



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**ANDRÉ MOREIRA PEGORIM**

**A RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A  
LIBERDADE SEXUAL**

**PALHOÇA (SC)  
2009**

**ANDRÉ MOREIRA PEGORIM**

**A RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A  
LIBERDADE SEXUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa  
Catarina, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Andréia Regis Vaz, Msc.

**Palhoça (SC)  
2009**

**ANDRÉ MOREIRA PEGORIM**

**A RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A  
LIBERDADE SEXUAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça (SC), 25 de junho de 2009.

---

Prof<sup>a</sup>. e orientadora Andréia Regis Vaz, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Gustavo Noronha de Ávila  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof<sup>a</sup>. Cristiane Goulart  
Universidade do Sul de Santa Catarina

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

### **A RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça (SC), 25 de junho de 2009.

---

André Moreira Pegorim

Dedico este trabalho este trabalho a todos que sempre me apoiaram e acreditaram em mim, em especial à minha família e amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Pai Celestial, primeiramente, por iluminar meu caminho e por me dar força para enfrentar todos os obstáculos desta caminhada.

Aos meus pais, Eduardo e Patrícia, pelo aporte material e emocional, bem como pela dedicação desde sempre.

A minha namorada, Maria Fernanda, pela ajuda e apoio dados desde o início, assim como pela compreensão em todos os momentos.

Ao Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho e à Juíza Monike Silva Póvoas pelo ensinamento e paciência.

À orientadora, Professora Andréia Regis Vaz, pelo suporte ofertado durante a elaboração do presente trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho traz como tema de pesquisa a relativização da violência presumida nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. O objetivo deste trabalho é descrever as hipóteses de cabimento da violência presumida nos delitos sexuais e analisar em que circunstâncias essa presunção pode ser relativizada. A formação do presente se dá pela utilização do método de pesquisa exploratória, consistente no estudo bibliográfico doutrinário, jurisprudencial, bem como, na consulta à legislação. O método escolhido para desenvolvimento do trabalho é o dedutivo, ou seja, a partir do conhecimento de normas gerais, dirigir-se-á à investigação dos fenômenos particulares que compõem o objeto da pesquisa. Adotar-se-á o método de procedimento monográfico, por meio do qual se fará a investigação com enfoque em apenas um tema, analisando-o de maneira exauriente. O Código Penal, em seu art. 224, estabelece três situações em que não é necessário que haja violência real ou grave ameaça para a configuração dos delitos contra a liberdade sexual, insculpidos no Capítulo IV do Título VI do Código Penal. Ocorre que na década de 1940, época em que o Código Penal entrou em vigor, diferentemente dos tempos atuais, não havia tanta liberdade para se falar em sexualidade, quando as crianças e adolescentes não tinham aflorada sua sexualidade. A relativização da presunção de violência, não representa a legalização da prática sexual entre adultos e crianças, adultos e adolescentes ou até mesmo entre adolescentes e crianças. Na realidade, o Código Penal não se ocupou em invadir a vida privada das pessoas, mas sim garantir que quando a decisão for tomada, esta esteja livre de qualquer vício. Com isso, tem-se que violência presumida deve ter sua aplicabilidade analisada no caso concreto, para que, assim, se alcance a verdade real buscada pelo direito penal, evitando-se injustiças ao se condenar alguém que manteve relações sexuais, por exemplo, consentidas.

**Palavras-chave:** Crimes contra liberdade sexual. Presunção de violência. Relativização.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 DELITOS EM QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA É APLICÁVEL.....</b>	<b>10</b>
2.1 CRIME DE ESTUPRO.....	10
2.2 CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.....	19
<b>3 DISPOSIÇÕES GERAIS E ESPÉCIES DE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS .....</b>	<b>25</b>
3.1 FORMAS QUALIFICADAS .....	25
3.2 AÇÃO PENAL.....	27
3.3 CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA.....	29
3.4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA .....	32
<b>3.4.1 Vítima menor de catorze anos .....</b>	<b>32</b>
<b>3.4.2 Ofendida alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância .....</b>	<b>34</b>
<b>3.4.3 Outras causas de impossibilidade de a vítima oferecer resistência.....</b>	<b>36</b>
<b>4 NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PODE SER RELATIVIZADA.....</b>	<b>37</b>
4.1 NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	37
4.2 HIPÓTESES EM QUE SE TEM ACEITO A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CASOS DA VÍTIMA NÃO SER MAIOR DE 14 ANOS.....	40
<b>4.2.1 Vítima com experiência sexual.....</b>	<b>41</b>
<b>4.2.2 Adolescente menor de catorze anos de idade que aparenta ter idade superior .....</b>	<b>43</b>
<b>4.2.3 Ato sexual com consentimento do sujeito passivo.....</b>	<b>44</b>
4.3 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIA.....	48
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tratará sobre a relativização da violência presumida nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

O objetivo deste trabalho é descrever as hipóteses de cabimento da violência presumida nos delitos sexuais e analisar em que circunstâncias essa presunção pode ser relativizada.

A formação do presente trabalho dá-se pela utilização do método de pesquisa exploratória, ou seja, consiste no estudo bibliográfico doutrinário, jurisprudencial, bem como, na consulta à legislação.

Realizar-se-á uma pesquisa bibliográfica, adotando-se como base as doutrinas que abordam com maior precisão e profundidade o tema em estudo, as quais serão enriquecidas por meio da análise do Código Penal e jurisprudências pertinentes.

O método escolhido para desenvolvimento do trabalho é o dedutivo, ou seja, a partir do conhecimento de normas gerais, dirigir-se-á à investigação dos fenômenos particulares que compõem o objeto da pesquisa monográfica.

Adotar-se-á o método de procedimento monográfico, por meio do qual se fará a investigação com enfoque em apenas um tema, que será analisado de maneira exauriente.

O Código Penal, em seu art. 224, estabelece que quando a vítima de crimes sexuais for menor de 14 (catorze) anos, alienada mental ou não puder, por outros motivos, oferecer resistência, a violência é presumida, ou seja, não é necessário que haja a violência real ou a grave ameaça, que são requisitos exigidos para a configuração dos delitos de estupro (art. 213) ou de atentado violento ao pudor (art. 214), ambos inculpidos no Capítulo IV do Título VI do Código Penal.

Ocorre que o Código Penal, e os citados artigos, são da década de 1940, na qual uma criança de apenas catorze anos de idade ainda não tinha aflorada sua sexualidade.

Porém, as crianças de hoje não são como as de antigamente, já que com a facilidade de acesso aos sistemas de comunicação – em especial a televisão – a

sexualidade se aflora, muitas vezes, antes dos catorze anos, tendo algumas delas, inclusive, vida sexual ativa, o que, contudo, não pode ser generalizado.

O presente trabalho está dividido em cinco capítulos. O primeiro é composto por esta introdução, na qual se expõe os métodos utilizados na presente pesquisa, bem como a problematização do tema a ser estudado.

No capítulo seguinte, serão abordados os delitos em que pode ser aplicada a presunção de violência, demonstrando suas principais características e peculiaridades.

Tratar-se-á, no terceiro capítulo, sobre as Disposições Gerais previstas no Capítulo IV do Título VI do Código Penal, quais sejam, as formas qualificadas, os tipos de presunção de violência, as espécies de ações penais e as causas especiais de aumento de pena, sendo que se dará maior enfoque aos casos de presunção de violência.

No quarto capítulo, serão demonstradas as hipóteses em que se tem aceito na doutrina e na jurisprudência a relativização da violência presumida quando a vítima não é maior de catorze anos.

Por fim, será apresentada uma conclusão sobre o trabalho realizado, bem como uma opinião acerca do tema estudado, tendo como base o conhecimento absorvido.

## 2 DELITOS EM QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA É APLICÁVEL

Serão estudados, neste Capítulo, os crimes em que a presunção de violência é aplicável, ou seja, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, apresentando suas principais características.

### 2.1 CRIME DE ESTUPRO

O crime de estupro está previsto no art. 213 do Capítulo IV do Título VI do Código Penal e é tipificado como o ato de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, sendo este punido com pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Aluízio Bezerra Filho (2003, p. 27) ensina que estupro “consiste em constranger mulher, de qualquer idade ou condição, à conjunção carnal, por meio de violência ou grave ameaça”.

Luiz Regis Prado (2008, p. 636-637) assevera que os crimes de natureza sexual, dentre os quais o estupro, eram severamente punidos pelos antigos povos. Mais adiante, doutrina que:

[...] o Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais sob a rubrica genérica *estupro*. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos, mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão.

Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 643), ao lecionar sobre o tema, elucida que se trata de um delito hediondo, conforme preceitua o art. 1º, V, da Lei n. 8.072/90.

José Henrique Pierangeli (2007, p. 463) afirma o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, ou seja, o direito que esta tem de dispor de seu corpo de acordo com sua vontade.

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado (2008, p. 637-638) assevera que o bem jurídico tutelado “é a liberdade sexual da mulher em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem o direito pleno à inviolabilidade carnal, mesmo em relação ao marido”. Esmiuça afirmando que:

[...] entende-se por liberdade sexual, a capacidade do sujeito – no caso em epígrafe, da mulher – ‘de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si, como no concernente à escolha de seu parceiro, (...) na capacidade de se negar a executar ou a tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente’ (CARMONA SALGADO, C. Delitos contra la libertad sexual (I). In: Cobo Del Rosal, M. (Dir.). *Curso de Derecho Penal español*, P.E., I, p. 303 *apud* PRADO, 2008, p. 637-638).

E continua:

[...] a liberdade sexual, como objeto de tutela do Direito Penal sexual, relaciona-se com uma determinada percepção do que representa a dimensão sexual na vida humana e da missão que corresponde ao Direito Penal nesse campo. Busca-se garantir a toda pessoa que possua a capacidade de autodeterminação sexual que a exerça com liberdade de escolha e de vontade.

A preocupação aqui é assegurar ou garantir que a atividade sexual das pessoas seja exercida em condições de plena liberdade.

Cesar Roberto Bitencourt (2008, p. 1) doutrina que “o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da mulher, ou seja, a faculdade que tem a mulher de escolher livremente seu parceiro sexual, podendo recusar seu próprio marido”.

Faz, em seguida, uma análise do crime em si, ensinando que o núcleo do tipo – constranger – “significa tolher a liberdade, forçar ou coagir. Nesse caso, o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal”. Quanto ao elemento subjetivo, ainda de acordo com o lecionamento de Bitencourt, é o dolo, inexistindo a forma culposa.

Guilherme Nucci (2003, p. 646) classifica o crime em estudo como um delito próprio, haja vista que possui sujeito ativo qualificado ou especial; material, pois exige resultado naturalístico, consistente na violação da liberdade sexual da ofendida; vinculado, posto somente existe se houver conjunção carnal; comissivo, porquanto exige uma ação, ou, excepcionalmente, omissivo impróprio, quando há omissão; instantâneo, uma vez que o resultado não se prolonga no tempo.

Divergindo da corrente doutrinária predominante, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 5) entende que o crime de estupro é comum, pois “o fato de somente o homem, em tese, ser o sujeito ativo não o qualifica como crime próprio”, classificando, ainda, o delito como sendo material, posto que “causa transformação no mundo exterior”; doloso, não havendo, para tanto, a previsão da modalidade culposa; instantâneo, em razão de que “a consumação não se alonga no tempo”; unissubjetivo, já que “pode ser cometido por uma única pessoa” e, por fim, plurissubsistente, porquanto “a conduta pode ser desdobrada em vários atos”.

