. Primeiramente, porque aplicar-se-ia a mesma pena àquele que se utiliza de violência efetiva contra a vítima menor de 14 anos e àquele que pratica relação sexual com esta mesma vítima, porém com seu consentimento (mesmo que não seja juridicamente aceito). Em segundo lugar, porque não se preocupa com a eventual ocorrência de erro quanto à idade da vítima, que, “aparentando ser mais velha e portando-se como mulher feita, pode ter mentido a respeito”⁵⁰.

Considerar a presunção de violência como sendo absoluta retira do julgador, outrossim, qualquer possibilidade de valoração sobre uma possível capacidade concreta de consentimento do ofendido. Assim, estar-se-ia consagrando a responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo Código Penal brasileiro e que será analisada no item 4.2.

Em sentido contrário, há aqueles que sustentam ser de natureza relativa a presunção de violência pela menoridade da vítima*. O objetivo desta tese é abrandar ou amenizar a inflexibilidade desta presunção, fazendo com que, em alguns casos excepcionais, mesmo que a vítima conte com menos de 14 anos, haja a possibilidade

* Sobre o princípio da *nulla poena sine culpa*, ver a sub-seção 4.2.

⁵⁰ DELMANTO, p. 430.

* Dentre estes estão: Nelson Hungria, Magalhães Noronha, Damásio E. de Jesus.

de prova em sentido contrário, com o intuito de absolver o agente^{*}. Assim, tendo em vista que tal presunção baseia-se na completa ausência de maturidade para consentir validamente com o ato sexual, a tese relativista faz com que seja possível a comprovação desta maturidade, com vistas à absolvição.

Um dos fundamentos desta tese seria que as outras alíneas (*b* e *c*) do art. 224 do Código Penal tratam de presunção de natureza relativa, não havendo motivos para se excluir desta classificação a alínea *a*. Sustenta-se que não seria de boa técnica legislativa adotar, na primeira alínea, hipótese de presunção absoluta sem, no mínimo, dizer expressamente⁵¹. Argumentam, ainda, que caso se admitisse a tese contrária, a vítima menor de 14 anos seria mais protegida até mesmo que o alienado mental que não tem possibilidade de consciência quanto aos atos sexuais^{*}.

Ainda neste sentido, há autores que afirmam não haver expressamente na lei menção quanto à natureza desta *fictio iuris*. Nelson HUNGRIA, um dos membros da comissão revisora, assinalou que o Código optou pela tese da presunção relativa, pois foi abolida do projeto original (art. 293, posteriormente art. 275, do Projeto Alcântara Machado) a expressão “não se admitindo prova em contrário”, o que caracterizaria a presunção *iuris et de iure*⁵². Deve ser observado, também, que este projeto previa uma exceção para a presunção absoluta, qual seja, quando a ofendida menor fosse mulher pública. Assim, a supressão desta expressão daquele projeto teria sido propositada – pois o legislador sabia das controvérsias sobre a interpretação do art. 272 do Código Penal de 1890 – e objetivou expurgar a rigidez da presunção de violência⁵³. Caso

* O Supremo Tribunal Federal considerou, pela primeira vez, como sendo relativa a presunção de violência em decorrência da idade da vítima no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 73.662-9/MG – 2.ª Turma – Rel. Min. Marco Aurelio – 16 abr. 1996.

⁵¹ NORONHA, p. 221-222.

* É o entendimento de Magalhães Noronha, segundo o qual “não tem valor científico o argumento, pois só a muito custo poderíamos aceitar que a lei, punindo o réu por ato libidinoso com um alienado ou um débil mental, somente no caso em que ele conhecesse esse estado da vítima, fosse, entretanto, puni-lo quando praticasse o ato com um menor de 14 anos, embora demonstrasse cabalmente estar convicto, ter plena certeza de que ele tinha idade superior à apurada” (NORONHA, loc. cit., p. 222).

⁵² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 8, 1947, p. 226.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2001, p. 50 (Série As ciências criminais no século 21).

contrário, teria dito expressamente tratar-se de presunção absoluta, para evitar quaisquer dúvidas com relação à sua interpretação.

Assim, de acordo com os que defendem esta tese, haveria formas de se elidir a presunção de violência, trazendo a doutrina e a jurisprudência diversos critérios para afastá-la.

A primeira forma de elisão da presunção de violência contida na alínea *a* do art. 224 do Código Penal seria a ocorrência de erro de tipo, ou seja, de “erro que recai sobre os elementos exigidos no tipo objetivo (...) que, invariavelmente, exclui a tipicidade dolosa da conduta”,⁵⁴. Assim, conforme o art. 20 do Código Penal*, o erro suficientemente justificado sobre a idade da vítima, em decorrência da aparência física ou até mesmo conjuntamente com o comportamento desta – *error aetatis* – exclui o dolo e, conseqüentemente, a presunção de violência. Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

PENAL – Apelação criminal – Estupro – Violência presumida – Relatividade da presunção – Erro de tipo invencível – Ocorrência – Absolvição – Provimento. A presunção de violência do art. 224, do CP brasileiro, é relativa. Tendo a vítima apenas treze anos de idade, mas sendo ela de compleição física avantajada, levando o réu a acreditar que seria maior de catorze anos, e verificando que qualquer pessoa normal poderia incidir nesse engano, descaracteriza-se a violência presumida, em virtude de erro essencial invencível. Verificando-se que a vítima manteve relações sexuais com o réu espontaneamente e não havendo a violência presumida em virtude do erro de tipo escusável, não há o delito de estupro ante a ausência da elementar do uso da violência. Apelo provido.⁵⁵

Desta forma, se o agente crê sinceramente que a vítima é maior de 14 anos, não ocorre a caracterização desta presunção, não havendo, portanto, motivo razoável para puni-lo. Se ele, porém, age com dúvida, incerteza ou ignorância em relação à idade da vítima, responde a título de dolo eventual, restando caracterizada a presunção de violência, pois “se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada

⁵⁴ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 67.

* “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei” (BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 20).

⁵⁵ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 002989000282. Apelante: Angelo Rangel da Silva Rocha. Apelada: Flavia Vaz da Silva. Relator: Geraldo Correia Lima. 19 maio 1999.

mais enganoso que a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela dúvida (que é o princípio da sabedoria). Ora, quem age da dúvida, age por sua conta e risco, e, como dizem os italianos, *chi arrisca, vuole*⁵⁶. A jurisprudência aponta neste sentido:

ESTUPRO – Violência presumida – Vítima menor de 14 anos – Réu que, entretanto, afirma ignorar essa circunstância, por tê-la conhecido no dia anterior ao do evento e aparentar ela maior idade – Defesa repelida – Voto vencido – Inteligência dos arts. 213 e 224, “a”, do CP. Ignorância, dúvida ou incerteza do réu quanto à idade da vítima de crime contra os costumes não o favorece, por subsistir o dolo eventual, apto, por si, a testificar a violência ficta.⁵⁷

Outra forma de elidir a presunção de violência seria no caso em que a vítima fosse “prostituta de porta aberta”. Inicialmente, entendia-se que a presunção de violência somente desapareceria no caso em que a vítima se tratasse de “prostituta de porta aberta”, termo este que está, atualmente, em desuso. Nelson HUNGRIA foi o primeiro a enunciar tal hipótese, porém, vinculou-a a um eventual erro quanto à idade da vítima. Assim pronunciou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo:

ESTUPRO – Violência presumida – Vítima, menor de 14 anos de idade, virgem e honesta – Réu que tinha autorização para namorá-la, usufruindo-a sexualmente – Condenação mantida – Inteligência dos arts. 213 e 224 do Código Penal. Somente em casos de “prostitutas de porta aberta” poderá cair a presunção legal do art. 224 do Código Penal, não porque a jovem marafona ganha capacidade de consentir, mas porque o agente poderá ser levado a eventual erro de fato. Fora disso, quem, com mulher menor de 14 anos, mantém relações sexuais, estupra-a e, de conseqüência, sofre os rigores da lei.⁵⁸

Com a flexibilização dos costumes, passou-se a entender que não estaria caracterizado o crime quando a vítima, menor de 14 anos, tivesse comportamento reprovável, sendo desnecessário que fosse “prostituta de porta aberta”. Segundo os mais variados critérios subjetivos relacionados à vítima, este comportamento poderia se caracterizar como, por exemplo, quando ela se mostrasse experiente em matéria

⁵⁶ HUNGRIA, p. 228.

⁵⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 136.574. Apelante: Noéinton Pereira Ramos. Apelada: Justiça Pública. Relator: Azevedo Franceschini. 31 jul. 1978. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, n.º 536, jun. 1980, p. 307.

⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 131.038. Apelante: José Benedito Brisola. Apelado: José Felício. Relator: Camargo Sampaio. 16 maio 1977. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 66, n.º 506, dez. 1977, p. 335.

sexual^{*}; quando já tivesse mantido relações sexuais com outros indivíduos e quando fosse corrompida^{*}; quando se mostrasse despudorada e sem moral^{*}; ou quando apresentasse péssimo comportamento^{*}, dentre outras situações.

