

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

JANAÍNA OBAID FERREIRA DAS GRAÇAS LIMA

**PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO
CONTRA MENORES DE 14 ANOS**

RUBIATABA- GO

2007



**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

JANAÍNA OBAID FERREIRA DAS GRAÇAS LIMA

**PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO
CONTRA MENORES DE 14 ANOS**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba-FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Samuel Balduino Pires da Silva.

RUBIATABA-GO

2007

JANAÍNA OBAID FERREIRA DAS GRAÇAS LIMA



**PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO
CONTRA MENORES DE 14 ANOS**

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUAÇÃO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador _____

Esp. Samuel Balduino Pires da Silva

2º Examinador _____

Ms. Geruza Silva Oliveira

3º Examinador _____

Esp. Monalisa Salgado Bittar

Rubiataba, 03 de novembro de 2007.



DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, que se fez presente em todos os momentos da minha vida, mas bons e nos ruins porque quando não consegui mais caminhar ele me carregou em seus braços de amor enxugou minhas lágrimas e me fez tornar a sorrir.

A minha querida família, minha mãe, companheira fiel de todas as horas, ao meu pai que sempre esteve ao meu lado, à minha avó, grande amiga e segunda mãe, ao meu avô, que foi um pai para mim, aos meus tios e primos que sempre me deram muito carinho e amor.

Ao meu esposo que sempre esteve ao meu lado, ajudando à sua força.

Aos mestres, que não foram apenas professores, e sim bons amigos.

Aos colegas com os quais convivi por alguns anos, compartilhando experiências e aprendizagens juntas transpuseram muitas barreiras e carregamos as marcas desta experiência. Que nossa caminhada possa ser iluminada por Deus nossa pai, e que Ele possa nos guiar em nossa jornada.



AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela sabedoria e persistência para alcançar meus ideais.

Aos mestres que deram total apoio nos tornando pessoas melhores, aprimorando-nos não só como acadêmicos, mas como pessoas.

Aos meus familiares, que trilharam comigo essa caminhada, me apoiando em todos os momentos.

Aos meus colegas, em especial ao meu grupo de estudo, pelos bons momentos que passamos juntos.

Ao meu orientador que não apenas orientou, mas ensinou, caminhando passo a passo comigo e transmitindo seus conhecimentos.

Agradeço também à FACER pela oportunidade dado a tantas pessoas que como eu tem o sonho de se graduar em um curso superior. Quero agradecer a todos os funcionários, com as quais tive oportunidade de conviver durante todo o tempo que estive aqui.



LISTA DE ABREVIATURAS

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJMS – Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

CP – Código Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a
Cultura

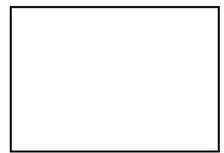
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente



RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a presunção de violência no crime de estupro, sob o enfoque da menoridade. Estuda-se não somente a previsão legal da presunção, mas também os vários aspectos que envolvem esse tema, como a sua evolução histórica, por exemplo, que vai desde o seu surgimento com as Ordenações do Rei Filipe II, passando pelo Código Criminal Imperial de 1930 e o Código de 1890 onde a presunção passou a ser prevista de forma expressa e assumiu relevância. Chegando ao Código Penal vigente de 1940 com seus 67 anos, sendo que este quase não sofreu alterações ao longo dos anos, principalmente no que concerne a violência ficta. Um fator relevante na questão histórica é que o critério etário permaneceu como condição da caracterização da presunção de violência, entretanto foi se modificando ao longo dos anos, indo de vinte e cinco anos nas Ordenações do Reino e chegando aos quatorze anos no Código vigente. Outra questão importante deste trabalho é o entendimento dos Tribunais brasileiros, bem como dos doutrinadores acerca da violência ficta, pois é aí que se instauram grandes divergências, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, pois existem interpretações que são apenas literárias, ou seja, o que está escrito na lei pura e simplesmente, e existem interpretações mais abrangentes, que buscam inclusive fatos sociais que podem influenciar no ato criminoso. Críticas às presunções legais são levantadas no presente trabalho principalmente no que concerne a inconstitucionalidade, visto que a presunção de violência pode implicar em ofensa a princípios estruturais do Processo Penal moderno, sendo que o absolutismo da presunção pode retirar do magistrado qualquer possibilidade de valoração sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima menor de quatorze anos. Outro aspecto importante é o vitimológico, ou seja, a possibilidade de um comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos. Para isso, necessário se faz demonstrar que essa menor pode, muitas vezes, dar um consentimento válido. O consentimento válido da vítima é imprescindível à análise do comportamento que ela teve no crime, pois se restar provado que a vítima não tinha possibilidade alguma de consentir com a relação sexual, não se pode então levar em consideração as suas vontades, os seus impulsos e sua eventual colaboração para a ação criminosa. Esse trabalho analisa também, a evolução comportamental das crianças e adolescentes, que são hoje, bastante informadas a respeito do assunto sexo, e que já não mais possuem tanta inocência ao consentir, que é objeto tutelado pelo artigo 224 do Código Penal Brasileiro. Importante também se faz a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), que tem uma visão bastante evoluída dos menores, imputando obrigações e salvaguardando direitos. E, por fim, a possibilidade do Artigo 59, "caput", ser aplicado quando se tratar de vítima menor de quatorze anos. Busca-se com este trabalho apresentar uma proposta de reforma na legislação penal no que tange à menoridade para a presunção de violência no crime de estupro, tendo em vista a realidade atual, dos costumes e da evolução social.