Conforme ensinam Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Führer (2008, p. 585), o delito em análise:

[...] consiste em forçar uma mulher ao coito vaginal, mediante violência ou grave ameaça. Assim, o pressuposto necessário deste crime é a discordância da vítima e a sua resistência. Não há estupro consensual. Isto significa que é imprescindível um nexa etiológico entre a violência ou ameaça (causa) e a submissão da vítima (efeito).

Ademais, instruem que constranger é “forçar, obrigar, coagir, violentar”, acrescentando que “em princípio, o crime é comissivo (exige ação), mas pode ocorrer na forma comissiva por omissão”, exemplificando essa com “o pai, ciente do atentado sexual que ocorrerá, deliberadamente deixa de proteger a filha menor” (p. 588).

Após, Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Führer (2008, p. 586), ao discorrerem acerca dos elementos objetivos do estupro, doutrinam que conjunção carnal:

[...] é exclusivamente o coito vaginal, assim entendida a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina, ocorrendo ou não ejaculação. Tem-se entendido que o mero coito vulvar (vulva é a parte exterior do aparelho sexual da mulher) não caracteriza o crime [...]

Ainda sobre os elementos objetivos, Aluizio Bezerra Filho (2008, p. 27) doutrina que:

[...] a conduta típica é manter conjunção carnal mediante, unicamente, cópula vaginal, por meio dos órgãos sexuais do homem e da mulher, utilizando-se, ante o dissenso da vítima, de violência ou grave ameaça, gerando assim constrangimento à mulher.

Violência é o emprego de força física contra alguém, causando-lhe, ou não, lesões corporais, de modo que o laudo pericial, para a sua caracterização, é prescindível ante a presença de outras provas.  
Ameaça grave é aquela que a vítima não pode resistir, diante das circunstâncias do fato.

Acerca da adequação típica do tipo objetivo do crime, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 2) professa que:

[...] a ação típica é *constranger* (forçar, compelir) *mulher* (somente pessoa do sexo feminino), virgem ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, *mediante violência (vis corporalis)* ou *grave ameaça (vis compulsiva)*, à *conjunção carnal* (cópula vaginal). Qualquer outra forma de coito, dita anormal, constituirá atentado violento ao pudor. O *constrangimento ilegal* tem a finalidade da prática de conjunção carnal. A violência aliada ao dissenso da vítima deve ser longamente demonstrada.

Guilherme Nucci (2003, p. 645) explana que conjunção carnal é um termo específico e significa:

[...] a introdução do pênis na vagina. Tal interpretação advém, dentre outros motivos, do fato de o legislador ter utilizado, no artigo seguinte, a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, dando mostras de que, afora a união pênis-vagina, todas as demais formas de libidinagem estão compreendidas no tipo penal do art. 214. Não importa, para a configuração do tipo penal, se houve ou não ejaculação e muito menos se o hímen rompeu-se (no caso da mulher virgem) [...].

Em seguida, Guilherme Nucci (2003, p. 643) aclara que “há, também, a presença do elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de obter a conjunção carnal”, explicitando que “tal objetivo é que diferencia o estupro do constrangimento ilegal”.

Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 96) corrobora tal entendimento, asseverando que:

[...] o crime somente é punível a título de dolo, que consiste na vontade de obter a conjunção carnal. Tal elemento subjetivo irá distinguir a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor, quando os atos poderão ser os mesmos e somente a intenção do agente fará a distinção entre as duas figuras. O tipo não reclama nenhum fim especial do agente.

Acerca do sujeito ativo do delito, José Henrique Pierangeli (2007, p. 463) ensina que “só pode ser o homem, porque somente ele pode constranger a mulher

ao coito normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher (*introductio penis intra vas*), com ou sem o objetivo de procriação”.

Nesse norte, Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Führer (2008, p. 587-588) ensinam que há duas correntes tradicionais. A primeira, e minoritária, sustenta que:

[...] o tipo se satisfaz com o *dolo genérico* consistente na vontade livre e consciente de constranger a mulher à conjunção carnal (introdução do pênis na vagina), mediante o uso de violência ou grave ameaça (Damásio, *Código*, p. 713; Capez, *Curso*, PE, 3, p. 6). Embora esta corrente advogue que o tipo se satisfaz com o dolo genérico, seus postulados se referem a um autêntico dolo específico (ou elemento subjetivo do injusto especial) consistente na vontade de “constranger a mulher à conjunção carnal”.

Posteriormente, lecionam que a segunda corrente:

[...] identifica um elemento subjetivo especial (*dolo específico*), caracterizado justamente pelo fim de alcançar a conjunção carnal (Hungria, *Comentários*, VIII, p. 113; Noronha, *Direito*, 3, p. 82; Fragoso, *Lições*, PE, I, p. 6; Mirabete, *Manual*, PE, 2, p. 406; Delmanto, *Código*, p. 413; Nucci, *Código*, p. 583; Régis Prado, *Curso*, PE, 3, p. 260). Como a conjunção e qualquer outro ato aparentemente libidinoso podem compor a execução de um crime mais grave, como um homicídio p. ex., através da contaminação de uma doença venérea mortal e incurável, entendemos que o tipo em estudo reclama a presença do dolo específico de satisfazer a lascívia (desejo sexual).

Aluízio Bezerra Filho (2003, p. 27) corrobora o entendimento acima transcrito, afirmando que o tipo subjetivo “consiste na vontade específica do agente em manter conjunção carnal, mediante constrangimento, com a vítima. O dolo é específico. Não há modalidade na forma culposa”.

Ainda sobre o tipo subjetivo, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 4) doutrina no sentido de que:

[...] o elemento subjetivo geral é o dolo, constituído pela vontade consciente de constranger a vítima, contra a sua vontade, à prática de conjunção carnal, e o *elemento subjetivo especial* é representado pelo *especial fim* de constranger à conjunção carnal. Não há previsão de modalidade culposa. É desnecessária a *finalidade* de *satisfazer a própria lascívia* para caracterizar o crime.

Acerca do sujeito ativo, Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Führer (2008, p. 585) ensinam que:

[...] o *autor imediato* do estupro deve necessariamente ser homem capaz de manter conjunção carnal, já que um elemento essencial do crime é a introdução do pênis na vagina. É possível, entretanto, a *participação* ou *co-autoria* feminina (mulher que ameaça, emprega violência, segura a vítima, induz, auxilia, instiga, etc.). A mulher ainda poderá figurar como autora mediata de estupro quando, *v.g.*, se valer de um inimputável para estuprar outra mulher.

E concluem afirmando:

[...] como a liberdade sexual da vítima, hoje, é considerada absoluta, entende-se que também o marido pode cometer estupro contra sua esposa. Outrora, porém, entendia-se que a mulher estava brigada a se submeter aos desejos do marido, mesmo que fosse à força (*debitum conjugale*).

Acerca do sujeito ativo, Luiz Regis Prado (2008, p. 638) assevera:

[...] diante da clara redação do artigo 213 do Código Penal, *sujeito ativo* do delito em exame é sempre o homem (delito comum). É possível o concurso de agentes com a participação de pessoa do sexo feminino, por meio instigação, induzimento ou cumplicidade. Excepcionalmente, na hipótese de o sujeito ativo da cópula carnal sofrer coação irresistível por parte de outra mulher para a realização do ato, pode-se afirmar que o sujeito ativo do delito é uma pessoa do sexo feminino, já que, nos termos do artigo 22 do Código Penal, somente o coator responde pela prática do crime. [...] Registre-se, porém, a existência de casos de hermafroditismo que expressam um bissexualismo quase complexo, de forma que não pode ser afastada a hipótese de uma destas pessoas, aparentemente do sexo feminino, praticar um delito de estupro, embora se trate de possibilidade raríssima.

Aluízio Bezerra Filho (2003, p. 27) afirma, sucintamente, que:

[...] apenas o homem pode ser autor deste crime, porquanto somente ele pode manter relação sexual com a mulher mediante a realização do coito, com penetração do pênis, órgão sexual masculino, na vagina, órgão sexual feminino.

Igualmente, Guilherme Nucci (2003, p. 644) afirma que somente o homem pode ser o sujeito ativo “tendo em vista que o sujeito passivo é apenas a mulher”. Continua doutrinando no sentido de que, no caso do sujeito ativo, o marido deve ser incluído, “uma vez que a esposa não é objeto sexual, possuindo direito no contexto da sociedade conjugal, como lhe assegura a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 226, § 5º)”.

Prossegue asseverando que:

[...] não é crível que no atual estágio da sociedade, inexistindo naturalidade no relacionamento sexual de um casal, tenha o homem o direito de subjugar a mulher à conjunção carnal, com o emprego de violência ou grave ameaça, somente porque direito civil assegura a ambos o débito conjugal. Tal situação não cria o *direito* de *estuprar* a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento.

Celso Delmanto e outros (2007, p. 587) ensinam que em décadas passadas, grandes autores – entre os quais Bento de Faria, Galdino Siqueira, Nelson Hungria, entre outros – entendiam que a mulher não poderia ser vítima de estupro praticado por seu marido, “porquanto seria penalmente lícito constranger a mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Entretanto, afirmam:

[...] entendemos que o marido pode ser autor do estupro contra a própria esposa, não se sustentando, nos tempos atuais, aquele entendimento. O crime de estupro nada mais é do que o delito de constrangimento ilegal (CP, art. 146), mas visando à conjunção carnal, sendo que esta, por si mesma, não é crime autônomo. Assim, embora a relação voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção à força não constitui exercício regular de direito (CP, art. 23, III, segunda 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.

Como visto alhures, ainda que indiretamente, somente a mulher pode ser sujeito passivo do delito em questão, não importando se virgem ou não.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 2) ensina que:

[...] *sujeito passivo* é somente a mulher, virgem ou não, recatada o não, inclusive cônjuge ou companheira. O *constrangimento ilegal* empregado pelo marido para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito.

A liberdade sexual é um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar. No crime de estupro não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa, menor, etc.

Corroborando esse entendimento, José Henrique Pierangeli (2007, p. 464) doutrina que:

[...] o nosso Código, seguindo uma tradição que vem desde as Ordenações, considera ser unicamente a mulher sujeito passivo do crime de estupro. O

homem, por mais aviltante que seja o ato contra ele praticado, não pode ser sujeito passivo do crime de estupro.

Sobre o sujeito passivo, Luiz Regis Prado (2008, p. 639) ensina:

[...] o tipo legal em análise não deixa dúvidas de que no Direito brasileiro o legislador elegeu apenas a mulher como *sujeito passivo* do delito de estupro, pouco importando sua idade, estado civil ou honestidade, sendo pacífico na doutrina nacional o entendimento de que também a prostituta pode ser vítima do delito em epígrafe.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 4-5), ao comentar a consumação e a tentativa no delito de estupro, discorre que:

[...] o crime de *estupro* consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal; consuma-se, enfim, com a *cópula vaginal*, sendo desnecessária a ejaculação.

E continua afirmando:

[...] doutrinariamente, é admissível a tentativa, embora a dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se o crime de estupro na forma tentada quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No *estupro*, como crime complexo que é, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui *início de execução*, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da *tentativa* basta que o agente tenha *ameaçado gravemente* a vítima como o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal. Para distinguir a tentativa de *estupro* da tentativa de *atentado violento ao pudor*, deve-se analisar o *elemento subjetivo* que orientou a conduta do agente.

Nesse norte, José Henrique Pierangeli (2007, p. 469-470) ensina que a consumação ocorre com a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina (*imissio penis in vaginam*), não sendo necessário que ocorra o orgasmo ou ejaculação, ou seja, *imissio seminis*.