Percebe-se, portanto, que há quem exija a presença de outros requisitos para haver a caracterização da presunção de violência. Agindo desta maneira, muitas vezes acaba-se por sustentar a inversão do ônus da prova, exigindo-se da vítima a comprovação de sua honestidade, ingenuidade, recato, etc. Neste caso, o autor é quem deveria provar sua inocência, através da comprovação de que a vítima não possui estes requisitos. Assim, as teorias que fundamentam a relatividade da presunção de violência – diante da circunstância de ser a vítima menor de 14 anos “prostituta de

^{*} Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “ESTUPRO. Para a caracterização de estupro com violência presumida não basta ser a vítima menor de 14 anos de idade; é necessário, também, se mostre ela inocente, ingênua e totalmente desinformada a respeito do sexo. Recurso improvido” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 690027016. Relator: Luiz Armando Bertanha de Souza Leal. 09 ago. 1990).

^{*} “ESTUPRO – Presunção de violência – Vítima do mau comportamento, menor de 14 anos – Relações sexuais mantidas anteriormente com outros homens – Circunstância que elide aquela presunção, de caráter relativo – Absolvição – Inteligência dos arts. 213 e 224, ‘a’ do CP. É de caráter relativo a norma prevista no art. 224, ‘a’, do CP. Assim sendo, não se pode falar em presunção de violência quando a menor já é corrompida.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 7.982-3. Apelante: S.S.D. Apelada: Justiça Pública. Relator: Gonçalves Sobrinho. 29 jun. 1981. GOMES, *Presunção de violência...*, p. 63).

^{*} “ESTUPRO – Delito não caracterizado – Vítima despudorada e sem moral – Jovem que, num mesmo dia, se entrega a três rapazes – Absolvição mantida – Voto vencido – Inteligência do art. 213 do Código Penal. Nos crimes sexuais, secretos pela própria natureza, a palavra da ofendida para gozar da presunção de veracidade necessita ser verossímil, coerente e escudada no seu bom comportamento anterior.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 111.791. Apelante: Justiça Pública. Apelado: Lucas Alves de Mattos. Relator: Silva Leme. 08 nov. 1971. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, n.º 436, fev. 1972, p. 325).

“CRIME CONTRA OS COSTUMES – Violência presumida – Menor de 14 anos – Presunção que não tem caráter absoluto – Vítima com antecedentes na prática sexual – Dúvida quanto à autoria do delito – Absolvição mantida. A violência presumida não tem caráter absoluto, podendo ser afastada mediante a prova de ter a vítima mau comportamento, apesar da tenra idade. Havendo dúvida quanto à autoria, absolve-se o acusado.” (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Turma Criminal. Apelação Criminal n.º 31.880-1. Apelante: Ministério Público. Apelado: José Aparecido Ferreira. Relator: Rui Garcia Dias. 10 nov. 1992. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, n.º 695, set. 1993, p. 355).

^{*} “ESTUPRO – Violência presumida – Vítima menor de 14 anos de idade – Jovem, porém, de péssimo comportamento, que vive às soltas, em más companhias e já envolvida em casos de furto – Absolvição mantida – Inteligência dos arts. 213 e 224 ‘a’, do CP. O estupro com violência presumida não se caracteriza com a simples conjunção carnal, sendo necessário que se positive, também, que a vítima era honesta. Não se cuida de presunção absoluta, mas relativa.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 134.308. Apelante: Justiça Pública. Apelado: Paulo Roberto Marques. Relator: Dalmo Nogueira. 26 dez. 1977. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, n.º 534, abr. 1980, p. 344).

porta aberta” ou por ela possuir um comportamento considerado reprovável – fazem com que o juiz adicione um novo requisito à aplicação da presunção proposta inicialmente pelo legislador do Código Penal de 1940. Desta forma, somente mereceriam a proteção penal aquelas vítimas que fossem consideradas honestas, sendo dela excluídas as prostitutas e as de comportamento reprovável. É neste sentido o entendimento de PIERANGELI, segundo o qual “não estão a merecer a proteção da lei penal as jovens que atendem ao primeiro convite para a prática do sexo, aquelas que *mariscam* nas ruas e praças à espera do chamamento de motoristas, sempre ávidas pelo *passoio* e pelo amplexo sexual, bem assim aquelas que, movidas pelo interesse econômico, reiteram a mesma conduta reprovável”⁵⁹. Para ele, tais pessoas não mereceriam a proteção legal, já que não teriam nada mais a perder e o direito penal nada teria a proteger.

A exigência destes outros requisitos para a aplicação da presunção de violência pressupõe a negação da *fictio iuris* baseada na ingenuidade da vítima menor. Assim, refuta-se o fundamento moralista da presunção legal (*innocentia consilii*) através de uma negação também baseada em conceitos moralistas. Desta maneira, tal doutrina “faz *tabula rasa* ao verdadeiro bem jurídico tutelado como continua atrelada à presunção legal de violência, isto é, continua lastreada nas medidas do leito de Procusto”⁶⁰.

Trata-se, claramente, de concepção moralista do tipo penal, que não pode ser admitida, eis que o bem jurídico tutelado (liberdade sexual) independe da vida anterior da vítima, sendo certo que até mesmo as prostitutas merecem proteção da legislação penal. Em que pese, muitas vezes, Direito e Moral coincidam, deve-se observar que não há possibilidade de misturá-los no âmbito do Direito Penal, pois não há razões para se punir alguém por ter cometido uma conduta considerada imoral, mas não ofensiva a bens jurídicos*, bem como para se dilatar a tipificação penal diante de critérios moralistas para favorecer o acusado.

⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos...*, p. 170.

⁶⁰ GOMES, p. 67.

* Sobre o princípio da lesividade, ver a sub-seção 4.2.

Para Magalhães NORONHA seria inaceitável não punir o indivíduo que mantivesse relações sexuais com vítima menor de 14 anos, pelo simples motivo de ela ter se mostrado fácil e namoradeira, pois, ainda que leviana e com liberdade de costumes, merece a proteção da lei⁶¹. Este mesmo autor, entretanto, admite uma exceção à caracterização da presunção de violência, ou seja, quando a vítima for mulher pública ou for menor que apresente corrupção notória. Este seu pensamento demonstra, assim, a confusão relatada anteriormente entre Direito e Moral e que deve ser combatida, pois “os antecedentes sexuais da vítima são irrelevantes para aferir-se a prática da violência”⁶².

A criação deste outro requisito típico seria inconstitucional, pois constitui-se em uma afronta ao princípio da legalidade – ou da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal –, tendo em vista que apenas o Poder Legislativo tem a legitimidade para criar a lei penal. É, portanto, vedado ao juiz exercer tal tarefa. Ademais, caso se admitisse esta posição, estar-se-ia incorrendo em uma grande contradição, já que a vítima maior de 14 anos poderia ser honesta ou desonesta, sendo que a menor deveria sempre ser honesta para merecer a proteção da lei⁶³.

Há, ainda, um grave defeito da tese que exige outros requisitos à configuração típica. É que ao requerer a comprovação da honestidade da vítima, por exemplo, estar-se-á julgando-a, preliminarmente, ao próprio agente. Ou seja, analisa-se primeiramente a vida *anteacta* da vítima, como se fosse uma questão prejudicial ao julgamento do autor do fato. Segundo Luiz Flávio GOMES,

o fundamental, destarte, não é se apegar a concepções moralistas (para negar a tutela penal a quem já tenha experiência sexual anterior), senão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. O decisivo para o reconhecimento de um crime sexual (violento ou abusivo) não é a ingenuidade ou a honestidade, senão a falta de liberdade da vítima. Isso nos leva a concluir que quando a vítima livremente procura ou aceita o ato sexual (é dizer, se consente), nenhuma ofensa existe ao bem jurídico. Em algumas situações, é verdade, impõe-se o questionamento da validade desse consentimento^{64*}.

⁶¹ NORONHA, p. 225.

⁶² ELUF, p. 101.

⁶³ GOMES, p. 66.

⁶⁴ Ibid., p. 67-68.

* Para este autor, poder-se-ia classificar os crimes sexuais em agressão sexual (quando há emprego de violência ou grave ameaça, conjuntamente com a existência de dissenso expresso, claro e inequívoco da vítima) e abuso sexual (quando a vítima é incapaz de resistir por causa da idade, da

Assim, deve-se, primeiramente, buscar saber qual era a vontade da vítima com relação ao ato praticado pelo agente. Caso tenha desejado e “consentido” com a sua prática, não há porque atribuir a ela qualidades negativas, como se fosse degenerada, corrompida, leviana, desonesta, dissoluta ou até mesmo, prostituta. Deve-se, apenas, proceder à absolvição do réu, com fundamento no consentimento real da vítima. Porém, há a configuração do crime caso tenha havido resistência, mesmo que exista a circunstância de ter a vítima – menor de 14 anos – experiências sexuais anteriores.

É certo que, muitas vezes, presente está o consentimento da vítima nos atos sexuais, sendo ele, porém, considerado juridicamente inválido, ou seja, o ato de aquiescer é irrelevante. Há, porém, quem entenda que o consentimento válido da vítima menor de 14 anos elimina a presunção de violência. Isso ocorre quando a vítima, em que pese seja menor de 14 anos, “deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade”⁶⁵. Seria, portanto, um paradoxo considerar que houve violência (ainda que presumida) quando da vítima vem a iniciativa ou a provocação para a prática dos atos sexuais, bem como quando ela aceita prontamente ao convite do agente. Nestes casos, entende-se que o consentimento da vítima menor de 14 anos é relevante e eficaz, devendo ser considerado para relativizar a presunção de violência.