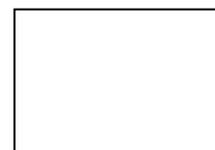
Palavras-Chave: Presunção; Violência; Menoridade; Estupro.



ABSTRACT

The present work has the objective to analyze the swaggerer of violence in the rape crime, under the approach of the minority. The legal forecast of the swaggerer is not only studied, but also the some aspects that involve this subject, as its historical evolution, for example, that she goes since its sprouting with the Ordinances of King Filipe II, passing for the Imperial Criminal Code of 1930 and the Code of 1890, in which, the swaggerer passed to be foreseen of express form and assumed relevance. Arriving at the effective Criminal Code of 1940 with its 67 years, being that this almost did not suffer alterations to the long one from the years, mainly in that concern the fictitious violence. An excellent factor in the historical question is that the years old criterion remained as condition of the characterization of the violence swaggerer, however was if modifying to the long one of the years, going of twenty and five years in the Ordinances of the Kingdom and arriving at the fourteen years in the effective Code. Another important question of this work is the agreement of the Brazilian Courts, as well as, of the writers concerning the fictitious violence, therefore it is that great divergences restore, doctrinal how much in such a way abridgement there, therefore interpretations exist that are only literary, or either, what it is written in the pure law and simply, and exist involving interpretations, that also search facts social that can influence in the criminal act. Critical to the legal presumptions are raised no present work, mainly no that it concerns unconstitutionality, seen that the violence swaggerer can imply in offence the structural principles do modern Criminal proceeding, being that the absolutism of the swaggerer can remove do magistrate any possibility of valuation on eventual concrete capacity to assent of the lesser victim of fourteen years. Another important aspect is the behavior of the victim, or either, the possibility of a provoking behavior of the lesser victim of fourteen years. For this, necessary if it makes to demonstrate that this minor can, many times, to give a valid assent. The valid assent of the victim is essential to the analysis of the behavior that it had in the crime, therefore to remain itself proven that the victim did not have possibility some to assent with the sexual relation, not if it can, then, take in consideration its wills, its impulses and its eventual contribution for the criminal action. This work also analyzes, the manning evolution of the children and adolescents, who are, today, sufficiently informed regarding the subject sex, and that already more they do not possess as much innocence when assenting, that it is object tutored person for article 224 of the Brazilian Criminal Code. Important also the analysis of the Statute of the Child and the Adolescent becomes (Law nº 8069/90), that it has a vision sufficiently evolved of the minors, imputing right obligations and safeguarding. Finally, the possibility of the Article 59, "caput", to be applied when to be about lesser victim of fourteen years. One searches with this work to present a proposal of reform in the criminal legislation in that it refers to the minority for the swaggerer of violence in the rape crime, in view of the current reality, of the customs and the social evolution.

Words-Key: Swaggerer; Violence; Minority; Rape.



SUMÁRIO

Introdução.....	9
1 Histórico Brasileiro da Presunção de Violência no Crime de Estupro.....	12
1.1 Origem e Evolução da Presunção de Violência no Crime de Estupro no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	12
1.2 As Ordenações Filipinas como Direito Penal Medieval.....	12
1.3 Código Criminal Imperial – 1830.....	14
1.4 Código Penal de 1890.....	16
1.5 Código Penal de 1940.....	17
1.6 Ordenamento Penal Vigente.....	18
2 A Presunção de Violência no Crime de Estupro no Ordenamento Penal Vigente.....	20
2.1 Presunção de Violência pela Alienação ou Debilidade Mental.....	20
2.2 Presunção de Violência pela Impossibilidade de Resistência.....	22
2.3 Presunção de Violência pela Menoridade.....	24
2.3.1 Caracterização da Menoridade.....	26
2.3.2 Teoria da Relativização da Presunção Legal.....	27
2.3.3 Teoria Absolutista da Presunção Legal.....	35
2.3.4 Críticas à Presunção Legal em Matéria Legal em Matéria Penal Sexual.....	37
3 Aspectos Comportamentais da Vítima.....	40
3.1 Aspectos Vitimológicos.....	40
3.2 Autodeterminação Sexual do Menor.....	43
3.2.1 Moral Social e os seus Reflexos no Direito Penal.....	43
3.2.2 O Perfil Comportamental Sexual do Jovem Contemporâneo.....	46
3.2.3 Capacidade de Consentir do Menor para Prática Sexual.....	48
3.2.4 A Concepção do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	50
4 O Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Pátrio.....	54
4.1 Aspectos Gerais da Presunção de Inocência.....	54
4.2 Presunção do Estado de Inocência e sua Relevância no Direito Processual Penal.....	57
Considerações Finais.....	61
Referências Bibliográficas.....	64
Anexo.....	67