Posteriormente, complementa no sentido de que:

[...] pode haver tentativa de estupro sem que ocorra um ato libidinoso, como quando o agente é surpreendido em local ermo, quando o agente determina à vítima que levante suas vestes, sem ter nela ainda tocado. Assinala-se ter sido este também o entendimento da Corte de Cassação francesa, que, posteriormente, reformulou a sua opinião. Na realidade, a distinção entre a tentativa de estupro e o atentado violento ao pudor consumado está na real intenção do agente.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 4) aduz que o delito se configura com a supressão de a vítima se defender ou opor-se ao ato sexual. Ensina, ainda, que na resistência da ofendida também vigem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois não se pode esperar a prática de atos heróicos para que se demonstre seu dissenso à agressão. Conclui afirmando que:

[...] para a configuração do crime de estupro não há necessidade de que a violência seja traduzida em lesões corporais. Exige a lei que a resistência da vítima à consumação seja sincera, mas não se exige que se prolongue até o desfalecimento.

No mesmo sentido, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 96) ensina:

[...] consuma-se o crime com a introdução, completa ou incompleta, do pênis na vagina da ofendida. Basta, pois, a introdução parcial, não se exigindo a ejaculação. Havendo simples contato entre os órgãos sexuais do homem e da mulher, sem a introdução do órgão viril, somente se poderá falar em tentativa.

Admite-se, portanto, a tentativa. Para sua caracterização, é preciso que o agente demonstre sua intenção de manter relacionamento sexual normal com a vítima. Ausente tal intenção, estaremos diante de atentado violento ao pudor.

Sobre a necessidade de dissenso da ofendida, Nelson Hungria (1983, p. 107-108) lecionava que:

[...] O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor, ou com o jogo de simulada esquivança ante uma *vis grata*.

Corroborando o entendimento, Celso Delmanto e outros (2007, p. 589) prelecionam:

[...] a oposição da vítima deve ser sincera e positiva, manifestando-se por inequívoca resistência (TJSP, RT 533/326). Não basta a oposição meramente simbólica (TJSP, RT 535/287), por simples gritos (TJSP, RT 429/400), ou passiva e inerte (TJSP, RT 429/376). No entanto, o comportamento passivo da vítima pode não descaracterizar o crime, se é fruto do pânico provocado pelo número de ofensores (TJSC, RT 545/398)

ou de grave situação de fato, no momento do crime (TJSP, *RJTJSP* 80/346).

Feita a análise do crime de estupro, insculpido no art. 213 do Código Penal, passa-se para um exame do delito de atentado violento ao pudor.

## 2.2 CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Conforme prevê o art. 214 do Código Penal Brasileiro, o delito de atentado violento ao pudor consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, com sanção corporal de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

José Henrique Pierangeli (2008, p. 472) doutrina que este crime protege a liberdade sexual do ser humano, independentemente do sexo e incide “sobre a liberdade de opção sexual e de sua prática”.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 8) ensina que o bem jurídico tutelado por este artigo “é a liberdade sexual de homem e mulher, indiferentemente, ao contrário do que ocorre no crime de estupro, que protege exclusivamente esse direito de pessoa do sexo feminino”.

Luiz Regis Prado (2008, p. 644) assinala que:

[...] o bem jurídico tutelado, como no estupro, é a liberdade sexual em sentido amplo, inclusive a integridade e a autonomia sexual do sujeito passivo, não se permitindo que nenhuma pessoa sofre constrangimento para dispor de seu corpo para fim libidinoso. Visa, por conseguinte, assegurar o direito à inviolabilidade carnal.

Nesse sentido, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 99) preleciona que a objetividade jurídica do crime previsto no art. 214 do Código Penal é “a liberdade sexual, o direito de dispor sexual do próprio corpo”.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 8-9) leciona que tanto o homem como a mulher podem ser sujeitos ativo e passivo, em relações hetero e homossexuais. Continua professando que qualquer dos cônjuges pode submeter “o outro à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, porém “nenhum dos cônjuges tem o

direito de subjugar seu consorte e submetê-lo, contra a vontade, à prática sexual, seja de que natureza for”.

Corroborando o entendimento, Luiz Regis Prado (2008, p. 644) doutrina que tanto o homem como a mulher podem figurar em qualquer dos pólos, assinalando, outrossim, que uma pessoa do sexo feminino pode praticar o delito em estudo contra um homem e, neste caso, ainda que se esteja buscando a conjunção carnal, o crime será o insculpido no art. 214 do Código Penal em razão da particularidade do sujeito passivo.

Nesse norte, José Henrique Pierangeli (2007, p. 473) afirma se trata “de crime comum, em que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, de ambos os sexos, maior de dezoito anos, que é a idade imputabilidade”.

Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 99) instrui:

[...] qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime. Diferentemente do estupro, onde apenas o homem pode ser agente do delito, por se exigir a prática de conjunção carnal, no atentado violento ao pudor também a mulher pode ser sujeito ativo.

Tanto o homem como a mulher, por outro lado, podem ser sujeitos passivos, não se exigindo qualquer qualidade especial do ofendido. Não há necessidade de que a vítima compreenda o caráter libidinoso do ato praticado. Basta que ofenda pudor médio e tenha conotação sexual para que se constitua delito.

Em seguida, doutrina que a mulher, assim como no delito de estupro, pode ser vítima do próprio marido, pois com o matrimônio a esposa não perde o direito ao próprio corpo, não podendo ficar aos caprichos do cônjuge (2008, p. 100).

Sobre o sujeito passivo, José Henrique Pierangeli (2007, p. 473) afirma:

[...] no pólo passivo aparecem, normalmente, menores impúberes de ambos os sexos. Todavia, tratando-se de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ‘não é cerebrina a afirmação de que o próprio homem adulto pode ser vítima, sendo delinqüente mulher’ (Noronha). Nada impede, realmente, dentre outros atos libidinosos tendentes à satisfação da lascívia, seja um homem adulto constrangido a realizar a *felatio in ore* com uma mulher.

Acerca da adequação típica do tipo objetivo, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 9) ensina constranger tem o mesmo sentido do exposto sobre o delito de estupro, entretanto, complementa, a finalidade “é a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, ficando afastada a cópula vagínica. Esmiuçando o tipo penal, explica:

[...] na forma *praticar* é a própria vítima obrigada a realizar o ato; na forma *permitir*, aquela é submetida à violência de forma passiva. Libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual. Embora a cópula vagínica também seja ato libidinoso, está duplamente afastada: primeiro, pela especialidade do art. 213; segundo, pela expressa referência deste artigo: *diverso da conjunção carnal*.

Prossegue aclarando que “a introdução de dedos na vagina da ofendida caracteriza o delito de atentado ao pudor e não o de estupro, pois que neste é componente do tipo a conjunção carnal”.

Ainda, Celso Delmanto e outros (2007, p. 593) professam que o termo “constranger, mediante violência ou grave ameaça”, contido no art. 214 do Código Penal, tem o mesmo significado do texto expresso no artigo antecedente. Porém, o “constrangimento não visa à cópula vagínica mas a coagir o ofendido a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção”.

Ensinam, ademais, que o termo “ato libidinoso”:

[...] é o ato lascivo, voluptuoso, que visa ao prazer sexual. Para a tipificação do crime deste art. 214, costuma-se considerar necessário que haja *contato corporal* no ato libidinoso. Quanto à contemplação *lasciva*, as opiniões se dividem: *a.* não configura (H. Fragoso, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 1962, v. II, p. 498); *b.* configura (Magalhães Noronha, *Direito Penal – Parte Especial*, 1995, v. III, p. 125). Entendemos mais acertada a primeira posição.

Sobre o tema, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 100-101) ensina:

[...] *ato libidinoso* é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Para a caracterização do crime, porém, deve ser diverso da conjunção carnal, ou seja, diferente da cópula normal obtida mediante violência, que está presente no crime estupro. Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual. Além disso, subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia.

E continua:

[...] há determinados atos que, inequivocamente, são libidinosos, como o coito anal, o coito *inter femora*, a *fellatio in ore*. Outros, porém, não se revestem dessa objetividade, e somente a análise das circunstâncias do ato é que nos poderá levar à conclusão de que se trata, ou não, de atos libidinosos. Tal dificuldade surge em razão de o conceito de ato libidinoso abranger não apenas o equivalente ou sucedâneo fisiopsicológico da

conjunção carnal, mas também outras manifestações de libidinagem em que, embora não se realizem sobre ou com os órgãos sexuais nem levem à plena satisfação genésica, estejam presentes o impulso lascivo e a ofensa à moralidade média.

[...] *praticar* significa executar, realizar. Essa forma abrange a participação ativa da vítima, quando ela é quem pratica o ato libidinoso, como ocorre na *fellatio* ou na masturbação.

Afirma, ainda, que o ato de permitir é uma “atitude passiva da vítima, que se submete aos caprichos de seu agressor”, inibindo sua vontade em função da grave ameaça ou violência exercida. Esclarece que a iniciativa compete exclusivamente ao autor, sendo a inércia a única contribuição da vítima.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 10), o tipo subjetivo geral do delito em estudo “é o *dolo*, constituído pela vontade consciente de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Esclarece a seguir que:

[...] é absolutamente irrelevante a eventual existência da finalidade de satisfazer a própria lascívia. Contudo, a despeito da divergência doutrinário-jurisprudencial, é necessário o *elemento subjetivo especial do injusto*, ou seja, o fim especial de violentar a vítima (homem ou mulher), sob pena de não se configurar o delito de atentado ao pudor.

Sobre o tema, José Henrique Pierangeli (2007, p. 476) discorre:

[...] trata-se crime exclusivamente punível a título de dolo, que é a vontade de praticar a conduta incriminada, ou seja, a vontade de constranger a vítima mediante violência ou grave ameaça à prática (sic) de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Em seguida, questiona se somente o dolo é suficiente para compor o tipo subjetivo, ensinando que o tema não é pacífico na doutrina, existindo duas correntes. A primeira sustenta que é necessário “que ao dolo se agregue um fim subjetivo especial, o de agir o autor com o objetivo de saciar seu apetite sexual, sem valer-se, contudo, do coito vagínico”.

A segunda corrente – ensina José Henrique Pierangeli (2007, p. 476) –, chamada de “objetivista”, ampara-se no sentido de que basta a ocorrência do dolo, e que “o ato deve ser considerado objetivamente quanto ao seu conteúdo sexual, independentemente do ânimo do autor”, sendo suficiente que “ocorra uma restrição à liberdade sexual da vítima e signifique uma ofensa ao seu pudor”.

Confirmando a doutrina exposta acima, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 102) leciona:

[...] de um lado, colocam-se os que entendem que, além do dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, para a caracterização do delito seria necessária uma finalidade especial do agente, que consistiria na satisfação da própria lascívia. De acordo com tal entendimento, não praticaria o crime de atentado violento ao pudor aquele que, para se vingar de um desafeto, o constrangesse a praticar a felação [...].

Outros entendem que, para a caracterização do crime, basta a vontade livre e consciente de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não se indagando de qualquer outro fim especial de agir.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 10) assim classifica o crime de atentado violento ao pudor:

Trata-se de crime *comum* (pode ser praticado por qualquer pessoa); material (crime causa de transformação no mundo exterior); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubsistente* (a conduta pode ser desdobrada em vários atos).