Para Guilherme de Souza NUCCI, excepcionalmente, a presunção de violência seria considerada relativa quando o agente pudesse comprovar que a vítima, ainda que menor de 14 anos, “tinha pleno conhecimento e vontade do que fazia, não se podendo falar em violência ficta”⁶⁶. Sustenta que é possível a análise da condição da vítima, bem como da sua maturidade quando passa a ser adolescente – maior de 12 anos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, seria plenamente possível que a vítima, maior de 12 anos, se autodeterminasse sexualmente, sendo o seu consentimento considerado válido.

alienabilidade mental, da inconsciência, da paralisia, etc., e o autor age aproveitando-se destas circunstâncias).

⁶⁵ BARTOLI, p. 413.

⁶⁶ NUCCI, p. 693.

É patente que o consentimento válido exclui a tipicidade no crime sexual. Para Luiz Flávio GOMES – apesar de considerar inconstitucional o art. 224 do Código Penal – o menor adolescente já tem condições de compreensão dos atos sexuais que pratica, tendo ele, portanto, capacidade para consentir validamente. Este entendimento decorre das alterações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e que serão analisadas no item 5.1. Para este autor, “desde 1990, o adolescente tem vontade juridicamente relevante, pode consentir validamente; o mesmo não pode ser dito, em princípio, quanto à criança (que é quem tem menos de doze anos)”⁶⁷. Seguindo esta linha de raciocínio, a autodeterminação sexual ocorre quando a criança torna-se adolescente, ou seja, quando passa a ter doze anos de idade. Assim, se o adolescente pratica voluntariamente um ato sexual, sem a ocorrência de violência real, não há como se falar em crime. Por outro lado, enquanto não atinge esta idade, presente está a *innocentia consilii*, sendo que um ato sexual praticado contra uma criança configuraria o crime de abuso sexual, salvo raríssimas exceções que devem ser analisadas em cada caso concreto com extrema cautela*.

Além do já exposto, em geral, a doutrina que sustenta a natureza relativa da presunção de violência decorrente da idade da vítima não fica alheia às críticas. Sustenta-se que ela busca apenas encontrar fendas pelas quais possam circular hipóteses excepcionais que fundamentem a absolvição do agente. Assim, ainda estar-se-ia “admitindo que o legislador penal pode descrever condutas típicas baseadas em presunções”⁶⁸.

Ainda, há quem argumente que, ao se absolver o acusado – levando-se em consideração a natureza relativa da presunção – estar-se-ia contribuindo para a sua reincidência, até com a mesma vítima, o que daria respaldo à prostituição infantil, bem como estar-se-ia tratando desigualmente a “criança que ‘por imposição do destino ... foi obrigada a vivenciar um contexto não condizente com sua faixa etária’ e àquela que por sorte encontra-se ‘inserida no seio familiar, que frequenta regularmente a escola,

⁶⁷ GOMES, p. 143.

* Como já exposto, este autor considera haver agressão sexual quando os crimes sexuais são praticados com violência real e abuso sexual se praticados quando a vítima for menor de 12 anos, incapaz de resistir por causa da idade, da alienabilidade mental, da inconsciência, da paralisia, etc.

⁶⁸ GOMES, p. 74-75.

que recebe e assimila regras de conduta e moral' (Ivete M. Ribeiro Favaretto, *Violência Presumida*, in Bol. IBCCrim nº 50, janeiro de 1997, caderno jurisprudência, p. 175)⁶⁹.

⁶⁹ DELMANTO, p. 430-431.

4 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA FACE À CONSTITUIÇÃO E AO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL

4.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que sustentam a inconstitucionalidade da presunção de violência contida no art. 224 do Código Penal, devido à circunstância de ela ferir o princípio constitucional da presunção de inocência. Luiz Flávio GOMES é quem mais se aprofunda neste tema, motivo pelo qual esta linha de pensamento será a norteadora do presente estudo.

O princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷⁰. Seguindo a mesma orientação que o direito constitucional italiano, pode-se perceber que tal dispositivo brasileiro não utilizou explicitamente a expressão “presunção de inocência”, o que gerou – no início da vigência do dispositivo italiano – debates acerca do seu conteúdo entre as correntes liberais e antiliberais. Para a corrente liberal – Escola Clássica, de Carrara e Carmignani – a presunção de inocência mereceu a máxima extensão, sendo considerada um princípio orientador e fundamentador do processo penal. De outro lado, existiam as Escolas Positiva e Técnico-Jurídica, que consideravam exagerado o pensamento individualista da Escola Clássica, sob o argumento de que a presunção de inocência não possuiria o amplo alcance que esta pretendia lhe conceder, pois “quando se trata de flagrante delito ou de uma confissão, por exemplo, a presunção não conta com a mesma força lógica ou jurídica”⁷¹.

Segundo Manzini, o art. 27 da Constituição Italiana – que prevê que “o imputado não é considerado culpado senão depois da condenação definitiva” – não fixa qualquer presunção de inocência, limitando-se apenas a declarar que até a

⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, LVII. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 05 nov. 2005.

⁷¹ GOMES, p. 109.

sentença condenatória definitiva o imputado não é considerado culpado. O texto constitucional não dispõe que todo homem será presumido inocente até que seja condenado, mas sim que não será considerado culpado até que a sentença condenatória transite em julgado. Daí deriva a idéia de que, nesta norma, há apenas uma presunção de não culpabilidade, ou seja, o imputado é concebido de forma neutra, não sendo considerado nem culpado nem inocente. Segundo a doutrina mais recente, porém, não haveria como se diferenciar a presunção de não culpabilidade da presunção de inocência*.

Feitas estas observações acerca do modelo que inspirou a Constituição Federal brasileira, pode-se concluir que ela também optou por uma posição neutra quando se trata da situação do acusado perante o processo penal. Segundo Luiz Flávio GOMES, porém, “essa sua pretensão [da Constituição Federal], no entanto, longe está do *verdadeiro* (e atualmente *tríplice*) significado que o princípio da presunção de inocência possui. A *mens legislatoris* não corresponde, sabemos, muitas vezes ao texto escrito”⁷². Mesmo assim, o princípio da presunção de inocência enunciado na Constituição Federal representou uma grande evolução em relação ao Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. Isto porque neste se proclamava a primazia do interesse social, ou seja, a repressão da delinqüência, enquanto que naquela o que prevalece é o interesse do indivíduo, ou seja, a liberdade individual, que tem como alicerce a presunção de inocência.

Tem-se entendido que a expressão presunção de inocência está sendo empregada de forma vulgar e não em sentido jurídico. Isto porque não se trata de presunção propriamente dita*, pois “é a expressão de uma *valoração* feita pelo Legislador Constituinte (frente ao acusado da prática de um ilícito) que se decidiu por uma de duas proposições possíveis (ser inocente ou culpado), sem ter certeza absoluta de que se decidiu pela proposição correta”⁷³.

* Conforme Jaime Vegas TORRES, citado por GOMES, p. 111.

⁷² GOMES, p. 111.

* Como exposto anteriormente, o Dicionário Houaiss apresenta como um dos significados para o verbete *presunção*: “conseqüência que a lei faz deduzir de certos atos ou fatos, e que fica estabelecida como verdadeira, às vezes até mesmo havendo prova em contrário”.

⁷³ GOMES, p. 114.

Com relação à natureza jurídica da presunção de inocência, pode-se afirmar que se trata de presunção *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Ainda, pode-se analisar esta presunção sob dois aspectos: extrínseco (formal) e intrínseco (substancial). No primeiro aspecto, trata-se de um direito constitucional fundamental, ou seja, está inserido no conjunto dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5º da CF). Já no segundo aspecto, trata-se de um direito de caráter fundamentalmente processual, com incidência sobre as provas, as garantias e o tratamento do acusado. Assim, considerando que a presunção de inocência é um princípio – e, por isso, extremamente importante – do ordenamento jurídico-penal, ela não pode ser limitada ou expurgada por presunções legais, que possuam sentidos a ela contrários.

Conforme já mencionado acima, o princípio da presunção de inocência tem um tríptico significado, que atualmente está ligado a três regras: como regra probatória, como regra de tratamento e como regra de garantia.

Como regra probatória, relaciona-se com o disposto no art. 8º, n.º 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), segundo o qual “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Ainda, correlaciona-se com o disposto no art. 14-2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Observe-se que é conferido, tanto a esta convenção como ao pacto, o mesmo tratamento dispensado às leis federais devido ao sistema paritário adotado. Assim, sempre que houver conflito entre uma norma contida num tratado e uma norma constitucional, esta deve prevalecer, tendo em vista gozar de primazia absoluta. Se, porém, o conflito é com uma norma infraconstitucional, deve-se aplicar o princípio da *lex posterior derogat priori**. Especificamente em casos como o do art. 8º, n.º 2, em que há a repetição ou a explicitação de direitos e garantias individuais, aplica-se o previsto no art. 60, §4º da Constituição Federal, ou seja, não se pode proceder à emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea.

* Segundo o art. 14-2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

* Este princípio significa que as normas infraconstitucionais anteriores à norma internacional (e que são por ela afetadas) devem ser revogadas ou derogadas.