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a presunção de violência no crime de estupro contra menores de quatorze anos, abordando sua previsão legal, bem como uma visão sociológica, que se aplica ao comportamento pessoal da adolescente contemporânea e da sociedade em que vive.

O Código Penal brasileiro no seu artigo 224, alínea “a”, presume três modalidades de presunção, quais sejam, quando a vítima é menor de quatorze anos; é alienado ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância e quando não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência. Com relação à presunção pela menoridade que é o foco deste trabalho existe uma grande controvérsia acerca do assunto, fazendo-se necessário, para tanto, uma discussão mais aprofundada a fim de que seja encontrada uma solução pacífica para a divergência apresentada.

O trabalho científico em pauta tem a finalidade de discutir, sem a pretensão de esgotar, as questões concernentes à presunção de violência no que tange a menoridade, bem como os fatos que desencadeiam toda a polêmica versando sobre a liberdade sexual dentro da atual conjuntura social, centrando-se na abordagem do crime de estupro. Mais especificamente, serão realizadas questões relacionadas à presunção de violência inscrita no artigo 224, alínea a do Código Penal e ao comportamento da vítima e sua realidade social.

O primeiro capítulo refere-se à historicidade da presunção, desde o surgimento da primeira legislação penal brasileira prevista no Livro V das Ordenações do Rei Filipe II, onde se previa os crimes com o desígnio de satisfazer os prazeres sexuais, onde a presunção não era expressa, entretanto previa casos em que a violência física não era necessária para a caracterização do tipo, o critério etário da mulher nesta época era de 25 anos. Posteriormente no Código Criminal Imperial de 1930, a idade mínima para a validade do consentimento da menor para prática sexual era de 17 anos. Ressalta-se que nesses dois códigos a presunção não era expressa, era disposta de forma velada na legislação.

O instituto da presunção de violência assumiu relevância no Código de 1890, onde passou a prever expressamente a presunção de violência nos crimes sexuais contra menores, bem como diminuiu o critério etário de 17 para 16 anos.

Atualmente vige o Código Penal de 1940 que possui 67 anos, sendo que este quase não sofreu alterações ao longo dos anos, principalmente no que concerne a violência ficta.

O critério etário permaneceu como condição para a caracterização da presunção de violência e foi se modificando ao longo dos anos. A idade da vítima que dantes era de 25 anos, passando pelos 17 e 16 anos, no Código atual passou a ser de 14 anos.

Posteriormente, no capítulo segundo abordar-se-á a previsão legal da presunção de violência, nas suas três modalidades, bem como o entendimento dos Tribunais brasileiros acerca da violência ficta. Analisar-se-á as diferentes posições, doutrinárias e jurisprudenciais, que vão de simples interpretação literária da lei a uma interpretação mais abrangente, que busca inclusive fatos sociais que podem influenciar no ato criminoso. Neste capítulo existe um tópico que critica as presunções legais, mais especificamente a presunção de violência, pois esta poderia implicar em ofensa a princípios estruturais do Processo Penal moderno, sendo que o absolutismo da presunção pode retirar do magistrado qualquer possibilidade de valoração sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima menor de quatorze anos.

No capítulo terceiro avaliar-se-á a influência da vítima menor para o crime de estupro, bem como o questionamento da validade de seu consentimento. Ponderar-se-á também o perfil comportamental da jovem contemporânea e sua autodeterminação sexual, ou seja, reflexos da moral social no direito. Outro aspecto importante deste capítulo é a visão que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui da capacidade de entendimento e autodeterminação do menor, que inclusive o sujeita a uma medida punitiva em razão de infração penal por ele praticada.

Por fim, no capítulo quarto, será trazida à baila a questão da ofensa do princípio da presunção de inocência, bem como a importância desse princípio para ordenamento penal brasileiro que garante ao acusado os meios de defesa a ele assegurados pela Constituição Federal.