Acerca da consumação e tentativa do crime atentado violento ao pudor, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 103) leciona que é admissível a tentativa e que há dois momentos distintos, o da prática delitiva e o do emprego da grave ameaça ou violência. Doutrina, também, que:

[...] em alguns casos, será impossível fracionar-se o crime, pois, ao mesmo tempo, o agente empregará a violência e praticará o ato de libidinagem. O crime estará consumado. Todavia, há casos em que o agente, ao empregar a violência, é impedido de prosseguir, antes de praticar o ato libidinoso. Nessas hipóteses, ficando demonstrada a intenção de lesar o pudor da vítima, estará caracterizada a tentativa.

Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 103-104) assevera ainda que:

[...] há atentados ao pudor que podem fracionar-se em diversos atos, já por si libidinosos. É o caso do agente que, com a intenção de constranger a vítima ao coito anal, a domina, despe-lhe as vestes e a toca nas partes íntimas, preparando-a para o ato que se propõe. Para a caracterização do crime, não é necessário que ele atinja sua finalidade específica de praticar o coito anal. Com o primeiro ato libidinoso, o de despir a vítima, já estará consumado o crime, visto que já se encontram presentes todos os elementos de sua definição legal.

Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 10) que o momento da consumação coincide com a prática do ato libidinoso, afirmando que a tentativa, embora aceita teoricamente, é de difícil comprovação.

José Henrique Pierangeli (2007, p. 476-477) discorre que há estudiosos que entendem possível a tentativa, e outros que estimam como impossível sua configuração. Todavia, filia-se à corrente doutrinária que aceita a tentativa, exemplificando a tese da seguinte forma:

[...] imagine-se, a título de exemplo, um garoto e oito anos de idade, sem calças e com as nádegas viradas para um indivíduo adulto, em estado de ereção, com as mãos na cintura da vítima, ato com que busca a introdução de seu pênis no ânus do ofendido, quando é surpreendido pela presença de uma pessoa, que o faz perder a ereção. Não se pode deixar de reconhecer no exemplo uma tentativa de atentado violento ao pudor. Nessa linha de raciocínio, e até mais avançada, já se admitiu que o uso da violência ou grave ameaça já significa um início de execução e, quando não chega à consumação, deve ser reconhecida a tentativa.

Por fim, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 9-10) faz uma crítica à desproporcionalidade da sanção abstrata, considerando sexo anal e oral e os demais atos libidinosos, afirmando que:

[...] se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínima de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve-se desclassificar para a contravenção do art. 61 (LCP). Caso contrário, deve-se declarar sua inconstitucionalidade, por violar os princípios *da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade* do bem jurídico.

Ademais, assegura:

[...] beijo lascivo, os tradicionais 'amassos', toques nas regiões pudendas, 'apalpadelas' sempre integraram os chamados 'atos libidinosos diversos de conjunção carnal'. No entanto, a partir da Lei dos Crimes Hediondos, com pena mínima de seis anos de reclusão, falta-lhes a *danosidade proporcional*, que até se pode encontrar no sexo anal e oral violento.

Demonstrados, resumidamente, os crimes em que a presunção de violência pode ser aplicada, faz-se necessário estudar as Disposições Gerais previstas no Capítulo IV do Título VI do Código Penal brasileiro.

### 3 DISPOSIÇÕES GERAIS E ESPÉCIES DE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

O Código Penal, no Capítulo IV do Título VI, que trata sobre os crimes contra o costumes, prevê Disposições Gerais, quais sejam, as formas qualificadas, as hipóteses de presunção de violência, as espécies de ação penal e causas especiais de aumento de pena.

Em razão do objeto principal de estudo deste trabalho ser a relativização da violência presumida, os casos dessa presunção serão estudados ao final deste Capítulo.

#### 3.1 FORMAS QUALIFICADAS

As formas qualificadas insculpidas no art. 223 do Código Penal somente são aplicadas aos delitos de estupro (art. 213) e de atentado violento ao pudor (art. 214), previstos no Capítulo I do Título VI da Parte Especial do mesmo Código, tendo em vista que estes são os únicos crimes contra os costumes que podem ser praticadas com violência.

A doutrina majoritária (CAPEZ, 2008, p. 63-64; MOURA TELES, 2004, p. 60; MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 442) entende que as figuras qualificadas devem ser *preterdolosas*, ou seja, o sujeito ativo age com dolo no antecedente (atentado violento ao pudor ou estupro) e com culpa na produção do resultado mais gravoso (lesão corporal grave ou morte). Com isso, no caso do agente pretender o resultado mais gravoso ou assumir o risco de produzi-lo, as formas qualificadas não serão aplicadas, tendo em vista que haverá concurso de crimes (sexual e o correspondente à violência).

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 48) doutrina que:

[...] Os resultados qualificadores referidos neste dispositivo devem ser *preterdolosos*, sendo inaplicáveis as qualificadoras se não houver, pelo menos, *culpa* (art. 19 do CP). No entanto, se o agente houver querido ou assumido o risco da produção do resultado mais grave, este dispositivo não

será igualmente aplicado, pois haverá concurso de crimes: o de natureza sexual e o resultante da violência.

O art. 223, *caput*, do Código Penal dispõe que a sanção aplicada no caso de haver lesão corporal de natureza grave, decorrente da prática criminosa, será a pena de reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

A expressão “lesão corporal de natureza grave”, contida no *caput* do citado artigo, foi aplicada em sentido lato, uma vez que abrange as lesões de natureza grave ou gravíssimas (CAPEZ, 2008, p. 63).

Por conseguinte, não há em que se falar em conduta qualificada se a lesão corporal for de natureza leve, assim como não há concurso com a contravenção penal de vias de fato, que são tidas como elementares à configuração do delito contra a liberdade sexual.

Já o parágrafo único do art. 223 do Código Penal trata da reprimenda no caso de morte decorrente da atividade criminosa, estabelecendo a pena de reclusão de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

Os doutrinadores fazem diversas críticas à redação do parágrafo único do referido artigo, afirmando, Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 223):

[...] o legislador, embora tenha sido infeliz ao diversificar as expressões, não tinha motivo algum para excepcionar a hipótese do resultado qualificador ‘morte’, fazendo abranger a grave ameaça. Para melhor adequação e uniformidade de interpretação, deve-se ler o termo ‘fato’ como ‘violência’, ou seja, ‘fato violento’.

Esclarecendo o tema, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007, p. 442) ensinam:

[...] É possível a ocorrência da morte sem que decorra ela da violência, apesar da existência do nexo causal com o *fato*. Fazendo o agente com que a vítima ingira, sem perceber, um narcótico violento, para adormecê-la, causando-lhe a morte querida ou assumida, o êxito letal deve ser atribuído ao agente ainda que não resultante da violência, mas do *fato*.

Havendo lesão corporal grave ou morte decorrente da prática de delito sexual, ainda que na sua forma tentada, a doutrina entende que é aplicável a pena prevista no art. 223 do Código Penal (PIERANGELI, 2007, p. 493).

Dessa forma, existindo consequência mais gravosa, consistente em lesões corporais de natureza grave ou morte, e não tendo sido esta querida ou

assumido o risco da produção do resultado mais grave, a sanção a ser aplicada ao fato delituoso será mais severa, ainda que o crime sexual tenha sido na forma tentada.

### 3.2 AÇÃO PENAL

Como é cediço, em regra, a ação penal no direito pátrio é incondicionada. Entretanto, o art. 225, *caput*, do Código Penal estabelece que os “crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa”, fixando para esses delitos a ação penal privada.

A justificativa da previsão de ação penal privada para os crimes sexuais é a de que os prejuízos para a vítima, com a publicidade de um processo, podem ser irreparáveis a esta.

Nesse sentido, José Henrique Pierangeli (2007, p. 497) ensina que:

[...] O art. 225 do CP fixa a ação penal privada como regra geral para a persecução em todos os crimes contra os costumes. Segundo a doutrina, motiva a opção do legislador o mal que a publicidade do processo pode trazer para o particular. Os efeitos trazidos pelo *strepitus iudicii* muitas vezes causam males irreparáveis à vítima.

A doutrina mais moderna afirma que tal justificativa não encontra mais amparo na sociedade atual, tendo em vista a quebra de preconceitos históricos pelas mulheres, inclusive com a inserção na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) do princípio da igualdade entre os sexos (art. 5º, I).

Com isso, a deflagração da ação penal não será mais prejudicial à honra da vítima e sua família, pelo contrário, estas se sentiriam mais à vontade com a possível condenação de seu ofensor (REGIS PRADO, 2008, p. 678).

Entende-se que, em razão da redação do *caput* do art. 225 do Código Penal – “nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa” –, os delitos sexuais que resultem lesão corporal de natureza grave ou morte se procedem mediante ação penal pública incondicionada, tendo em vista que as formas qualificadas estão previstas no mesmo capítulo do citado artigo (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 447).

Excetuando o *caput* do art. 225 do Código Penal, o inciso I do § 1º, cumulado com o § 2º, traz a hipótese de o Ministério Público oferecer denúncia, mediante representação da vítima ou seus representantes, contra o agente ativo do crime, quando esses “não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família”.

Tem-se que a prova da miserabilidade do ofendido ou de seus representantes não necessita de formalidades, bastando a declaração feita por estes ou a apresentação de atestado de pobreza dado pela autoridade policial. Este requisito de procedibilidade pode ser cumprido até a prolação da sentença.

Acerca do tema, Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 138) discorre:

[...] A miserabilidade, condição para a ação penal pública condicionada à representação nos crimes contra os costumes, pode ser provada por qualquer meio, embora seja suficiente o atestado de pobreza expedido pela autoridade policial. A prova da miserabilidade da ofendida pode ser feita no curso da ação penal até a sentença final.

Ao contrário da miserabilidade que, como dito alhures, pode ser comprovada até a sentença, a representação da vítima ou de seus representantes tem que ser formalizada dentro do prazo decadencial de 6 (seis) meses, contados da data em que se tomou conhecimento da autoria criminosa, conforme prevê o art. 38 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do artigo 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

A representação prescinde de formalidades, sendo suficiente o manifesto inequívoco do ofendido ou seus representantes de ver o autor do delito ser processado. Entende-se que está implícita a representação quando há a lavratura do boletim de ocorrência (FÜHRER; FÜHRER, 2008, p. 624).

Na hipótese de o crime ser “cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”, o art. 225, § 1º, II, do Código Penal prevê que a ação penal é pública incondicionada.

Nesses casos é dispensada a apresentação do atestado de pobreza e da representação, pois o Estado cuida para o agente ativo não fique impune quando

pratica atos repugnantes – como os sexuais – contra pessoa que deveria proteger e zelar.

Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 225) assevera:

[...] trata-se de iniciativa do Ministério Público a ação penal em virtude de crime sexual cujo autor seja ascendente (detentor do pátrio poder), padrasto, tutor ou curador da vítima. É natural que, nessas hipóteses, torne-se muito difícil para a pessoa ofendida representar ou patrocinar um advogado para ajuizar queixa-crime contra a pessoa que deveria representá-la em juízo, defendendo seus interesses. Assim, é interesse público punir o sujeito que desvirtua sua função protetora, atacando a pessoa de quem deveria cuidar.

Em resumo, tem-se que a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual pode ser privada (regra geral), pública condicionada (quando a vítima ou seus representantes não possuem condições financeiras de arcar com as custas do processo e representam contra o ofensor) ou pública incondicionada (nos casos de abuso de pátrio poder ou do dever de zelo e na ocorrência de alguma das formas qualificadas).

### 3.3 CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

O art. 226 do Código Penal, após a alteração trazida pela Lei n. 11.106/05, prevê duas causas especiais de aumento de pena para os delitos contra os costumes, quais sejam:

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

A primeira causa de aumento de pena prevista no art. 226 do Código Penal diz respeito a quantidade de agentes.