Assim, segundo o sistema jurídico brasileiro, presume-se a inocência do acusado até que se comprove legalmente a sua culpa, ou seja, até que seja possível a ele ser atribuído culpavelmente o cometimento de uma infração criminal. Significa, portanto, que quem formula a acusação* deve “comprovar o fato típico assim como o vínculo, o elo, do acusado com tal fato”⁷⁴. Logo, deve haver a comprovação da existência dos fatos conjuntamente com a da existência de participação do acusado neles. Se alguma dúvida persistir após a apreciação de todas as provas, deve ser utilizada em favor do réu, para absolvê-lo – princípio do *in dubio pro reo*. Desta maneira, comprovada a existência do fato típico, bem como a participação do acusado neste mesmo fato, presumem-se, contra ele, a ilicitude e a culpabilidade, cabendo à defesa a comprovação de alguma causa excludente destas.

Neste aspecto – como regra probatória – o princípio da presunção de inocência possui uma grande ligação com três princípios do Direito Penal, que constituem limites à intervenção penal estatal e que serão analisados no item 4.2. Normalmente, quando há violação de um destes princípios de Direito Penal, há, também, a violação ao princípio da presunção de inocência. São eles: o princípio do fato (Direito Penal do fato), o princípio do *nullum crimen sine iniuria* (Direito Penal da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) e o princípio da imputação pessoal ou subjetiva (Direito Penal da culpa).

O segundo aspecto diz respeito à presunção de inocência como regra de tratamento, ou seja, o réu deve ser tratado de forma condizente com o seu estado de inocente presumido. O acusado não deve ser visto como simples objeto das investigações, mas como sujeito de direitos. Isto significa afirmar que o acusado não deve ser, desde logo, considerado culpado, devendo-se evitar a utilização de medidas coercitivas ou restritivas que se mostrem desnecessárias ao curso do processo. Assim,

* Segundo o art. 156 do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 06 mar. 2006.).

⁷⁴ GOMES, p. 117.

deve-se utilizar a forma de conduzir a investigação que menos traga constrangimento ao acusado e que menos restrinja os seus direitos* .

Por fim, o último aspecto deste princípio está relacionado à regra de garantia. Significa que a culpabilidade do acusado deve ser comprovada de forma legal e judicial, sendo inadmissível que a atividade acusatória e a colheita de provas não sigam estritamente o ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se, portanto, que a presunção de inocência – como regra de garantia – é de extrema importância para o direito processual penal, pois é em decorrência dela que também se deve observar o princípio do devido processo legal. A presunção de inocência, porém, também tem reflexos no âmbito do direito penal, já que se trata de uma barreira para a atividade legislativa* .

Após a exposição deste tríplice significado, pode-se afirmar que a presunção de violência afronta claramente o princípio da presunção de inocência, como regra probatória que exige da acusação a comprovação integral dos fatos imputados ao acusado. Isto porque a presunção contida no art. 224 do Código Penal desobriga o acusador de comprovar a existência de violência. Sendo assim, o órgão acusador – em regra o Ministério Público – teria, unicamente, a incumbência de fazer a comprovação de uma parte dos fatos, ou seja, do alicerce da presunção (vítima menor de 14 anos, débil ou alienada mental, etc), tendo em vista que o restante dos fatos (a violência) já é cedido pelo legislador.

Desta forma, considerando que esta desobrigação tem origem em norma infraconstitucional, presente está o conflito com o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado, devendo este prevalecer sobre aquela. Logo, para Luiz Flávio GOMES, o art. 224 “não foi recepcionado (parcialmente) pela

* Luiz Flávio GOMES exemplifica as ações que devem ser evitadas, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência como regra de tratamento: “a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar etc” (GOMES, p. 119).

* Isto porque, segundo Cobo DEL ROSAL e Vives ANTON, citados por Luiz Flávio GOMES, “serão nulos os preceitos penais que estabeleçam a responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade” (GOMES, p. 120).

Constituição brasileira de 1988, porque desobriga o acusador daquele ‘mínimo probatório’ (relacionado com a violência), sem o qual a presunção de inocência resulta intacta”⁷⁵. Mesmo que se admitisse a hipótese de se considerar relativa a presunção de violência, ainda assim haveria o conflito com o princípio constitucional, tendo em vista que exigiria do acusado a comprovação de certas características da vítima, como a prostituição, a experiência sexual anterior, a desonestidade da vítima, dentre outras.

4.2 DA ILEGALIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Conforme mencionado anteriormente, o princípio da presunção de inocência está diretamente ligado a três princípios de Direito Penal, que representam limites à intervenção penal estatal: com o princípio do fato (Direito Penal do fato), com o princípio do *nullum crimen sine iniuria* (Direito Penal da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) e com o princípio da imputação pessoal ou subjetiva (Direito Penal da culpa).

O Direito Penal do fato leva em consideração, como a própria nomenclatura explícita, o fator fato – como ação humana, ocorrida no plano empírico e comprovado no plano processual – em detrimento do fator autor. O Direito Penal moderno pode ser considerado como um Direito Penal do fato. Neste, a responsabilidade do agente deve sempre estar relacionada à ocorrência de um fato, ou seja, o indivíduo somente pode ser considerado culpado por aquilo que fez e nunca pelo que é. Trata-se de culpabilidade pelo fato e não pelo perfil psicológico do autor. Assim, o juízo de culpabilidade deve ser feito sobre os fatos imputados ao agente e não sobre seu caráter. Segundo Francisco de Assis TOLEDO, o Direito Penal brasileiro é predominantemente um moderado direito penal do fato^{76*}.

⁷⁵ GOMES, p. 122.

⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a lei n. 7209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 251.

* Para este autor, esta afirmação pode ser comprovada através da análise dos códigos e das leis penais em vigor que, em regra, tipificam fatos, ou seja, modelos de condutas humanas. Argumenta, porém, que esta mesma legislação leva em consideração, em situação excepcional, o fator autor, quando se analisa a personalidade e os antecedentes quando da quantificação da pena.

O princípio do fato exerce a tarefa de limitador material do *ius puniendi* do Estado. Logo, quando se responsabiliza alguém pelo que fez, pressupõe-se a existência de uma conduta, pois “o Direito Penal regula a coexistência externa dos indivíduos, não a consciência deles”⁷⁷. O Direito Penal do fato é, portanto, imprescindível para a estruturação da responsabilidade penal, sendo este princípio – do fato – transgredido se houver responsabilidade por fato presumido. Como bem salientado por Luiz Vicente CERNICCHIARO, “o Direito Penal pune conforme o comportamento. Impossível, por isso, sancionar ação não praticada. Uma coisa é estuprar, ou atentar contra o pudor; outra, e no âmbito penal, absolutamente distinta, punir por presunção, ainda que definida em lei”⁷⁸.

Assim ocorre com a presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal, pois o legislador realmente presume a ocorrência de um fato, ou seja, da violência. Desta forma, há a violação do *nullum crimen sine actio* – princípio este norteador do Direito Penal do fato – pois o autor é considerado culpado por um fato presumido pelo legislador que, na realidade, não foi efetivamente por ele praticado. Certo é que havendo a ocorrência de violência efetiva, deve o agente ser responsabilizado, pois, segundo o autor norteador destes estudos, estar-se-ia diante de uma agressão sexual, punível de acordo com os arts. 213 e 214 do Código Penal. No caso, porém, de não existir violência efetiva contra a vítima, deve-se procurar saber se houve abuso sexual, ou seja, se a vítima realmente não tinha capacidade concreta de oferecer resistência por ser menor de 12 anos (ou seja, criança de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente), débil ou alienada mental ou porque, por quaisquer outros motivos, não podia oferecer resistência.

O princípio do *nullum crimen sine iniuria* parte do pressuposto de que somente há crime se houver resultado^{*}, ou seja, se houver lesão ou perigo concreto de

⁷⁷ GOMES, p. 123.

⁷⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Estupro: violência presumida. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 228, out. 96, p. 44.

^{*} O art. 13 do Código Penal, em sua primeira parte, prevê este princípio. “Art. 13: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 13. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais...*, p. 653).

lesão ao bem jurídico tutelado a justificar a intervenção penal. Assim, esta lesividade deve advir de uma conduta efetiva do agente e não de uma presunção legal, como é a presunção de violência.

Como já exposto, o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais é a liberdade sexual, ou seja, a “liberdade de não se envolver em atos sexuais sem a livre manifestação da vontade”⁷⁹. Não havendo ofensa a este bem jurídico tutelado, não seria possível se falar em crime sexual violento, ou seja, em agressão sexual. O art. 224 do Código Penal presume a ocorrência de lesão ao bem jurídico liberdade sexual. Porém, por ser presumida, é evidente que ela não deriva de uma ação do autor, ou seja, ela não ocorre no plano da realidade. Assim, considerando que o agente só pode ser responsabilizado pelos danos efetivamente causados, não há como lhe imputar um dano que não deriva de sua conduta, mas de uma presunção legal. Isso significa que se a vítima consente validamente* com a prática do ato sexual, não existe lesão ao bem jurídico, que é a sua liberdade sexual.