O método de pesquisa deste trabalho é o de compilação, que consiste na descrição meticulosa da exposição de pensamentos de vários autores que pesquisaram e escreveram sobre o tema escolhido. Havendo uma organização coerente das diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais, mesmo sendo antagônicas. Como o método a ser utilizado será o de compilação, utilizar-se-á pesquisa em várias doutrinas como Mirabete, Noronha, Nucci, etc., artigos da internet, jurisprudências e sentenças, tendo por escopo analisar as conclusões dos autores e também elaborar conclusão pessoal.

Creemos que a discussão do presente tema, será de grande relevância para o meio acadêmico, bem como a sociedade de forma geral, pois se trata de questão bastante polêmica, e que atinge a toda sociedade, inclusive a vítima, réu, familiares, como também os operadores do direito, como os juízes, promotores e advogados. Todo o meio jurídico se questiona sobre qual seria a melhor saída, pois toda essa divergência acaba por gerar uma insegurança jurídica, o que leva a um receio de se cometer injustiças. Fazendo-se importante esse estudo para visualizar a corrente mais acertada a ser seguida, se absolutista ou a relativista, ou ainda se não deve existir nenhuma forma de presunção, tudo isso para que não ocorra injustiça e opressão, nem para a vítima tampouco para o réu.

1. HISTÓRICO BRASILEIRO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É preciso estudar e compreender a evolução das normas legais no decorrer dos tempos para se entender, o que levou a criação ou modificação destas, pois como se sabe, o homem é um ser em constante mutação, e se as normas almejam nortear ou corrigir o comportamento do homem ela precisa acompanhar sua evolução. Nesse diapasão, Carvalho (2004, p. 23) elucida:

O instituto da presunção de violência nos crimes sexuais contra menores, que vigora hodiernamente no direito brasileiro é um tema que tem reflexos no Direito Romano, que se apoia no princípio “Qui velle non potuit, ergo noluit, na obra Practica Nova Rerum Criminalium” que significa ‘quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente, sendo adotado em várias legislações, com critérios variados quanto a idade mínima, para a validade do consentimento do menor para prática sexual’.

A legislação brasileira resguarda a liberdade sexual do indivíduo com bastante seriedade, imputando severas penas a quem infringe os preceitos nela vigentes. O instituto da presunção de violência vem sendo discutido há séculos.

Marcochi (2007) em seu artigo Violência real e ficta nos crimes contra os costumes, diz que esse cuidado da Lei com relação a violência sexual é algo antigo, advindo das Ordenações e Leis do Reino de Portugal ou Código Filipino.

1.2 AS ORDENAÇÕES FILIPINAS COMO DIREITO PENAL MEDIEVAL

No período do Brasil – Colônia, vigoraram as ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), que foram substituídas pelo Código de D. Sebastião (até 1603), que

por sua vez foi substituído pelas Ordenações Filipinas que refletiam o Direito Penal medieval. (DUARTE, 2007).

No Livro V das Ordenações do Rei Filipe II, promulgada em 1603, surge a primeira Legislação Penal, onde se previa os crimes sexuais, a violência com o desígnio de satisfazer os prazeres sexuais, não estando distribuídos em Capítulos e Títulos, como atualmente. No que tange a presunção de violência nesses crimes, não foi tratada de forma expressa, permanecendo o Código silente quanto a esta questão. Entretanto, previa casos em que a violência não era necessária para a caracterização do tipo, que se referiam a honestidade e ao critério etário da mulher.¹ Segue alguns trechos *in verbis* das Ordenações Pierangeli (2001, p. 109, 111-112):

TÍTULO XXIII “Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta per sua vontade”.

3. E tudo isto, que dito he este titulo, haverá lugar em qualquer homem, que dormir com mulher viúva, que honestamente viver, que não passar de vinte cinco annos, stando em poder de seu pai, ou avô da parte de seu pai.

TÍTULO XVIII “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della ou a leva per sua vontade”

(...) 1. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella houvesse casado. E toda esta Lei entendemos em aquellas que verdadeiramente forem forçadas, sem darem ao feito algum consentimento voluntario aindaque depois do feito consummado consitão nelle, ou dêem qualquer aprazimento: porque tal consentimento, dado depois do feito, não relevará o forçador em maneira alguma da dita pena. (...) 3. E o homem, que induzir alguma mulher virgem, ou honesta, que não seja casada, per dadas, afagos, ou prometimentos, e a tirar e levar fóra da caza de seu pai, mãe, Tutor, Curador, senhor, ou outra pessoa, sob cuja governança, ou guarda stiver ou de qualquer outro lugar, onde andar, ou stiver per licença, mandado, ou consetimento de cada hum dos sobreditos, ou ella assi enganada, e induzida se fôr a certo lugar, donde assi levar, e fugir com ella, sem fazer outra verdadeira força a ella, ou aos sobreditos, e o levador fôr Fidalgo, ou pessoa posta em Dignidade, ou Honra grande, e o pai da moça fôr pessoa plebea, e de baixa maneira, ou Official, assi como Alfaiate, çapateiro, ou outro semelhante, não igual em condição, nem stado, nem linhagem ao levador, o levador será riscado de nossos livros e perderá qualquer tença graciosa, ou em sua vida, que de Nós tiver, e será degredado para África até a nossa mercê...E bem assi, haverá lugar a pena de morte nas outras pessoas, onde houver igualdade de linhagem.