Duas são as correntes sobre a configuração dessa causa de aumento.

A corrente majoritária entende que não se exige que haja dois ou mais co-autores do delito, incluindo-se, portanto, os partícipes (NUCCI, 2003, p. 225).

Os adeptos a essa linha de raciocínio afirmam que os partícipes não necessitam estarem presentes na execução do crime, incidindo a causa de aumento se este “aconselha, instiga ou presta auxílio material secundário ao autor do delito” (DAMÁSIO DE JESUS, 2008, p. 143).

Corroborando o entendimento, Luiz Regis Prado (2008, p. 681) ensina:

[...] Não é imprescindível a presença de todos os agentes nos atos de execução, bastando que os co-autores ou partícipes hajam concorrido, de qualquer forma, para o delito, visto que, se se quisesse dar um sentido restritivo ao concurso de agentes, ter-se-ia utilizado a mesma redação do artigo 146, § 1.º, do Código Penal.

A segunda corrente doutrinária defende que somente se aplica a majorante aos agentes que participaram da execução do crime por ser esta “mais aderente à dicção normativa” (COSTA JÚNIOR, 1992, p. 20).

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 55-56) preceitua:

[...] Para reconhecer a configuração da majorante do art. 226, I, do CP, devem-se observar os *princípios orientadores do instituto concurso de pessoas*, notadamente a distinção entre *co-autoria* e *participação*, a começar pela necessidade da causalidade física e psíquica da conduta dos participantes. Conclui-se, portanto, que somente com a presença *in loco* dos participantes admite-se a configuração da majorante em exame.

Há, ainda, quem entenda que dependendo da situação, deve-se optar por uma das correntes.

Para esses doutrinadores, quando há o uso de violência para o cometimento do crime, é necessária a presença dos co-autores, pois é o concurso de pessoas que torna mais difícil ou impossível a defesa da vítima. Este entendimento se baseia na justificativa de que os motivos para que haja a exasperação da pena é a maior dificuldade de defesa do ofendido, o alarde social mais proeminente, entre outros.

Nessa linha de raciocínio, quando o crime é praticado mediante fraude ou quando não há constrangimento, a qualificadora é inaplicável (PIERANGELI, 2007, p. 500).

A outra hipótese de aumento da sanção está prevista no art. 226, II, do Código Penal e ocorre quando a prática delitiva é realizada por agente que seja parente ou tenha alguma autoridade sobre a vítima, quando a exasperação será da metade.

Essa causa de aumento de pena tem por alicerce o fato de o crime ser praticado por aquele que tem maior dever de proteção, o que dificulta, ainda mais, a defesa da vítima e possibilita maior chance de o agente ofensor ficar impune.

Sobre essa circunstância, Luiz Regis Prado (2008, p. 682) ensina:

[...] A maior gravidade do injusto, particularmente do desvalor da ação, nessas hipóteses, é evidente, já que o delito é praticado justamente por aquele que tem o especial dever de proteção, vigilância e formação moral da ofendida, o que debilita sobremaneira sua defesa. A exasperação da pena encontra fundamento ainda em considerações de ordem político-criminal, posto que o sujeito ativo pode se prevalecer voluntariamente das referidas relações também – ou unicamente – para favorecer sua impunidade.

Além das relações de parentesco, o referido dispositivo estabelece o aumento da reprimenda para os sujeitos ativos que detenham, por qualquer outro motivo, autoridade, de direito ou de fato, sobre a ofendida.

Frisa-se que a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Código Penal exclui a aplicação das agravantes genéricas insculpidas no art. 61, II, “e”, “f” e “g”<sup>1</sup>, do mesmo Código, em respeito ao princípio *non bis in idem* (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 450).

É importante ressaltar que a Lei n. 11.106/05 revogou expressamente a terceira hipótese especial de exasperação da reprimenda, a qual previa o aumento em razão do agente ativo ser casado. Tal causa era justificada pela ofensa à vítima e à sua família (NUCCI, 2003, p. 676).

Acerca da aplicação do revogado inciso III do art. 226 do Código Penal, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2008, p. 1930) ensinam que esta causa especial de aumento de pena não era empregada no caso do agente ativo já estar divorciado na data do cometimento do crime, ou caso o matrimônio ocorresse somente após a prática delitiva.

---

<sup>1</sup> Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II – ter o agente cometido o crime:

[...]

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

### 3.4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Como dito no Capítulo anterior, o legislador previu algumas hipóteses nas quais não é necessário que haja grave ameaça ou violência para a caracterização dos delitos sexuais, sendo a violência, nesses casos, presumida.

A presunção de violência está prevista no art. 224 do Código Penal, inserido no Capítulo IV (“Disposições Gerais”) do mesmo Código, *in verbis*:

Art. 224 - 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.

Assim, verifica-se que são três as hipóteses previstas para a presunção de violência, as quais serão a seguir esmiuçadas.

A presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual tem sua origem na Idade Média, quando os Práticos afirmavam que “quem não pode querer, por conseqüência, não pode consentir”. Com isso, os pupilos e os alienados, de uma forma geral, não possuíam capacidade para o consentimento do ato sexual, havendo, com isso, “a presunção de que o agente agiu contra a vontade da vítima, empregando violência” (FÜHRER; FÜHRER, 2008, p. 620).

#### 3.4.1 Vítima menor de catorze anos

A primeira suposição de violência insculpida no art. 224 do Código Penal é quando a vítima não for maior de catorze anos.

A idade da ofendida tem que estar comprovada nos autos da ação penal. A comprovação pode ser feita por meio da certidão de nascimento ou qualquer outro documento hábil, sendo considerada duvidosa a prova da idade da vítima se o documento utilizado para este fim for lavrado após a data do crime (CELSO DELMENDO et al, 2007, p. 605).

O fundamento para a existência desta presunção é a *innocentia consilli*, que significa o desconhecimento da vítima dos fatos relacionados ao ato sexual.

A doutrina pátria entende que esta espécie de presunção é aplicada até o dia em que a vítima completa catorze anos de idade, inclusive. Após essa data, é necessário que haja a incidência de grave ameaça ou violência para a configuração do crime (MOURA TELES, 2004, p. 54).

Ao comentar a alínea “a” do art. 224 do Código Penal, José Henrique Pierangeli (2007, p. 494) ensina que:

[...] a fixação de uma idade como limite de validade de consentimento é de todo inaceitável, pois o amadurecimento fisiológico de uma pessoa não segue padrões fixos, variando de indivíduo para indivíduo [...] argumenta-se que, fixando-se idade certa para a presunção, nem sempre esse limite estará de acordo com o desenvolvimento do indivíduo, que varia de pessoa para pessoa, consoante fatores étnicos, mesológicos, etc.

A crítica feita por José Henrique Pierangeli é válida, no sentido de que um adolescente não cria “da noite para o dia” consciência para sobre a prática sexual.

A doutrina pátria vem criticando a teoria que embasa o princípio da inocência do ofendido, conforme ensina Paulo José da Costa Jr. (1992, p. 19):

[...] A teoria tem sido bastante criticada, já que não se pode afirmar que falta o consentimento em se tratando de impúberes ou de dementes. O consentimento, em sentido naturalístico, pode existir, e, na maioria dos casos, existe, embora não seja juridicamente válido. A Exposição de Motivos esclarece: ‘O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* 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’ (n. 70). A presunção é estendida ao alienado ou débil mental pela mesma razão: ausência de consentimento válido.

Ainda que alguns adolescentes com idade inferior a 14 anos já possuam maturidade sexual, o mesmo não ocorre com seu desenvolvimento psicológico, motivo pelo qual a presunção de violência em razão da idade da vítima é fundamentada no princípio *innocentia consilli*, tendo em vista que esses menores não podem consentir validamente o ato sexual, em função do desconhecimento de suas consequências (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 444).

Frisa-se que em estando o agente em dúvida quanto à idade da vítima, incidirá o art. 224, “a”, do Código Penal, ressalvado à hipótese de erro plenamente

justificável pelas circunstâncias, como por exemplo, a apresentação, por parte da ofendida, de certidão de nascimento falsa (DAMÁSIO DE JESUS, 2008, p. 137).

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 49), leciona que “o erro justificado sobre a idade do menor exclui sua aplicação, embora a dúvida possa configurar o dolo eventual, que é suficiente para subsistir a presunção de violência”.

Havendo erro de tipo essencial, o dolo é excluindo, tornando o fato atípico, diante da ausência de previsão legal, como por exemplo, quando um rapaz ao frequentar uma casa noturna, onde somente pessoas maiores de 18 anos de idade são autorizadas a ingressar, encontra uma moça e com ela mantém relação sexual e, somente após esta, descobre que a moça com quem manteve relação na realidade tinha apenas 13 anos de idade (CAPEZ, 2008, p. 68).

Sobre essa hipótese de presunção de violência, melhor se falará no próximo capítulo, no qual se esmiuçar a sua natureza, se relativa ou absoluta.

### **3.4.2 Ofendida alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância**

A segunda hipótese de presunção de violência é quando a vítima “é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância”, prevista no art. 224, “b”, do Código Penal.

Conforme se extrai do texto legal, é necessário que o agente ativo do delito conheça a doença que acomete o ofendido, não sendo admitido, portanto, o dolo eventual, que caracterizaria erro de tipo, não podendo o sujeito ativo ser punido.

Acerca do tema, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 49) afirma:

[...] a alienação ou a debilidade mental – que exigem prova pericial – devem, necessariamente, ser do conhecimento do agente. Essa consciência determina que o crime exige dolo direto, sendo insuficiente a simples dúvida sobre o estado da vítima.

O termo alienação é bastante amplo, não compreendendo somente a loucura, mas também “outros casos de enfermos de processo patológicos estacionários ou crônicos” (PIERANGELI *apud* NORONHA, 2007, p. 494-496).

Essa expressão abrange quatro elementos, quais sejam: a) perturbação mental: é a que compromete as funções fundamentais do ser humano, consistentes na percepção, associação, imaginação memória, etc.; b) falta de autoconsciência: é o desconhecimento total ou parcial, por parte do doente, da enfermidade que lhe acomete; c) inadaptabilidade: o enfermo não tem condições de se adaptar, porque a doença o impede de um conhecimento justo ante o meio ambiente, em que pese existir alienados com capacidade de se amoldar por passividade, sendo esta patológica e; d) ausência de utilidade: quando a enfermidade é tamanha que torna o agente inútil a si e à sociedade.

Já na debilidade mental, o enfermo atua próximo da normalidade, haja vista que possui disgenesia cerebral superior ao idiota e ao imbecil (PIERANGELI, p. 494-496).

Para a caracterização dessa presunção, é necessário que seja realizado laudo pericial atestando a alienação ou debilidade mental, sob pena de não se comprovar a materialidade do crime, tendo em vista que é elementar que integra o tipo penal.

No mesmo sentido é o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007, p. 445):

[...] Alienação é um termo amplo que impede a pessoa de ter capacidade ética para o ato a que consente, o que também ocorre com a debilidade mental mais grave. A alienação e a debilidade mental da vítima devem ficar comprovadas por laudo pericial seguro nos seus fundamentos e na sua conclusão (RT 390/93, 620/342; JTJ 164/297, 170/295). Tratando-se de circunstância elementar do crime, não basta que se apresente deficiência mental, como nos casos dos chamados ‘fronteiriços’ (RT 411/79, 482/320, 450/368, 479/313, 632/288, 706/346), notadamente se não determinada a sua intensidade pela perícia (RT 534/315).