Por fim, o princípio do Direito Penal da culpa possui dois significados. O primeiro deles diz respeito ao causalismo, no sentido de que não pode ser admitida a responsabilidade por fato de outrem ou a responsabilidade objetiva. Por outro lado, também tem relação com o finalismo, que entende ser a culpabilidade sinônimo de reprovabilidade. Em ambos os sentidos, porém, há uma premissa comum, qual seja, o agente somente pode ser responsabilizado penalmente se o fato punível a ele pertencer, sob a ótica material. Assim, não se pode punir alguém por uma conduta praticada por outra pessoa ou, ainda, por um fato presumido pelo legislador.

O princípio da culpabilidade exige que “o fato pertença *materialmente* ao seu autor (...), que haja nexos *subjetivo* (...) e que seja obra de um ser ‘responsável’, é dizer, que o agente tenha tido possibilidade de normal acesso à proibição”⁸⁰. Desta forma, a presunção de violência do art. 224 do Código Penal viola o princípio da culpabilidade, pois inexistem um dos pressupostos para a sua caracterização, ou seja, não há um

⁷⁹ GOMES, p. 125.

* Conferir, no item 5.1, a tese que sustenta em quais hipóteses é válido o consentimento do menor de 14 anos.

⁸⁰ GOMES, p. 127.

vínculo pessoal e material do agente com o fato. Isto ocorre devido à circunstância de a violência ser presumida, ser fictícia, não existindo no plano da realidade, fazendo com que não se justifique a responsabilidade penal.

Assim, na jurisprudência há quem sustente que o direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato, como por exemplo, com a presunção de violência estudada neste trabalho. Conforme já sustentado pelo Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, seria inconstitucional qualquer lei que desprezasse a responsabilidade subjetiva*.

De todo o exposto, está evidente que a presunção de violência do art. 224 do Código Penal constitui uma afronta a estes três princípios de Direito Penal, o que faz com que ela não tenha valor jurídico, pois não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, devido à visível inconstitucionalidade (devido à violação do princípio da presunção de inocência) e ilegalidade que representa no interior do ordenamento jurídico.

4.3 CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO-RECEPÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme exposto acima, Luiz Flávio GOMES entende que a presunção de violência do art. 224 do Código Penal não foi recepcionada (parcialmente) pela Constituição Federal de 1988. Sustenta haver a chamada inconstitucionalidade

* “RESP. PENAL. 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 presunções 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 penal que despreze a responsabilidade subjetiva” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Especial nº 154.137. Recorrente: Raymundo José Vinagre Mendes. Recorrido: Jadson André Santiago Gomes. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. 06 out. 1998. *DJ* 18 dez. 1998). Há, porém, entendimentos contrários. Neste sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.983-6. Paciente: Mário Somensi. Impetrante: Gerson G. da Costa. Relator: Carlos Velloso. 30 jun. 1997. *DJ* 29.08.97).

superveniente, em decorrência da violação dos princípios elencados nas seções anteriores. Afirma que a inconstitucionalidade é parcial – já que somente a expressão “presume-se a violência” deve ser eliminada do art. 224 do Código Penal – considerando ser esta a melhor solução, pois na hipótese de declará-lo completamente inconstitucional, restariam desprotegidos o menor*, o débil/alienado mental, etc. Em suma, se isto ocorresse, deixaria de existir o crime sexual abusivo, tendo em vista a falta de tipificação específica, passando a ser admitida a prática de atos sexuais com estas pessoas. Assim, considerando que elas não podem deixar de ser protegidas pelo direito penal, somente ocorre a inconstitucionalidade parcial do art. 224 do CP, mantendo-se preservada a vontade do legislador na parte em que é legítima⁸¹.

Desta forma, sustenta a tese de que existem dois tipos de crime: o crime sexual abusivo e o crime sexual agressivo. O primeiro ocorreria nas três hipóteses contidas no art. 224, ou seja, quando a vítima for menor de 14 anos*, quando for alienada ou débil mental ou quando, por qualquer outro motivo, não puder oferecer resistência. Ou seja, nas hipóteses em que a vítima não puder consentir validamente, existirá o crime de *abuso sexual**. Por outro lado, existindo efetivamente violência ou grave ameaça para a prática do ato sexual, ocorreria o crime de *agressão sexual*, previsto nos art. 213 e 214 do Código Penal. Logo, havendo a combinação das condutas tipificadas nos crimes sexuais violentos com as situações contidas nas alíneas do art. 224, nascem os crimes sexuais abusivos.

Para que haja a configuração dos crimes sexuais abusivos, é necessário que – além do preenchimento dos requisitos típicos inerentes aos crimes sexuais violentos e além da incidência da vítima em umas das condições contidas nas alíneas do art. 224

* Para se evitar que as vítimas menores de 14 anos ficassem desprotegidas, Luiz Vicente Cernicchiaro sustenta que seria melhor utilizar o mesmo critério adotado na Alemanha, ou seja, definindo como delito manter relações sexuais com pessoa menor de 14 anos, pois “alcançar-se-á o mesmo resultado, com harmonia constitucional, sem ficções contrastantes, muitas vezes, com realidade” (CERNICCHIARO, p. 45).

⁸¹ GOMES, p. 130.

* Para Luiz Flávio GOMES, haveria crime de abuso sexual se a vítima fosse menor de 12 anos e não 14, como disposto na alínea a do art. 224.

* Segundo João MESTIERI, estas seriam as hipóteses do chamado *stuprum nec voluntarium nec violentum*, já que não seria voluntário devido à ausência de consentimento (válido) da vítima, nem seria violento devido à inoportunidade do emprego de violência. (MESTIERI, p. 31).

do CP – a vítima esteja impossibilitada de concretamente oferecer resistência e, portanto, não consinta (ou não consinta validamente), aproveitando-se o agente destas circunstâncias. Por sua vez, a vítima não estaria impossibilitada de oferecer resistência somente na hipótese da alínea *c* do art. 224 do CP, mas também nas hipóteses elencadas nas demais alíneas. Destarte, a vítima não tem possibilidade de oferecer resistência se: não tiver condições de compreender a natureza sexual do ato praticado, ou seja, se não puder entender o seu significado ético, em decorrência da idade (p. ex., uma criança de oito anos que anui com a prática do ato), da debilidade mental, etc; se houver impossibilidade transitória ou permanentemente que inviabilize o oferecimento de qualquer reação de defesa.

Após terem sido feitas estas observações, pode-se passar à abordagem das conseqüências jurídicas derivadas da não-recepção da presunção legal de violência sustentada por Luiz Flávio GOMES. A primeira delas diz respeito à necessidade de a acusação narrar detalhadamente, na peça inicial, os fatos concretos caracterizadores do crime de abuso sexual. Como já visto, a rigor, de acordo com o art. 224 do CP, não é necessário que o acusador comprove a ocorrência de violência, tendo em vista ser ela, desde logo, presumida pelo legislador. Porém, declarando-se a inconstitucionalidade parcial do art. 224 do CP e adotando-se o conceito de abuso sexual, há a necessidade de se comprovar, em cada caso concreto, “a existência de tal abuso, é dizer, que o ato sexual foi praticado sem que a vítima pudesse oferecer resistência e sem que tivesse dado o seu consentimento válido”⁸². É evidente que antes de se comprovarem tais circunstâncias, elas devem ser detalhadamente narradas na peça acusatória, em atenção ao que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal*, sob pena de violação a alguns princípios, como o princípio da presunção de inocência (como regra de garantia), o princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, etc.

Após serem narrados detalhadamente os fatos concretos configuradores do crime de abuso sexual, é necessário que eles sejam também comprovados. Não é

⁸² GOMES, p. 136.

* “Art. 41: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas” (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941, art. 41).

suficiente que se comprove apenas que a vítima é menor de 14 anos, que é alienada ou débil mental ou que, por qualquer outra causa, não pôde oferecer resistência. É imprescindível que se comprove que, em cada caso concreto, a vítima estava impossibilitada de oferecer resistência (por razões físicas, psíquicas ou por não ter maturidade suficiente para compreender o sentido ético do ato), o que faz com que não possa consentir de forma válida.

Desta maneira, abre-se a possibilidade para que o alienado/débil mental mantenha relações sexuais se assim desejar, já que nem sempre há nele ausência total da capacidade ética, não podendo se falar, nesta situação, em crime de abuso sexual.

Com relação à alínea *c* do art. 224 do CP, deve-se também observar que não é qualquer incapacidade de resistência que se enquadra como pressuposto para a caracterização do crime de abuso sexual. Para ser assim considerada, a incapacidade deve privar a vítima de qualquer capacidade de compreensão do caráter do ato que é com ela praticado.

Por fim, quando o ato sexual é praticado com uma vítima menor de 14 anos, há necessidade que, além da comprovação da idade, também se comprove que ela não podia consentir validamente. A seguir, no próximo capítulo (especificamente na seção 5.1), será abordada uma das inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os seus reflexos no campo relativo ao consentimento do menor de 14 anos que, em determinadas situações, pode ser considerado válido, excluindo a tipicidade do crime sexual.

5 LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

5.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N.º 8.069/90)

Devido às transformações que ocorreram nas últimas décadas no âmbito da sociedade, da ciência, dos costumes, ou seja, no mundo, o adolescente de hoje não é mais o mesmo de sessenta e seis anos atrás. O adolescente, principalmente aquele que se encontra na faixa etária de doze a catorze anos, também sofreu alterações em decorrência de diversos fatores, como a queda de certos preconceitos e tabus e a igualdade adquirida pelas mulheres. Não há mais, portanto, possibilidade de aplicação do mesmo Direito Penal legislado em 1940, sob pena de conflito da lei com a realidade⁸³.