¹ DUARTE, Maércio Falcão. *Evolução histórica do Direito Penal* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>. Acesso em: 05 maio 2007.

TÍTULO. XXI “Dos que dormem com mulheres órfãs ou menores, que estão a seu cargo”.

(...) 1. E se algum Tutor, ou Curador, ou outra qualquer pessoa, que tiver orfã, ou menor de vinte cinco annos sem sua caza em guarda, ou por soldada, postoque orfã não seja, stando em fama de virgem postoque virgem não seja, com ella dormir, será constrangido pagar a dita órfã, ou menor, o casamento em dobro, que ella merecer, segundo a qualidade de sua pessoa. E além disso será preso e degredado per oito annos para África. E não tendo por onde satisfazer o dito casamento em dobro, será degredado para sempre para o Brazil. Porém vindo depois a ter per onde possa pagar lhe pagará o casamento singelo..

As penas impostas para os autores destes crimes eram bastante severas, indo de açoites a degredação.

Aqui, havia lugar a pena de açoite, o degredo para a África, o pagamento de caução de ouro, prata ou dinheiro em Juízo, ou, "*se ella quizer, e se fôr convinhável, e de condição*", devia ele casar-se com a dita mulher". Atente-se que, nos citados casos, “ainda que a mulher manifesta-se sua vontade sendo virgem, viúva ou menor de 25 anos as penas persistiam. (MARCOCHI, 2007, p. 06).²

Apesar das Ordenações não terem versado sobre a presunção de forma expressa, ela indicou um caminho para que os futuros legisladores pátrios protegessem e de maneira rigorosa, a sexualidade e a integridade de certos indivíduos que, de acordo com a lei penal, não são capazes ou não podem dar seu consentimento válido para ato de tal natureza.

1.3 CÓDIGO CRIMINAL IMPERIAL – 1830

Decorrido mais de dois séculos, desde as Ordenações Filipinas, foi proclamada a independência do Brasil em 1822, quando passou a ser Império. A Constituição de 1824, previa que fosse elaborada uma nova legislação penal o que ocorreu quase uma década depois, em 16 de dezembro de 1830, quando D. Pedro I sancionou o Código Criminal do Império. Marcochi (2007) e Duarte (2007).

² MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. *Violência real e ficta nos crimes contra os costumes*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>. Acesso em: 10 abr. 2007.

No Código Criminal Imperial, o crime de estupro vinha disposto da seguinte forma, *in verbis* (PIERANGELI, 2001, p. 261):

Sob a rubrica do Título II – Dos crimes contra a segurança individual, e no capítulo II, secção I, especialmente, cuidava do estupro; nesta ordem, o artigo 219 apontava que deflorar mulher virgem, menor de 17 annos: pena – de desterro para fora da comarca em que residir a deflorada, por 1 a 3 annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas. Artigo 220: Se o que commetter o estupro tiver em seu poder ou a guarda a deflorada: pena - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar a esta. Artigo 221: Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em graó, que não admita dispensa para casamento: pena - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta. Artigo 222: Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta: pena - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada for prostituta-pena de prisão por um mez a dous annos. Se o que commeter. Igualmente, ainda que a mulher não fosse virgem, mais possuísse idade inferior a 17 annos, o artigo 224 impunha a mesma pena àquele que seduzi-la. Casos assim bastava possuir a mulher ser menor de 17 annos que, independente da violência, o crime estava caracterizado.

Nesse sentido esclarece Carvalho (2004, p. 24):

Neste Código, a menoridade da vítima, que nesta época era de 17 annos, era elemento constitutivo do crime de estupro, havendo um entendimento, de que o ato sexual contra menor que não pudesse dar consentimento, era tido como violência presumida. (...) art. 219- Deflorar mulher virgem, menor de 17 annos-, o aviso 512 de 05.11.1862 entendeu que o autor desta conduta deveria responder por crime mais grave, descrito no art. 222-Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças com qualquer mulher honesta-, uma vez que a circunstância do defloramento de menor em tenra idade, da qual não se pudesse supor consentimento, era sempre cópula carnal por meio de violência e constituiria, por isso, o crime do art. 222.