Ainda, para ser protegida pela presunção inculpada na alínea “b” do art. 224 do Código Penal, a vítima tem que ter abolida inteiramente sua capacidade de entendimento ou de se autodeterminar de acordo com essa compreensão.

### 3.4.3 Outras causas de impossibilidade de a vítima oferecer resistência

A terceira, e última, hipótese de presunção de violência está insculpida na alínea “c” do art. 224 do Código Penal, a qual determina que será presumida a violência quando a vítima “não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Há situações em que o ofendido não possui idade inferior a 14 anos e nem seja alienado ou débil mental, porém, não é capaz de oferecer resistência ao ato sexual.

Exemplificando as situações em que tal presunção poderia ser aplicada, Fernando Capez (2008, p. 69) cita a “enfermidade física grave, embriaguez completa, narcotização, etc”.

A doutrina ensina que não importa se a impossibilidade de resistência tenha sido ocasionada pelo agente ativo ou não, ressalvando, entretanto, que há maior censurabilidade naquele caso (ELUF, 1999, p. 103).

Sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007, p. 446) lecionam:

[...] há casos em que, embora não haja menoridade, alienação ou debilidade mental, a vítima está impossibilitada de oferecer resistência ao sujeito ativo. Não importa que essa impossibilidade tenha sido originada por obra ou não do agente, havendo apenas censurabilidade maior no primeiro caso.

Por se tratar de violência presumida de caráter relativo, há a necessidade de que a impossibilidade de resistência seja completa quando da prática delitiva (CAPEZ, 2008, p. 69).

Analisadas as disposições gerais aplicáveis aos crimes sexuais, o próximo capítulo trará as hipóteses de cabimento da relativização da violência presumida, em especial quando a vítima tiver idade inferior a 14 anos.

## 4 NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PODE SER RELATIVIZADA

Tratar-se-á neste capítulo a natureza da presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual, se relativa ou absoluta, colacionando a opinião de diversos doutrinadores.

### 4.1 NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Como estudado no capítulo anterior, o Código Penal traz em seu art. 224 as hipóteses de presunção de violência.

Doutrina e jurisprudências são pacíficas no sentido de considerar os casos previstos nas alíneas “b” (vítima alienada ou débil mental e o agente tinha conhecimento dessa circunstância) e “c” (outros motivos que impossibilitaram a defesa da vítima) como hipóteses de presunção de violência relativa, uma vez que necessitam de prova pericial atestando a alienação ou debilidade mental (alínea “b”) e prova que demonstre que quando da prática delitiva a ofendida não possuía capacidade de se defender (alínea “c”).

Ao comentar a alínea “b” do art. 224 do Código Penal, Luiz Regis Prado (2008, p. 677) afirma que:

[...] A presunção, no caso, é relativa, já que a norma requer que o agente saiba que a vítima sofre de doença mental e, portanto, deve ser ela aparente, para que qualquer pessoa leiga em psiquiatria possa conhecê-la, sendo imprescindível que a vítima seja submetida a exame médico-legal, a fim de que se possa aferir o grau de sua anomalia.

No mesmo norte, José Henrique Pierangeli (2007, p. 497) doutrina acerca da presunção de violência contida na alínea “c” do art. 224:

[...] Como nas situações anteriores, a presunção é *juris tantum*, isto é, relativa, e admite prova em contrário, e, se em algum momento a vítima, tendo condições para tanto, deixa de manifestar o seu dissenso, afasta-se a presunção de violência.

Sobre a primeira hipótese de presunção de violência, muito se discutiu na doutrina a sua natureza.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007, p. 444) ensinam que, para os defensores da natureza absoluta da presunção de violência, esta tese tem base os seguintes argumentos:

[...] O consentimento da menor é sempre inválido, embora possa ter desenvolvimento físico e psíquico superior à sua idade, e de que a idade da vítima (menor de 14 anos) faz parte do tipo. Além disso, a lei indica que as outras duas situações mencionadas no dispositivo configuram casos de presunção relativa, o que não ocorre na letra a.

A favor da tese contrária – de que a presunção de violência é relativa – encontram-se os argumentos de que os outros dois casos de presunção previstos no art. 224 do Código Penal são relativos, não sendo crível excluir deste entendimento a alínea “a”, sob pena de se proteger mais a vítima menor de idade do que o ofendido portador de insanidade mental, o qual não possui qualquer discernimento sobre a realidade.

Os defensores dessa tese se fundamentam, ainda, na evolução social ocorrida desde a entrada em vigor do atual Código Penal, como bem destaca Luiz Regis Prado (2008, p. 676):

[...] Não se pode olvidar, ainda, que realidade social sofreu mutações em todos os níveis, inclusive no que tange ao sexo que, deixando de ser tabu, passou a ser discutido com frequência em diversos lugares em que a criança e o adolescente se encontram inseridos, de modo que não é mais possível afirmar que uma pessoa com menos de quatorze anos seja insciente sobre as coisas do sexo. Estabelecer-se um critério etário para a autodeterminação sexual de uma pessoa afronta a lógica e o bom senso, já que a partir de uma idade legalmente fixada este pode livremente decidir sobre sua vida sexual, mas se encontra proibida de fazê-lo às vésperas de tal fator temporal.

Nesse mesmo sentir, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 17) ensina que:

[...] É inegável a ocorrência de uma revolução sexual, nos últimos anos, que determinou profundas modificações nos padrões sexuais comportamentais dos adolescentes e que influenciou decisivamente para o alcance de uma maturidade sexual precoce por parte desses, de modo que a negação da capacidade de autodeterminação sexual estabelecida na alínea “a”, do art. 224, CP, de forma irrestrita, a toda pessoa menor de 14 anos de idade, se mostra afastada do momento histórico-cultural experimentado, merecendo séria reflexão. A subtração ao adolescente que tenha consciência ética do

ato sexual do direito de exercer sua sexualidade, por não ter ainda alcançado a idade fixada por lei para tanto, por imposição de concepções morais dominantes na sociedade, é meio de cerceamento do direito constitucional de liberdade.

Ainda neste norte, leciona Márcio Bártoli (1992, p. 412):

É mais do que evidente que nos dias atuais não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser tema preconceituoso e até "imoral" de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque: na família, onde é discutido livremente, até por questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o 'status' de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto quase que corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema 'sexo' flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a 'rechaçar' as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.

Fernando Capez (2008, p. 67-68) afirma que presunção de violência não pode ser tida como absoluta, haja vista que nesta hipótese adotar-se-ia, impropriamente, a responsabilidade objetiva, e continua esclarecendo que:

[...] O dispositivo em questão tem como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresenta evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não há por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.

Corroborando com o entendimento hoje majoritário, Nelson Hungria (1959, p. 239-240) já lecionava:

[...] Segundo justamente opina Magalhães Noronha, a presunção estabelecida na letra a do artigo 224 não é absoluta, mas relativa. É decisivo em tal sentido o elemento histórico. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da cláusula "não se admitindo prova em contrário", do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: O Código não transige, em caso algum, com a responsabilidade objetiva. *Nulla poena sine culpa*.

Segundo o entendimento de Santiago Fernando do Nascimento (2009, p. 421; 423) a proteção sobre um bem jurídico perdura até o momento em que o seu titular deseja o proteger, assim lecionando:

[...] Para a teoria da ação jurídica, os bens somente são considerados juridicamente tutelados enquanto seu titular os considerar assim valorizados. O titular, consentindo na sua perda, redução ou exposição a qualquer situação, aquiesce para a licitude da conduta. Dá-se o consentimento pela renúncia do titular do direito, com a permissão à ofensa.

[...]

Pelo analisado, para determinar a validade do consentimento, sempre deverá ser valorado o caso concreto em face da moral social em um determinado momento histórico, partindo-se de que os pressupostos de juízos de moralidade sempre são relativos e variáveis no tempo.

Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 38-39) doutrina que nos casos de presunções legais cuja natureza seja absoluta, há uma ofensa aos princípios do livre convencimento do juiz e da busca da verdade real – princípios estes, estruturais do Processo Penal moderno –, afirmando que:

[...] Retirariam do juiz toda e qualquer possibilidade de valoração da prova, impedindo, assim, o estabelecimento da verdade real, fim maior do Direito Processual Penal moderno. No campo penal sexual, particularmente, o absolutismo da presunção retira do magistrado qualquer possibilidade de valoração sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima menor de idade.

De outro turno, a tendência, cada vez maior, do Direito Penal e do Direito Processual Penal a ampliar suas normas destinadas a reconhecer e ponderar o conhecimento do ser humano, objeto de seus preceitos e das circunstâncias exteriores que sobre ele puderam atuar, determina um abandono, contínuo e progressivo, dos critérios absolutos em matéria penológica e sua substituição pelos de índole relativa.

Dessa forma, demonstrada a natureza relativa da presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual, cumpre explicar sobre as circunstâncias em que tem se aceito a relativização da violência presumida.

#### 4.2 HIPÓTESES EM QUE SE TEM ACEITO A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CASOS DA VÍTIMA NÃO SER MAIOR DE 14 ANOS

A doutrina tem aceitado a relativização da presunção de violência nos crimes contra a liberdade em algumas situações, como a ofendida ter experiência sexual, aparentar, física e psicologicamente, idade superior a quatorze anos, entre outras.

Paulo José da Costa Jr. (1992, p. 19) se filia à tese da relativização da violência presumida e elenca hipóteses em que esta se aplica:

[...] A presunção contida no art. 224 não é absoluta, admitindo prova em contrário. Assim, não se apresenta o crime se a menor mostrar-se experiente na prática sexual, já houver praticado relações com outros indivíduos, for despudorada e sem moral, corrompida, ou apresentar péssimo comportamento.

Luiz Flávio Gomes (2001, p. 141) ao tratar da atipicidade da conduta quando há consentimento ensina que:

[...] Não há crime algum quando o envolvido no ato sexual dele tomou parte porque o desejava, porque queria e podia consentir validamente [...]. Daí se infere o seguinte: não basta tão-somente que a vítima conte com perturbação mental ou impossibilidade física momentânea (embriaguez) ou permanente (paralisia). Urge que tenha sido envolvida num ato sexual *sem sua vontade, sem seu consentimento* [...]. Uma vítima com perturbação mental, por exemplo, dependendo do grau de compreensão que possui, pode validamente consentir num ato sexual. Uma vítima embriagada, nas mesmas circunstâncias, pode dar sua anuência validamente ao ato sexual [...].

A seguir, explicitar-se-á as circunstâncias em que há a relativização da violência presumida.

#### **4.2.1 Vítima com experiência sexual**

Como dito anteriormente, o fundamento para a existência da presunção de violência é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a vítima não ter conhecimento sobre as coisas do sexo.

Atualmente, diferentemente do que ocorria na década de 40, “sexo” não é mais assunto proibido, sendo tratado em diversos meios onde crianças e

adolescentes estão presentes, como, por exemplo, nas escolas, até para a proteção dessas contra agressões e doenças sexualmente transmissíveis.

Acerca do tema, Luiza Nagib Eluf (1999, p. 100) ensina:

[...] Sexo na atualidade deixou de ser o tema preconceituoso e até imoral de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque na família, onde é discutido livremente, até por uma questão de sobrevivência, em virtude do surgimento de uma moléstia letal: nas escolas onde adquiriu o *status* de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, até com menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-as rechaçar as propostas e agressões que nesta esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.

Por mais que se seja rigoroso e conservador, não se pode perder o senso da realidade, uma vez que, nos dias atuais, não raras às vezes, tem-se notícia de adolescentes menores de quatorze anos de idade que são prostitutas de “portas abertas”.