A lei n.º 8069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu sabiamente, em seu art. 2º, que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Assim, estabeleceu direitos e deveres aos adolescentes (12 a 18 anos), os quais podem ser, inclusive, alvo de medidas socioeducativas – desde a advertência até a internação em estabelecimento educacional – caso cometam algum ato infracional.

Desta forma, pode-se perceber que o legislador de 1990 reconheceu certa capacidade de entendimento ao adolescente, tanto que estabeleceu a possibilidade de a ele serem aplicadas medidas socioeducativas, por entender que ele tem capacidade para compreender o caráter ilícito do ato que comete. Considerou, assim, plenamente relevantes, para a prática de atos infracionais, a vontade e o consentimento do adolescente com idade superior ou igual a 12 anos. Seria, portanto, uma aberração considerá-lo incapacitado de consentir validamente com a prática de atos sexuais. É neste sentido o posicionamento de Luiz Flávio GOMES, o qual argumenta que “se o indivíduo tem capacidade de compreensão do ilícito, se sua vontade é relevante no

⁸³ BÁRTOLI, p. 410.

âmbito sancionatório, com muito mais razão tal capacidade e vontade estão presentes na sua vida no que se relaciona com a área sexual”⁸⁴.

Um exemplo fornecido por este mesmo autor demonstra a aberração que surgiria caso se considerasse que o adolescente – como aquele indivíduo na faixa etária entre 12 e 18 anos – não possui capacidade de compreender o sentido ético dos atos sexuais. Ocorreria quando um adolescente de 13 anos praticasse relação sexual (conjunção carnal, neste caso) com uma adolescente da mesma idade. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, o adolescente seria sancionado porque tem condições de compreender o caráter ético do ato que pratica. Porém, seria também sancionado porque a adolescente, da mesma idade, não detém esta capacidade de compreensão, por força da presunção legal contida na alínea *a* do art. 224 do Código Penal. Ou seja, “o menor é punido porque sabe o que faz e, absurdamente, também porque a menor, da mesma idade, não sabe o que faz”^{85*}.

Desta forma, pode-se perceber a existência de uma enorme contradição dentro do ordenamento jurídico, o qual deve ser harmônico. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, passou-se a conferir ao adolescente com idade igual ou superior a 12 anos certa capacidade de compreensão, devendo prevalecer esta concepção em razão de ser proveniente de lei posterior ao Código Penal de 1940. Destarte, analisando o caso concreto em consonância com o art. 227, §4º da Constituição Federal*, pode-se considerar o adolescente, em regra, capaz de consentir validamente com a prática de um ato sexual, observando o seu nível cultural, de conhecimento, de informação, etc. O mesmo, entretanto, não ocorre quando a vítima se tratar de uma criança, ou seja, quando tiver menos de 12 anos, sendo sempre considerado inválido o seu

⁸⁴ GOMES, p. 45.

⁸⁵ Ibid., p. 142.

* Ainda, outro problema surge caso se considere que o adolescente não possui capacidade para compreender o sentido ético dos atos sexuais. Seria a situação em que uma adolescente de 13 anos praticasse, consentidamente, atos sexuais e, em decorrência disto, engravidasse. Estaria ela, portanto, autorizada a realizar um aborto, já que, em tese, teria ocorrido o crime de estupro, com violência presumida.

* Art. 227, §4º da Constituição Federal: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 227).

consentimento (exceto em situações escabrosas, quando a vítima tiver vida sexual pública e notória)*.

O adolescente, sobre esta ótica, tem capacidade de consentir validamente com a prática de um ato sexual. Assim, devido ao consentimento do ofendido, exclui-se a tipicidade e, em consequência disto, o crime.

Há, porém, entendimentos no sentido de que, para se garantir a inviolabilidade sexual dos indivíduos protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se manter o dispositivo que prevê a presunção de violência quando o ato sexual é praticado com vítimas menores de 14 anos. Isto porque não haveria como se considerar jurígeno o consentimento de pessoas que ainda não atingiram esta idade limite, pois “se hoje é maior a desenvoltura das jovens no trato de questões sexuais, imagina-se, por igual, que os potenciais ofensores da regra (homens acima de dezoito anos) tenham também incrementado seu valorativo discernimento, para bem perceber da inconveniência do ato sexual, embora consentido, com parceiras menores de quatorze anos”⁸⁶.

Segundo Sérgio Luiz KUKINA, não há como se afastar a incidência da presunção legal de violência sob a alegação simplista de que o Código Penal de 1940 não atende mais à realidade. Não seria possível se subordinar à invencível força da mídia, pois, de acordo com este posicionamento, o amadurecimento precoce das *vítimas* em relação ao sexo ocorre proporcionalmente ao dos adultos, devendo-se esperar que eles procedam de forma “que evite tirar proveito de uma jovem que, embora não seja desinformada sobre sexo e até revele impulsos para seu consentimento, ainda não possui compatível discernimento para decidir por sua realização, porque de pouca idade”⁸⁷. Desta forma, para se dar plena efetividade à proteção integral das crianças e jovens e para atender aos seus melhores interesses sem

* Esta é a tese sustentada por Luiz Flávio GOMES, em sua obra “Presunção de violência nos crimes sexuais”. Para Luiza Nagib ELUF, porém, “as relações sexuais mantidas nessas condições [em prostíbulo, com menores de 14 anos] são, sem dúvida, violentas e devem ser consideradas criminosas”, pois o cliente sabe que elas não estão lá por vocação ou por prazer, mas porque são exploradas (ELUF, p. 102).

⁸⁶ KUKINA, Sérgio Luiz. A violência presumida e o Estatuto a Criança e do Adolescente. *Revista de Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude*, v. 2, 2002, p. 119.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 118.

que haja sacrifício de valores essenciais à convivência social, deve-se adotar uma postura firme e não conformista diante dos obstáculos impostos pelo novo paradigma da comunicação em massa. Embora considere inadmissível a presunção de violência e com o mesmo intuito de proteger os menores de 14 anos, DELMANTO entende necessário que

a lei penal brasileira apenas a cópula, o coito anal e os atos sexuais relevantes praticados com violência ou *grave ameaça*, agravando-se no caso da vítima ser menor de 14 anos, desde que o agente tenha ciência de sua idade. E, ao mesmo tempo, punisse com pena menor, embora severa, os mesmos atos praticados com menor de 14 anos, ainda que *sem* violência ou grave ameaça, desde que igualmente ciente o agente desta circunstância⁸⁸.

5.2 LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI N.º 8.072/90)

A lei n.º 8.072/90, que dispõe acerca dos crimes hediondos, trouxe consigo dois questionamentos relacionados à presunção de violência do art. 224 do Código Penal. O primeiro deles diz respeito à eventual hediondez dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor com violência presumida. Já o segundo questionamento diz respeito à aplicação da causa de aumento da pena prevista no art. 9º desta lei a estes mesmos crimes.

Ainda se discute, na jurisprudência, quanto à primeira polêmica, no sentido de questionar se tais crimes, cometidos com violência presumida, podem ser considerados hediondos ou não. Há julgados* que consideram tais crimes como hediondos, bem como, há na doutrina, quem assim também entenda.

O art. 1.º da lei 8.072/90 determina quais crimes são considerados hediondos, assim dispondo:

“Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

⁸⁸ DELMANTO, p. 431.

* “O estupro ficto não é delito hediondo (Precedentes do STJ)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. REsp n.º 252827. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Antonio dos Reis Martins dos Santos. Relator: Felix Fischer. 08 ago 2000). Neste mesmo sentido, ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus n.º 8.540. Impetrante: Jefferson José de Andrade. Advogado: João Carlos de Sousa. Relator: Gilson Dipp. 15 jul. 1999. DJU 09 set. 1999, p. 95; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus n.º 8.200. Impetrante: Dilamar Valls Machado. Paciente: Mario Somensi. Relator: José Arnaldo da Fonseca. 01 jun. 1999. DJU 18 out. 1999, p. 238.

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);
II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);
III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);
IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);
V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);
VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);
VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).
VII-A – (VETADO)
VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).
Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.”⁸⁹

Segundo Guilherme de Souza NUCCI, “não necessitaria ter [o legislador] descrito a combinação dos arts. 213 e 214 com o art. 224, pois este não cria *novas* figuras típicas incriminadoras, mas unicamente dá elementos para a tipificação desses crimes, quando cometidos contra pessoa incapaz de consentir, levando em conta os tipos penais existentes (que são hediondos)”⁹⁰. Assim, entende que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, cometidos com violência presumida, são crimes hediondos.

Luiz Flávio GOMES, por sua vez, sustenta que tais crimes não são hediondos, pois a violência ficta não está arrolada no art. 1º da lei 8.072/90. Para ele, portanto, há possibilidade de progressão de regime, indulto, livramento condicional com o cumprimento de 1/3 da pena, etc^{91*}.

É esta também a opinião de Haroldo Caetano da SILVA, para quem restam afastados da definição de crimes hediondos aqueles crimes sexuais cometidos com violência presumida*. Para ele, caso prevalecesse a opinião contrária – ou seja, caso se

⁸⁹ BRASIL. Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm> Acesso em: 07 fev. 2006).

⁹⁰ NUCCI, p. 697.