Igualmente, ainda que a mulher não fosse virgem, mas possuísse idade inferior a 17 annos, o artigo 224 impunha a mesma pena àquele que seduzi-la. Casos assim bastavam que a mulher fosse menor de 17 annos que, independente da violência, o crime estava caracterizado. Isso devia-se à idade mínima, para a validade do consentimento da menor para prática sexual, que nesta época era de 17 annos. (PIERANGELI, 2001).

1.4 CÓDIGO PENAL DE 1890

O Brasil deixou de ser império e passou a ser República. Com essa nova forma de Governo, era necessário criar-se um Código Criminal, para se adequar a nova realidade político-social vivida pelo Brasil, o qual foi editado, em 11 de outubro de 1890, com o nome de Código Criminal da República, sendo este alvo de duras críticas, pelo fato de apresentarem falhas decorrentes da rápida elaboração. (MARCOCHI, 2007; DUARTE, 2007).

Neste Código o instituto da presunção de violência assumiu relevância, e passou a prever expressamente a presunção de violência nos crimes sexuais contra menores. (CARVALHO, 2004).

Segue *in verbis* os artigos 266 e 272 do Código Penal de 1890 (PIERANGELI, 2001, p. 303):

Art. 266 do Código de 1890 in verbis:

Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena-de prisão celllular por seis annos. Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que comrrromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 272 do Código de 1890

Presume-se commettido com violencia qualquer destes crimes especificados neste capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 anos. (PIERANGELI, 2001, p. 302- 303).

Houve uma mudança, neste Código com relação ao Código de 1830 que foi a diminuição do critério etário para a caracterização da presunção de violência que era de 17 anos para 16.

Em vigência o Novo Código, houve uma tendência, quase unânime entre os doutrinadores para a teoria absoluta da presunção que consiste (CARVALHO, 2004, p. 27):

(...) o entendimento de ser a presunção de violência em matéria sexual indiscutível, houvesse ou não consentimento da vítima, conhecesse, ou não, o agente a idade da vítima na data do fato, sob a alegação de que a lei considerava o menor até a idade de 16 anos como incapaz de consentir livremente, sendo inadmissível qualquer indagação acerca de sua honestidade e bons costumes, pois pressupunham conhecimento do mal, coisa que não se podia esperar em pessoa daquela idade.

1.5 CÓDIGO PENAL DE 1940

Um novo Código Penal foi criado através do Decreto Lei nº 2.848, de 7.12.1940, porém somente passou a vigorar em 1º de Janeiro de 1942, ou seja, mais de um ano depois, para que fosse melhor conhecido, e também para que coincidissem sua vigência com a do também novo Código de Processo Penal. (MARCOCHI, 2007; DUARTE, 2007).

A presunção de violência vinha elencada no art. 224 do Código Penal, da seguinte forma, *in verbis*:

Presunção de violência (Código Penal de 1940)

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.*

A violência ora tratada não diz respeito à violência real, física, e sim uma violência ficta ou presumida. A partir de uma determinação expressa na lei presume-se a existência de uma determinada realidade no caso concreto, sem se investigar, inicialmente, se tal presunção corresponde ou não à verdade dos fatos.

Nos atos sexuais praticados com menores de 14 anos, com alienados mentais, ou contra quem não possa oferecer resistência, segundo o artigo 224 do Código Penal, presume-se a violência.

Como se pode perceber, o critério etário permaneceu como condição para a caracterização da presunção de violência. É certo que ao longo dos anos a questão da idade mínima para a validade do consentimento da menor foi se modificando, até porque, como dito anteriormente, a legislação precisa acompanhar a evolução da sociedade. A idade da vítima que dantes era de 25 anos, passando pelos 17 e 16 anos, neste Código passou a ser de 14 anos. Entretanto, o legislador adicionou outros dois critérios, quais sejam, quando a vítima é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; e quando não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Nos dois primeiros casos existe a falta de consentimento válido, enquanto que no segundo a incapacidade de resistência. (MARCOCHI, 2007).

Como bem salienta o autor supracitado, com a evolução da sociedade e em consequência do ordenamento jurídico, foram sendo criados novos preceitos com relação à defesa da liberdade sexual, que delimitou a conduta do cidadão, de acordo com os novos costumes vivenciados pela sociedade. O crime de estupro era punido inicialmente com a pena capital; posteriormente, sancionou-se com pena de prisão de 3 a 12 anos acrescido do pagamento de dote, seguido da prisão de 1 a 6 anos, e, atualmente, por reclusão de 6 a 10 anos. (MARCOCHI, 2007).

1.6 ORDENAMENTO PENAL VIGENTE

Atualmente ainda vige o Código Penal de 1940, que possui 67 anos, sendo que este quase não sofreu alterações ao longo dos anos. No que concerne ao art. 224 “presunção de violência”, este foi o que menos acompanhou as mudanças sociais, não sofrendo nenhuma alteração, como se a sociedade continuasse a mesma da década de 40.