Em tendo a presunção de violência, como dito adredemente, como fundamento a *innocentia consilli* e sendo a menor conhecedora plena sobre os atos sexuais, inexistente o alicerce da violência presumida, não sendo admissível se punir alguém que praticou com essa menor qualquer ato sexual (NORONHA, 2003, p. 193-197).

César Dario Mariano da Silva (2003, p. 226), sobre o tema, discorre:

[...] Essa presunção é relativa, pois a aberta experiência sexual do menor afasta a idéia de que ele não poderia validamente consentir. É óbvio que essa situação deverá ser analisada concretamente. Assim, nunca poderemos aceitar que, por exemplo, uma criança de dez ou onze anos de idade, mesmo que prostituída, possa validamente consentir quanto a sexo. Nessa caso, haveria o delito. Por outro lado, uma adolescente que esteja na iminência de completar quatorze anos e já se encontre prostituída não poderá ensejar presunção de violência em crimes contra os costumes.

Demonstrada a circunstância mais comum em que se aceita a relativização da presunção de violência insculpida no art. 224, “a”, do Código Penal, qual seja, a adolescente ser “prostituta de portas abertas”, explanar-se-á a seguir sobre outras hipóteses em que a violência presumida tem sido relativizada.

#### 4.2.2 Adolescente menor de catorze anos de idade que aparenta ter idade superior

Outra hipótese citada pela doutrina que afasta a presunção de violência contida na alínea “a” do art. 224 do Código Penal é quando a dita ofendida, embora tenha idade inferior a 14 anos, aparenta física e psicologicamente ter idade superior a 14 anos.

Para que haja a exclusão da tipicidade em razão do erro sobre a verdadeira idade do sujeito passivo, é necessário que esse erro seja justificado, pois, como demonstrado nos capítulos anteriores, o simples desconhecimento da idade da ofendida não elide a tipicidade, inexistindo, assim, o erro de tipo.

Nesse norte, ensina Fernando Capez (2008, p. 68):

[...] Se a garota tiver um desenvolvimento bem mais adiantado do que sugere sua idade, e se ficar demonstrado seu alto nível de discernimento, incomum para sua fase de vida, não há porque considerar o autor responsável por estupro, já que a presunção foi quebrada por circunstâncias específicas do caso. O caráter relativo da presunção não se confunde com a hipótese de erro de tipo, uma vez nesta o agente desconhece a idade da vítima, ignorando, assim, a existência da elementar da violência presumida.

Demonstrando opiniões divergentes, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007, p. 445) discorrem que:

[...] Desaparece a presunção quando a menor aparenta ser maior de 14 anos pelo seu precoce desenvolvimento físico (RT 387/93, 425/305, 542/322, 678/345, 696/383, 709/356), embora haja decisões em contrário (RT 476/349), ou quando o agente é informado pela vítima que tem mais de 14 anos e tal circunstância não é verdadeira (RT 544/423).

No caso de dúvida sobre a idade da vítima, por parte do agente ativo, e tendo havido a prática de atos sexuais, este será responsabilizado penalmente pela ação, pois nesta hipótese estará caracterizado o dolo eventual que constitui o tipo penal (ELUF, 1999, p. 103).

Sobre o tema, Damásio E. de Jesus (2007, p. 778-779) explana que:

[...] A presunção de violência é relativa (vencível), cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade, erro este plenamente justificado pelas circunstâncias. Nesse sentido: RT, 492:292, 501:347, 544:423, 613:317,

564:366, 565:290 e 646:368; STF, HC 73.662, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, 20 set. 1996, p. 34535. Denominando a hipótese de “erro de tipo” (CP, art. 20): STJ, REsp 80.249, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fisher, *DJU*, 7 abr. 1997; STJ, REsp 173.127, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU*, 24 set. 2001, p. 354. No sentido de que, por várias razões, o sujeito pode incidir em erro sincero quanto à idade da vítima, excluindo-se a presunção de violência: quando a menor, pelo porte físico, aparenta ser maior (*RT*, 542:322, 678:345 e 718:376; contra: *RT*, 476:349 e 499:310)

Fazendo uma relação entre a presunção de violência e a culpabilidade – necessária para a aplicação da pena – Celso Delmanto e outros (2007, p. 603) discorrem:

[...] Nesse contexto, presumir de maneira *absoluta* a existência de violência, mesmo que de fato ela não tenha ocorrido, pela circunstância objetiva da vítima ser menor de 14 anos, encontra-se em dissonância com o princípio da *nulla poena sine culpa*, por duas razões: [...] 2ª) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando-se como mulher feita, pode ter mentido a respeito. Desta feita, buscando analisar cada caso concreto, a maior parte da jurisprudência tem entendido como *relativa* a presunção de violência deste art. 224 do CP, em casos nos quais a vítima se faz passar por mais velha, é promíscua ou já havia mantido relações com outras pessoas etc.

Nesse norte, Edgard Magalhães Noronha (2003, p. 197) assevera que:

[...] Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos, não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de *boa-fé*. Se o dolo comporta um elemento normativo, que é o conhecimento da antijuridicidade da ação, quem age de *boa-fé* está isento de culpa (em sentido amplo).

Assim, no caso da ofendida aparentar ou mentir ter idade superior à protegida por lei, a presunção de violência inculpada no art. 224, “a”, do Código Penal, cede à relativização, não havendo, portanto, crime.

#### **4.2.3 Ato sexual com consentimento do sujeito passivo**

De início, cumpre diferenciar “criança” de “adolescente” para que se possa, posteriormente, tratar da validade do consentimento do menor para os atos sexuais.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – (Lei n. 8.069/90), entende-se que criança é aquela com idade inferior a 12 anos, não possuindo, segundo o referido Estatuto, capacidade de compreensão de seus próprios atos, sendo inválido, portanto, seu consentimento para a prática sexual.

Entretanto, um adolescente – pessoa com idade compreendida entre 12 e 18 anos –, possui capacidade, ainda que relativa, de seus atos, podendo, por exemplo, sofrer as sanções previstas no ECA.

Luiz Flávio Gomes (1996, p. 194), demonstrando a contradição existente entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, com relação a validade de consentimento dos adolescentes, ensina:

[...] Na hipótese de um menor com treze anos praticar uma relação sexual com uma menor da mesma idade, não podemos conviver com a anomalia verdadeiramente aporética de o menor ser sancionado primeiro porque entende, conforme o ECA (embora de acordo com sua idade), o caráter (ético) sexual do ato e segundo porque a 'vítima', da mesma idade, por força de uma presunção do CP de 1940, não possui tal capacidade de compreensão. O menor é punido porque tem capacidade de entender o ato sexual e, contraditoriamente, também punido exatamente porque a menor, da mesma idade, com quem ele manteve a relação sexual, não tem essa capacidade de compreensão! O menor é punido porque sabe o que faz e, absurdamente, também porque a menor, da mesma idade, não sabe o que faz! [...]

Assim, conforme o entendimento acima transcrito, tem-se que o consentimento para a prática do ato sexual do adolescente possui validade, dependendo do caso concreto o que não acontece com o consentimento da criança.

A relativização da presunção de violência também tem sido aceita quando há o consentimento da menor para a prática do ato sexual.

Embora haja o entendimento, por parte de alguns doutrinadores (CAMPOS et al, 2008, p. 215), de que o consentimento da vítima é nulo, há casos em que a anuência para a prática sexual é aceita para relativizar a violência presumida, especialmente em razão da modificação dos costumes.

Ao discorrer sobre o consentimento da ofendida, Luiza Nagib Eluf (1999, p. 102) afirma que não é porque a menor desejou o ato sexual que ela deve ser qualificada como prostituta. Acerca do tema, assim ensina a doutrinadora:

[...] O que se deve buscar provar é a vontade da vítima com relação ao caso concreto, em julgamento: se ela resistiu à investida sexual do autor ou, ao contrário, desejou a relação. Se ela desejou a relação, não há necessidade

de qualificá-la como 'degenerada', ou 'dissoluta', ou até 'prostituta', como muitas vezes já se fez, inclusive com relação a meninas em tenra idade. Basta absolver o réu com base no consentimento real da outra parte. Se, por outro lado, houve resistência, mesmo que não tenha sido resistência 'militante', mas apenas manifestação de vontade para repelir o agente, e mesmo que a vítima tenha tido outras experiências sexuais anteriormente, sendo ela menor de 14 anos, está configurado o estupro. Nesse caso, espera-se um maior rigor dos aplicadores da lei, pois a infância e a pré-adolescência são fases da vida em que a pessoa é muito suscetível ao abuso, ao engodo, à manipulação, ao autoritarismo.

No julgamento do *habeas corpus* 73.662/MG, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela relativização da presunção de violência prevista na alínea "a" do art. 224 do Código Penal na hipótese da vítima ter consentido com a prática sexual e já ter mantido relação com outrem. Em seu voto, o relator do remédio constitucional assevera:

[...] A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constatar que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernente à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinqüenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. [...]

Portanto, é de se ver que já não socorre a sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez. [...]

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 73.662/MG, Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. 21 de maio. de 1996.

Brasília/DF. DJ 20 set. 1996. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2073662.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2073662.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2073662.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2073662.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 31 maio 2009).

Com isso, a presunção de violência em razão da tenra idade deve ser afastada quando a ofendida, no caso em concreto, demonstrar ter conhecimento sobre o ato sexual e suas consequências, bem como ter consentido para a realização de tal prática, situação em que a tipicidade do fato restará afastada. Neste sentido, leciona Ney Moura Teles (2004, p. 54-55):

[...] É de todo óbvio que essa presunção não deve ser tida como absoluta, pois é certo que há determinadas pessoas, com idade inferior a 14 anos, que têm perfeita capacidade de consentir, daí que a presunção pode ser afastada, no caso concreto, quando ficar demonstrado que a menor, por sua história de vida, por sua experiência pessoal, tinha perfeito entendimento sobre as consequências de seu comportamento e, portanto, sabia e podia decidir sobre a realização do ato sexual. Tendo, pois, a vítima não maior de 14 anos a capacidade de consentir e de resistir, não tendo havido, portanto, qualquer violência, real nem presumida, afastada estará a tipicidade do fato.

No mesmo sentido, Tadeu Antônio Dix Silva (2006, p. 234) afirma que, havendo consentimento do sujeito passivo para a prática sexual, não há ofensa ao bem jurídico tutelado, inexistindo, assim, crime:

[...] No caso de acontecer uma relação de natureza sexual *consentida* envolvendo, p.ex., uma pessoa com treze anos de idade – quando não se pode falar da existência de violência na conduta do agente (violência entendida como meio de vencer uma resistência, que no caso não houve, mas sim o consentimento) e conseqüentemente, não se pode falar em lesão ao bem jurídico.

Santiago Fernando do Nascimento (2009, p. 437) sobre a validade do consentimento do agente passivo, afirma:

[...] Na terceira hipótese estariam classificadas as vítimas que, apesar da pouca idade, apresentam suficiente desenvolvimento ético e mental, conhecimento das atividades sexuais e suas consequências, munidas de uma autodeterminação irrepreensível para consentir ou, até mesmo, tomar iniciativa no ato sexual. Não são consideradas prostituídas ou levianas, embora muitos possam considerar reprovável sua atitude. Este entendimento adveio a flexibilização dos costumes e relativa adaptação da jurisprudência dos tribunais à modernização da sociedade.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2001, p. 144), o ato sexual praticado com uma criança sempre, ou quase sempre, significará abuso. Continua afirmando que, normalmente, a autodeterminação ocorre quando da transformação da criança em adolescente, sendo que a validade do consentimento deverá ser visto no caso concreto, assevera, ainda, que:

[...] Quando o adolescente, levando em conta seu grau de cultura, de conhecimento, de informação, etc., pratica ato sexual com consciência do que faz, com voluntariedade inequívoca, não há crime. Seu consentimento é, agora (depois do ECA), válido.