⁹¹ GOMES, p. 147.

* Neste sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus n.º 9608. Impetrante: Nelson Pedro Dias. Relator: Felix Fischer. 02 set. 1999. *DJU* 11 out. 1999, p. 77; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial n.º 285.433. Recorrente: Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido: João Maria da Silva. Relator: Fernando Gonçalves. 26 mar. 2001. *DJU* 16 abr. 2001, p. 122.

* É também esta a opinião de Luiz Augusto COUTINHO, para quem “os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos com violência presumida, não são considerados

considerassem incluídos no conceito de crime hediondo os crimes cometidos com violência presumida – ocorreria uma afronta ao princípio da reserva legal, disposto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, visto que se estaria incluindo na “categoria de crime hediondo fato que a lei não define como tal, determinando sérias agravantes ao condenado (impossibilidade de anistia, graça e indulto; fiança e liberdade provisória; recolhimento obrigatório à prisão para fins de apelação; regime prisional integralmente fechado* etc)”⁹².

Ainda, entende ser intencional a limitação feita pelo legislador ao considerar como hediondas apenas algumas espécies de estupro e atentado violento ao pudor, já que, nos incisos V e VI do art. 1º desta lei, utilizou-se da conjunção coordenativa “e”. Assim, sustenta que o legislador desejou apenas atribuir a característica da hediondez aos crimes cometidos com o emprego de violência real. Exemplifica este entendimento baseado nos incisos I e II deste mesmo artigo, nos quais o legislador também teria efetuado restrições à abrangência do conceito de crime hediondo. No caso de homicídio, somente seria hediondo quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio ou quando qualificado, ou seja, são excluídos deste conceito o homicídio simples e o privilegiado, em que pese o resultado seja sempre o mesmo em qualquer destas hipóteses. Já no caso de roubo, apenas é hediondo quando configura latrocínio, estando excluídas deste conceito as demais modalidades.

Com relação ao segundo questionamento, faz-se necessário observar que o art. 9º da lei 8.072/90* estabelece que no caso dos arts. 213 e 214 do Código Penal, e sua

hediondos. Tais crimes só são hediondos na sua forma qualificada, ou seja, quando deles resultam lesões corporais de natureza grave ou morte da vítima” (COUTINHO, Luiz Augusto. Estupro simples: crime hediondo ou hedionda aplicação da lei?. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n.º 15, ago-set/2002, p. 18).

* Uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 82.959-7, julgado em 23 fev. 2006) declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, ou seja, declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crime hediondo.

⁹² SILVA, Haroldo Caetano da. Estupro e atentado violento ao pudor cometidos mediante violência presumida: incoerência de crime hediondo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1039>>. Acesso em: 03 maio 2006.

* Art. 9º: “As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das

combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, as penas são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 anos de reclusão, caso a vítima esteja inserida em qualquer das hipóteses do art. 224. A discussão que existe é sobre a possibilidade ou não de aplicação do art. 9º da lei dos crimes hediondos aos crimes sexuais cometidos com violência presumida.

Conforme leciona Luiz Flávio GOMES, a causa de aumento de pena prevista no art. 9º desta lei não pode ser aplicada aos crimes sexuais cometidos com violência presumida por dois motivos: primeiramente, porque há *bis in idem* e, em segundo lugar, porque há entendimentos de que esta causa de aumento de pena apenas incide quando do ato sexual resulta lesão corporal grave ou morte. Explícita, ainda, que os adeptos desta última concepção a sustentam com base na própria redação do art. 9º que, para alguns, englobaria apenas os arts. 213 ou 214 combinado com o art. 223, todos do Código Penal^{93*}.

Para João José LEAL, a aplicação do art. 9º da lei dos crimes hediondos aos crimes cometidos com violência presumida (art. 224 do CP) faz com que haja ofensa ao princípio do *non bis in idem*. Argumenta que as circunstâncias fáticas previstas no art. 224 do CP já constituem causas legais de presunção de violência, não havendo como também considerá-las, no mesmo caso *in concreto*, como causa de aumento de pena. Segundo ele, somente não haveria *bis in idem* na hipótese de ocorrer o crime de estupro ou atentado violento ao pudor qualificado pelo resultado morte ou lesão corporal grave se a vítima estivesse incluída em uma das circunstâncias do art. 224 do CP, observando-se, também, conjuntamente a existência de violência real (o que

hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal” (BRASIL. Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, art. 9º).

⁹³ GOMES, p. 149.

* Neste sentido, a jurisprudência do TJRN: “ESTUPRO – Violência presumida – Pena – Aumento – Inaplicabilidade do art. 9º da lei 8072/90 – Ausência de lesão grave ou morte. O aumento de pena previsto no art. 9º da lei 8.072/90 aplica-se apenas às hipóteses de lesão grave ou morte ante a expressa remissão da Lei ao art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP” (RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 6.542. Relator: Caio Alencar. 01 jul.1996. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, n.º 735, jan. 1997, p. 674).

justificaria o aumento da carga punitiva, apesar de tal elevação ser severa e desaconselhável na ótica de uma Política Criminal humanística)^{94*}.

De acordo com as lições de MIRABETE, a causa de aumento da pena prevista no art. 9º desta lei somente pode ser aplicada aos casos em que ocorrer violência real ou grave ameaça e não nos casos em que se presume a ocorrência da violência. Sustenta, com isso, haver *bis in idem* caso se considere a presunção de violência, “que é ‘elemento’ do crime na ausência de violência real ou ameaça, conjuntamente como ‘causa de aumento de pena’”⁹⁵, pois um determinado fato não pode constituir, simultaneamente, elemento e circunstância do crime.

Neste mesmo sentido, são os ensinamentos de Alberto Silva FRANCO, que sustenta a inconstitucionalidade do art. 9º desta lei em análise, por haver ofensa ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF) e do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da CF). Posiciona-se no sentido de que não há como se “atribuir a um mesmo pressuposto fático mais de uma sanção punitiva ou a mesma agravamento da pena mais de uma vez”⁹⁶, sob pena de se incorrer em inadmissível reiteração do *ius puniendi* do Estado*. Assim, tal artigo viola a Constituição Federal sendo, por ele, considerado inconstitucional.

Segundo DELMANTO, o aumento de pena previsto neste artigo apenas incidiria quando houvesse lesão corporal grave ou morte*, pois, caso contrário,

⁹⁴ LEAL, João José. *Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 147.

* Neste mesmo sentido, a jurisprudência: “Na hipótese de violência ficta, em atentado violento ao pudor, a Lei 8.072/90, arts. 9º e 2º, §1º, só tem incidência quando do fato resultar lesão grave ou morte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus n.º 12.065. Impetrante: Paulo Roberto Alves Ramalho. Paciente: Salvador Luiz de Oliveira. Relator: Edson Vidigal. 02 maio 2000. DJU 22 maio 2000, p. 126).

⁹⁵ MIRABETE, *Manual de...*, p. 451.

⁹⁶ FRANCO, p. 3219.

* Há decisões que seguem tal orientação: “Aplicação do art. 9º da Lei 8072/90 fere o princípio da individualização da pena consagrado no art. 5º, inciso XLVI, da CF. A utilização de um mesmo fato para mais de uma vez agravar a sanção punitiva constitui exercício duplo do *ius puniendi*, num verdadeiro desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*. Apelo parcialmente provido” (CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.º 95.00865-9. Relator: Ximenes Rocha. FRANCO, *Código Penal e sua...*, p. 3220).

* Neste sentido, a jurisprudência do TJSP: “O aumento de pena previsto no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos aplica-se às hipóteses de lesão grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao art. 223, *caput* e parágrafo do CP, expressos quanto à exigência de lesão corporal ou morte” (*Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, n.º 699, jan. 1994, p. 306).

ocorreria *bis in idem*, tendo em vista que o acusado já estaria sendo punido devido à presunção de violência prevista no art. 224 do CP⁹⁷.

Há, porém, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários na direção oposta, ou seja, que entendem que, nestes casos, não ocorre *bis in idem*, pois o fato de a vítima ser menor de 14 anos é considerado, primeiramente, como circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 213 ou 214 do CP) e, em segundo lugar, como causa de aumento de pena prevista em legislação extravagante (lei 8.072/90)*. É o que sustenta Guilherme de Souza NUCCI, ao expor que “o fato de a pessoa não poder *consentir* validamente, permitindo a tipificação do delito de estupro ou atentado violento ao pudor, não elimina outra consequência distinta, que é o crime sexual ter-se consumado contra vítima menor de 14 anos”⁹⁸. Logo, argumenta ser plenamente possível utilizar a idade da vítima para tipificar o crime sexual presumido como também para aumentar a pena, não havendo, de acordo com este entendimento, *bis in idem*.

Já para Damásio de JESUS – que considera hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor tanto na forma simples como nas formas qualificadas – as hipóteses elencadas no art. 224 do CP foram alteradas de causas de presunção de violência para serem também consideradas circunstâncias legais especiais, ou seja, causas de aumento de pena, sendo de aplicação obrigatória e de natureza objetiva, exigindo, porém, que integrem o dolo do agente^{99*}.

⁹⁷ DELMANTO, p. 431-432.