Segundo Carvalho (2004, p. 146) “a significação e a importância dos crimes sexuais, dependem mais de fatores culturais do que sociais e psicológicos ou naturais, sejam esses fisiológicos ou biológicos”.

Entre as transformações ocorridas nas atitudes e costumes dos adolescentes, uma das mais significativas diz respeito às regras que pautam o comportamento dos namorados. No passado, os encontros, vigiados e limitados a uma sala ou portão da casa da moça, dirigiam-se ao compromisso do matrimônio. Hoje, o namoro se caracteriza pela falta de compromisso e interferência familiar, fruto do aumento da liberdade moral da sociedade, da diminuição do controle familiar, da menor influência das normas éticas submetidas às sanções sobrenaturais e eclesiais, da diminuição da valorização da virgindade feminina. Essa realidade atual não condiz com uma legislação penal arcaica, que se refere a uma época onde o sexo era tabu e a virgindade um dogma. A autora supracitada indaga se estes adolescentes, seriam realmente vítimas “seduzidos” ou poderiam ser os sedutores? E o desenvolvimento somato-sexual se dá sempre em paralelo ao desenvolvimento psicosssexual? Entretanto a evolução que a sociedade brasileira atravessa é extraordinária. Desde os costumes, o comportamento, até à Ciência e à Tecnologia, tudo se modificou. Negar-se-ia a realidade se dissesse que uma pessoa hoje, com menos de 14 anos, não sabe nada da vida sexual. (CARVALHO, 2004).

A polêmica, então, se instala na verificação do consentimento da "vítima", analisando-se a validade jurídica desse ato, ou seja, se a vítima menor de 14 anos, por exemplo, tem o direito de consentir com a prática de atos sexuais. Porque o legislador ao determinar essa ficção legal, tacitamente, não expressando que forma de presunção seria essa, se seria relativa ou absoluta, ou qual seria os limites de aplicação ao caso concreto, deixou uma incerteza jurídica, pois existe uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial, quanto a questão da menor de 14 anos ter ciência em relação aos fatos sexuais, e se seu consentimento ou não para o ato sexual tem alguma relevância. (MARCOCHI, 2007).

Hoje, talvez ainda por conveniência, se mantenha o dispositivo em questão, talvez o legislador não queira se aprofundar nas questões sociais e na evolução da sociedade, bem como atada a questão da mulher, deixando passar batido o fato de que os tempos são outros e junto a eles estão as cabeças e nelas os desejos.

2. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO NO ORDENAMENTO PENAL VIGENTE

Ao asseverar acerca da presunção de violência contra menores de 14 anos, faz-se necessário a abordagem de todas as hipóteses para uma melhor compreensão do tema. Tendo em vista que a menoridade é a primeira hipótese de violência ficta prevista pelo art. 224 do Código Penal. Inverter-se-á a ordem prevista por este diploma para que o objeto deste trabalho seja tratado por último, dando-lhe maior destaque.

2.1 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA ALIENAÇÃO OU DEBILIDADE MENTAL

A segunda hipótese de presunção de violência prevista pelo art. 224 acontece quando a vítima é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância.

Trata-se de uma presunção relativa, *iuris tantum*³ (de direito; o que decorre do próprio direito), pois para sua caracterização necessita-se de prova que a vítima realmente ao tempo do fato possuía distúrbios mentais, que a tornasse incapaz. (MARCOCHI, 2007).

A alienação ou debilidade deve abolir totalmente o discernimento da vítima, o chamado autogoverno. Não basta para a presunção de violência que a pessoa apresente deficiência mental, como nos casos dos chamados fronteiriços. Exige-se, para o reconhecimento da presunção prova pericial da alienação ou debilidade mental. (MIRABETE, 2001).

A 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”. (MIRABETE, 2001, p. 2007).

Faz-se necessário para a caracterização do tipo, o conhecimento por parte do agente, de ser a vítima alienada ou débil mental.

3 CARLLETTI, Amilcare. *Dicionário de Latim Forense*. 8.ed. São Paulo: LEUD, 2000.

Conforme Mirabete (2001, p. 447):

Trata-se de presunção relativa, só existindo quando o sujeito ativo conhece a circunstância (RT 482/230, 710/265). Exige-se, assim, que, na ausência de conhecimento maior entre o autor e a vítima, sejam a doença ou a debilidade reconhecíveis por leigos em psiquiatria. Por isso, tem-se exigido para a configuração da violência presumida que a debilidade da vítima seja aparente e conhecida do réu (RT 409/101, 417/118, 426/361, 436/335, 438/352, 455/421, 458/331, 604/424, 723/565; RJT JESP 10/518; RJT JERGS 152/159). Mesmo que alguma dúvida paire quanto ao proceder moral da vítima, sendo ela débil mental, ocorre a presunção (RT 500/307).