Dessa forma, analisados os casos em que a presunção de violência é relativizada, cumpre demonstrar algumas decisões dos Tribunais pátrios acerca do tema estudado.

#### 4.3 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça tem aceito a relativização da presunção de violência, afirmando que não basta a comprovação de idade inferior a 14 anos, sendo necessário que se demonstre que o sujeito passivo era ingênuo e desinformado sobre o ato sexual.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Goiás assim já decidiu:

ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. A MASSIFICACAO DE INFORMAÇÕES SOBRE A SEXUALIDADE E AFINS, IMPOSTA PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E DIFUSÃO FALADA, ESCRITA E TELEVISADA A QUE É SUBMETIDA A JUVENTUDE BRASILEIRA DESDE A MAIS TENRA IDADE, SEJA NA REGIÃO URBANA, SEJA NA ZONA RURAL, TORNA INCRÍVEL QUE UMA JOVEM DE 12 (DOZE) ANOS E 07 (SETE) MESES DE IDADE, TENHA INOCÊNCIA E INEXPERIÊNCIA ABSOLUTA, A QUEM É GARANTIDA A PROTEÇÃO LEGAL, SOBRE O ASSUNTO SEXO. Para caracterizar-se a presunção de violência na consecução do crime de estupro, não é suficiente que a ofendida seja menor de 14 anos de idade, mas é imprescindível que se mostre, também, inocente, ingênuo e totalmente desinformado a respeito de sexo, de tal forma a não ser possibilitado o conhecimento da importância do ato para a qual está sendo solicitada. Apelação provida (BRASIL. Tribunal de Justiça. Goiás. Apelação Criminal n. 24240-2/213, rel. Des. Byron Seabra Guimarães, 18 nov. 2003, DJ 14176 de 22 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoes&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>>. Acesso em: 31 maio 2009).

Colhe-se do Tribunal de Justiça do Amapá:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. RELAÇÃO SEXUAL VOLUNTÁRIA, CONSENTIDA E DESEJADA PELA VÍTIMA. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO QUE AFASTA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1) Embora no caso de crianças ou de pré-adolescentes, torna-se muito difícil, senão impossível, não se arredar a presunção de que não consentiram e nem podem consentir com a manutenção de relações sexuais, a questão não há de ser resolvida simplesmente com a incriminação da conduta, mas primordialmente com a análise criteriosa das circunstâncias que envolveram os acontecimentos, em busca da verdadeira justiça; 2) A realidade social e os costumes dos estados da região norte do Brasil, notadamente nas cidades e lugarejos do interior, propiciam que meninos e meninas de 14 anos incompletos conheçam e comecem a vida sexual precocemente, o que pode ser demonstrado pela enorme quantidade de adolescentes grávidas em tenra idade; 3) Exsurgindo da prova dos autos que a vítima, menor de 14 anos, desejou e consentiu a prática da relação sexual, demonstrando, inclusive, esperança de manter relacionamento mais duradouro com o acusado, não se estaria fazendo a almejada justiça ao condená-lo pelo delito de estupro com violência presumida; 4) Absolvição mantida; 5) Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação Criminal n. 2110/05. Ac. 8516. rel. Des. Honildo Amaral de Mello Castro, 14 set. 2005, DOEAP 19 out. 2005).

Tem-se relativizado a violência presumida na hipótese de a vítima consentir para a prática sexual.

Nessa esteira, já se decidiu no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...] A presunção de violência nos crimes de estupro, por ser a mulher menor de catorze anos, é relativa, de tal sorte que, se comprovado que a conjunção carnal ocorreu porque acusado e vítima, de comum acordo e com plena consciência do que faziam, assim quiseram, sem que tenha havido qualquer violência, não há que se falar em crime de estupro (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0470.02.008258-7/001(1), rel. Des. José Antonino Baía Borges, 9 nov. 2006, DJ 26 nov. 2006).

Ainda, o Tribunal de Justiça do Santa Catarina assim já decidiu:

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - ESTUPRO - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - ART. 224, A, DO CÓDIGO PENAL - PARTICULARIDADES DO CASO RECOMENDANDO QUE A FICÇÃO JURÍDICA SEJA AFASTADA - ABSOLVIÇÃO - RECURSO PROVIDO.

'Sob pena de conflitemos lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psicoética. A pressão exercida pela realidade social

tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se relativizou' (TJSP, AC n. 93.117, rel. Des. Márcio Bártoli) [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 1997.015156-0, de Urussanga, Rel. Des. Paulo Gallotti. 24 mar. 1999).

Na mesma linha, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

1. É relativa a presunção de violência contida na alínea 'a' do artigo 224 do Código Penal.

2. Recurso conhecido e improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 206.658/SC, Rel. Min. Vicente Leal, Rel. p/ Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, 18 abr. 2002, DJ 10 mar. 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=206658&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 31 maio 2009).

Por fim, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a natureza da presunção de violência é relativa, em razão da mudança de comportamento e costumes da sociedade, colacionando na emenda:

[...] ESTUPRO – PROVA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.

ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência física e mental, de trata-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea 'a', do Código Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 73.662/MG, Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. 21 de maio. de 1996. Brasília/DF. DJ 20 set. 1996. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2073662.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2073662.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2073662.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2073662.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 31 maio 2009).

Apresentados os casos em que a presunção de violência pode ser relativizada, caberá ao Magistrado analisar a possibilidade de aplicação da regra insculpida no art. 224 do Código Penal.

## 5 CONCLUSÃO

Na década de 1940, o Código Penal Brasileiro entrou em vigor e trouxe em seu art. 224 as hipóteses em que não haveria necessidade de violência real ou grave ameaça para a configuração dos crimes contra a liberdade sexual, quais sejam, ser a vítima menor de 14 (catorze) anos, alienada mental ou não puder oferecer resistência por algum outro motivo.

Por entender que tais circunstâncias – tenra idade, alienação mental e incapacidade de resistência – subtrairiam a capacidade do agente de livremente dispor de sua sexualidade, optou-se pela adoção de uma ficção legal, consistente na presunção de que o ato sexual, em sentido amplo, estaria permeado pelo constrangimento violento, ou seja, pela violência presumida.

No que tange ao critério etário, o legislador partiu de um parâmetro preponderantemente biológico, considerando que os menores de 14 (catorze) anos não possuiriam suficiente discernimento para anuir – ou deixar de fazê-lo – com a prática de determinadas condutas atinentes à sexualidade.

Desse modo, a vontade intrínseca das crianças e adolescentes compreendidos naquela faixa etária, mesmo que livremente manifestada, isto é, esboçada sem a interferência da grave ameaça ou da violência real, teria tornado-se totalmente irrelevante, uma vez que infirmada por tal presunção legal.

Ocorre que quando da elaboração e entrada em vigor do referido Código não havia tanta liberdade para se falar em sexualidade, seja em casa, na escola ou nos meios de comunicação. A falta de comunicação e acesso escancarado a esse tema acabou por aflorar, em alguns casos, a sexualidade naquelas crianças e adolescentes. Até porque, refletindo o conhecido brocardo, é evidente que os jovens de hoje não são como os de antigamente.

Porém, apesar da citada evolução na maneira de ver a sexualidade, há casos, que são a regra geral, em que os adolescentes, bem como os alienados mentais, não têm aflorada a sexualidade, em razão, principalmente, do meio em que vivem.

Não se descarta que a norma deve ser abstrata e genérica, a fim de ser aplicada a todos de forma irrestrita. Contudo, a lei penal, para ser realmente eficiente, precisa estar em total harmonia com o modo em que vive a sociedade que,

no caso em concreto, é a possibilidade legal, e não apenas doutrinária, de a violência presumida ser relativizada, cabendo ao Magistrado decidir, em cada caso, se a vítima tinha consciência ou não do seu ato, e assim verificar se a ação do dito ofensor é punível ou não.

Divergências ocorridas nos Tribunais pátrios, inclusive nos Superiores, evidenciam que o tema sempre foi bastante controverso na sociedade, gerando nos estudiosos do direito, opiniões divergentes acerca da relativização da presunção de violência.

A relativização da violência presumida, ao contrário do que possam imaginar e supor aqueles mais radicais, não representa a legalização da prática sexual entre adultos e crianças, adultos e adolescentes ou até mesmo entre adolescentes e crianças.

Na verdade, o Código Penal não se ocupou em invadir a vida privada das pessoas, mas sim garantir que quando a decisão for tomada, esteja livre de qualquer vício.

Importar perquirir se o agente detinha o necessário discernimento para decidir naquele momento, e não a idade que apresentava, haja vista que esses dois fatores – discernimento para a prática de determinados atos e idade – nem sempre são correspondentes.

Após o estudo, conclui-se que a presunção de violência prevista para os delitos sexuais deve ter sua aplicabilidade analisada no caso concreto, para que, assim, se alcance a verdade real, buscada pelo direito penal, evitando-se injustiças ao se condenar alguém que manteve relações sexuais, por exemplo, consentidas, nas quais os parceiros eram capazes fazer tal ilação.

## REFERÊNCIAS

BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BEZERRA FILHO, Aluizio. Crimes sexuais. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 206.658/SC, Rel. Min. Vicente Leal, Rel. p/ Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, 18 abr. 2002, DJ 10 mar. 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=206658&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 31 maio 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 73.662/MG, Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. 21 de maio. de 1996. Brasília/DF. DJ 20 set. 1996. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2073662.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2073662.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2073662.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2073662.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 31 maio 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0470.02.008258-7/001(1), rel. Des. José Antonino Baía Borges, 9 nov. 2006, DJ 26 nov. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Criminal n. 24240-2/213, rel. Des. Byron Seabra Guimarães, 18 nov. 2003, DJ 14176 de 22 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoes&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>>. Acesso em: 31 maio 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 1997.015156-0, de Urussanga, Rel. Des. Paulo Gallotti. 24 mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação Criminal n. 2110/05. Ac. 8516. rel. Des. Honildo Amaral de Mello Castro, 14 set. 2005, DOEAP 19 out. 2005.

CAMPOS, Pedro Franco de. et al. Direito penal aplicado: parte especial do código penal (arts. 121 a 361). São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 6. ed. de acordo com a Lei n. 11.466/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. Violência sexual presumida: uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor. 1. ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de direito penal: parte especial. 2. ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ELUF, Luiza Nagib. Crimes contra os costumes e assédio sexual. Ed. Condensada. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio. Código penal comentado. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. Série as ciências criminais do século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

\_\_\_\_\_. A presunção de violência nos crimes sexuais: enfoque crítico: 2. parte. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, SP, v. 16, p. 169-196, out. 1996.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. Comentários ao código penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 17. ed. rev. atual., ampl. e compl. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

\_\_\_\_\_. Código penal anotado. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

\_\_\_\_\_. Código penal interpretado. 6. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Santiago Fernando do. Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, v. 98, n. 880, p. 394-452, fev. 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos. 27. ed. ver. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Noronha. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal: parte especial. 2. ed. rev. atual., ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

SILVA, César Dario Mariano da. Manual de direito penal: parte especial: artigos 121 a 234. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. Crimes sexuais. Leme: J.H. Mizuno, 2006.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial: arts. 213 a 359-H. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3.