* Neste sentido, a jurisprudência do STJ: “A idade da vítima inferior a 14 (catorze) anos tanto serve para presunção da violência como para aumentar pela metade a pena aplicada. Na primeira hipótese é circunstância elementar do crime e na segunda causa de aumento prevista em lei esparsa, inexistindo, na hipótese, *bis in idem*. Precedentes do STF: HC 74.780” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Especial n.º 165.532. Recorrente: Miro Coelho de Lacerda. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Anselmo Santiago. DJU 01 fev.1999, p. 241).

⁹⁸ NUCCI, p. 696.

⁹⁹ JESUS, p. 98.

* Também neste sentido, a jurisprudência do TJSC: “As circunstâncias do art. 224 do Código Penal *ex vi* do disposto no art. 9º da Lei n.º 8072/90 foram transformadas pelo legislador de causas de presunção de violência em circunstâncias legais especiais, denominadas causas de aumento de pena, de natureza objetiva e de aplicação obrigatória” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.º 28.167. Relator: Alberto Luiz da Costa. 22 maio 1992. JC 70/430).

6 CONCLUSÃO

Como fora exposto, pode-se perceber que as polêmicas que envolvem o tema deste trabalho ainda permanecem acesas, tanto na doutrina como na jurisprudência nacionais. Isto ocorre devido à pluralidade de posicionamentos sobre as diversas questões relacionadas à presunção de violência.

Após a análise do histórico da presunção de violência e das hipóteses contidas no art. 224 do Código Penal brasileiro de 1940, pode-se dizer que há, ainda, grande divergência quanto à natureza jurídica da presunção contida na alínea *a* deste artigo, existindo argumentos para se sustentar tanto a natureza absoluta quanto a natureza relativa da presunção legal ali presente. Aqueles que sustentam a natureza absoluta desta presunção entendem que não há possibilidade de prova em contrário, ou seja, caso a vítima preencha a condição objetiva relacionada à idade (não maior de 14 anos), incide a presunção de violência do art. 224, *a* do Código Penal. De forma contrária, há quem entenda que esta presunção é de natureza relativa, cedendo diante de algumas circunstâncias existentes no caso concreto, como o erro de tipo sobre a idade da vítima, a existência de certas características subjetivas referentes à vítima (ser prostituta de porta aberta, ter comportamento reprovável, ser despudorada e sem moral, ser corrompida, ter experiências sexuais anteriores, etc.), bem como diante do seu consentimento válido. Ambos os entendimentos, porém, não ficam alheios às críticas, que foram devidamente expostas ao longo deste estudo.

Ademais, diante das “inadequadas” teorias que defendem a natureza absoluta ou relativa da presunção de violência, relatou-se a tese que sustenta a sua inconstitucionalidade e ilegalidade. A inconstitucionalidade (parcial) superveniente desta presunção deriva da ofensa ao princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado no art. 5.º, LVII, no que se refere ao aspecto de regra probatória. Já a ilegalidade está ligada à afronta a três princípios de Direito Penal: Direito Penal do fato, Direito Penal da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e Direito Penal da culpa. Como resultado desta tese, foram explicitadas as consequências jurídicas da não-recepção da presunção de violência pela Constituição

Federal, quais sejam, a necessidade de se narrar detalhadamente, na peça acusatória, os fatos caracterizadores do crime de abuso sexual, bem como a necessidade de se comprovar que a vítima estava impossibilitada, no caso concreto, de oferecer resistência, o que a impossibilitou de consentir de forma válida.

Por fim, foi analisada a legislação extravagante que mantém relação com a presunção de violência, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Crimes Hediondos. Tendo como base o Estatuto da Criança e do Adolescente, foram narradas as alterações sofridas no conceito de adolescente, o que possibilita que, na maioria dos casos, o consentimento do adolescente (com idade igual ou superior a 12 anos) seja considerado válido para a prática de atos sexuais.

Com relação à Lei dos Crimes Hediondos, foram expostos dois questionamentos ligados à presunção de violência do art. 224 do Código Penal. O primeiro deles é: os crimes de estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida são ou não hediondos? O segundo, por sua vez, consiste em se questionar se: é aplicável aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor a causa de aumento da pena prevista no art. 9º da lei 8.072/90? Dos diversos posicionamentos expostos, pode-se perceber que ainda há grande divergência, tanto doutrinária como jurisprudencial, com relação a estes dois importantes questionamentos, existindo argumentos para se sustentar qualquer das possibilidades acima expostas.

Assim, diante de todas as divergências acima apontadas e na falta de um Código Penal coerente com as modificações ocorridas no seio da sociedade, ao Juiz cabe a tarefa de posicionar-se da maneira que lhe pareça a mais correta, amparado pelos preceitos constitucionais, de forma que sua decisão seja a mais justa para a sociedade, atendendo aos seus anseios e adequando o ordenamento jurídico à realidade em que se vive.

REFERÊNCIAS

- 1 PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 2 ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. Ed. condensada. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.
- 3 MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- 4 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- 5 PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 6 DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 7 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 4.
- 8 JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.
- 9 MESTIERI, João. *Do Delito de Estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- 10 HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- 11 PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

12 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*: Notas sobre a Lei 8072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

13 GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*: estupro, atentado violento ao pudor, sedução, e corrupção de menores. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

14 BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 02 nov. 2005

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

16 DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

17 OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

18 BRASIL. Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 05 jun 2006.

19 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

20 FERREIRA NETO, Francisco Borges. *A presunção de violência pela menoridade no crime de estupro*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista_especial/11.htm> Acesso em: 01 jun. 2006.

21 CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. Estupro e atentado violento ao pudor – violência real e presumida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, jul. 1997.

22 SZNICK, Valdir. *Crimes Sexuais Violentos*: violência e ameaça, pudor e obsceno, desvios sexuais, rapto e estupro, atentado ao pudor. São Paulo: Ícone, 1992.

23 FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2.

24 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

25 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, n.º 494, dez. 1976.

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

27 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

28 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, n.º 646, ago. 1989.

29 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 21. ed. atual., v. 3, 1994.

30 BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 678, abr. 1992.

31 HUGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 8, 1947.

32 GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2001 (Série As ciências criminais no século 21).

- 33 PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- 34 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, n.º 536, jun. 1980.
- 35 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 66, n.º 506, dez. 1977.
- 36 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, n.º 436, fev. 1972.
- 37 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, n.º 695, set. 1993.
- 38 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, n.º 534, abr. 1980.
- 39 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 05 nov. 2005.
- 40 BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 06 mar. 2006.
- 41 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n. 7209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 42 CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Estupro: violência presumida. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 228, out. 96.

43 KUKINA, Sérgio Luiz. A violência presumida e o Estatuto a Criança e do Adolescente. *Revista de Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude*, v. 2, 2002.

44 BRASIL. Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm> Acesso em: 07 fev. 2006.

45 COUTINHO, Luiz Augusto. Estupro simples: crime hediondo ou hedionda aplicação da lei?. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n.º 15, ago-set/2002.

46 SILVA, Haroldo Caetano da. Estupro e atentado violento ao pudor cometidos mediante violência presumida: incoerência de crime hediondo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1039>>. Acesso em: 03 maio 2006.

47 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, n.º 735, jan. 1997.

48 LEAL, João José. *Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996.

49 REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, n.º 699, jan. 1994.

OBRAS CONSULTADAS

CAMARGO, Laura Valcazara. A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n.º 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2491>> Acesso em: 05 nov. 2005.

CRUZ, Luiz Henrique Vieira da. *A hediondez do crime de estupro*. Curitiba, 2004. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DANTAS, Bruno Macedo. Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea “a” do Código Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n.º 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1040>> Acesso em: 01 nov. 2005.

GOMES, André Luis Callegaro Nunes. A aplicabilidade da presunção de violência diante do consentimento da vítima nos crimes contra a liberdade sexual. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 10, n.º 118, p. 10-11, set. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Estupro e atentado violento ao pudor simples: são crimes hediondos?. *Pro Omnis*, São Paulo, 18 abr. 2003. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008094210389> Acesso em: 31 out. 2005.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Responsabilidade penal objetiva e a presunção de violência. *Doutrina ADCOAS*, São Paulo, v. 6, n.º 3, p. 100-103, mar. 2003.

JESUS, Damásio E. de. Estupro e atentado violento ao pudor nas formas típicas simples, são hediondos?. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n.º 789, p. 506-510, jul. 2001.

LEAL, João José. Estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos: desencontro entre a hermenêutica doutrinária e jurisprudencial. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 11, n.º 135, p. 8-9, fev. 2004.

MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. Violência real e ficta nos crimes contra os costumes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.º 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>> Acesso em: 28 abr. 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões criminais controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELO, Ricardo Galvão de. A problemática doutrinária do consentimento do ofendido. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n.º 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=987>> Acesso em: 28 out. 2005.

NACARATH, Gustavo Teixeira. Consentimento da vítima nos crimes sexuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n.º 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4718>> Acesso em: 01 nov. 2005.

PRUDENTE, Neemias Moretti. O art. 9º da lei dos crimes hediondos nos crimes contra os costumes. *O Estado do Paraná*, Curitiba, 07 maio 2006. Direito e Justiça, p. 2.

SILVA JR., Edison Miguel da. Quando o estupro não é crime hediondo. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 2, n.º 77. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=262>> Acesso em: 28 abr. 2006.

SZNICK, Valdir. *Comentários à lei dos crimes hediondos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1993.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.