Quando a debilidade não for aparente, ou seja, a debilidade mental da vítima for leve, sendo perceptível somente aos peritos, e não ao homem de conhecimento mediano, não pode haver responsabilização criminal pelo ocorrido. (MIRABETE, 2000, p. 1326).

Neste sentido:

TJMG: A debilidade mental que autoriza a presunção de violência do autor do defloramento é somente no caso em que se possa inferir a circunstância deste ter pleno conhecimento do estado mental da ofendida.

Mirabete em seu Código penal interpretado destaca a necessidade de dois requisitos, que são indispensáveis para a caracterização da presunção de violência, para os alienados e débeis mentais. Quais são: “laudo pericial devidamente fundamentado, confirmando doença mental que retire da vítima sua capacidade de convívio social, e, também prova cabal de que tal doença era do conhecimento do agente”.⁴

A necessidade da comprovação da debilidade mental por exame pericial é tão indispensável que sem a qual não há que se falar da punição do autor do fato.

Corroborando com esse raciocínio segue alguns julgados: (MIRABETE, 2000, p. 1324-1325).

TJSC: Para a oligofrenia no subtipo ‘imbecilidade’, constituir debilidade mental suficiente para caracterizá-la a presunção de violência prevista no artigo 224, b, do Código Penal, há necessidade do laudo pericial especificar

4 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 1324.

a capacidade volitiva da vítima ao tempo do delito. Sendo emitido atestado médico oficial (legista), há presunção da debilidade mental da vítima, porém para o alcance da verdade real, devem os autos ser baixados em diligência a fim de que se complete o laudo pericial.

TJMS: Para que seja reconhecida a violência presumida não basta que a vítima seja alienada ou débil mental. Necessário é que a doença mental seja de natureza tal a ponto de abolir inteiramente a sua capacidade de consentimento ou de entendimento do ato sexual submetida, o que deve ser comprovado por perícia médica. Se esta inexistir, absolve-se o acusado.

TJSP: A debilidade mental é circunstância elementar para fins de reconhecimento de violência presumida no crime de estupro, devendo ficar devidamente comprovada por laudo pericial seguro nos seus fundamentos e conclusões.

TJSP: A incapacidade de consentir ou de opor resistência nos delitos contra a liberdade sexual-decorrente de alienação ou debilidade mental do sujeito passivo – reclama demonstração através de perícia reservada a tal fim, segura em seus fundamentos, de sorte a precisar com detalhes de evidências se, em verdade, ao tempo dos fatos era-lhe totalmente abolidos o entendimento e autodeterminação. Insuficientes, para se aquilatar com a certeza dessa ficção legal de violência, termos vagos ou imprecisões de médicos legistas, sem a devida especialidade e cuja incumbência se limitara relevantemente em constatar tão-só os vestígios anatômicos da examinada.

2.2 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IMPOSSIBILIDADE DE RESISTÊNCIA

Assim como a presunção prevista para alienados ou débeis mentais, trata-se também de presunção relativa, pois se faz necessário exigir prova da situação que causou a impossibilidade de defesa. Pois apesar de a vítima se enquadrar em alguma das hipóteses de impossibilidade de resistência, mas não se opor ao ato sexual, desaparece a presunção. (MIRABETE, 2000).

A última espécie de presunção elencada pelo art. 224 “não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência” (art. 224, alínea c, do Código Penal).

Existem casos em que a vítima não é menor, nem possui alienação ou debilidade mental, entretanto não pode oferecer resistência quanto ao ato sexual. Essas causas podem ser transitórias ou permanentes como enfermidades, paralisia, idade avançada, excepcional esgotamento, ingestão ou ministração de entorpecentes, etc. Nestes casos ocorre a incapacidade de resistir, ou seja, a vítima, não possui capacidade para impedir a conjunção

carnal. Ex.: “vítima presa em cadeiras de roda, não consegue reagir ao estupro que, ademais possuir perfeitas condições físicas, o autor, mostra-se indubitavelmente superior frente à condição pessoal da vítima”. (MARCOCHI, 2007, p. 9).

Nestes casos de impossibilidade de resistência, a vítima possui plena capacidade de entendimento quanto ao caráter sexual e até mesmo quanto ao caráter criminoso, tratando-se então de presunção relativa. “Conquanto mesmo possuindo limitações físicas, sua capacidade de entendimento permanece imaculada e, por conseqüência, sua capacidade de consentir ao ato sexual” (MARCOCHI, 2007, p. 9).

As divergências referem-se ao critério quantitativo e ou qualitativo da debilidade. “A vítima pode encontrar-se, em cadeiras de roda, que, sem discussão, a impossibilita de resistir fisicamente (caso queira), à violência, não estando por outro lado, impossibilitada de consentir, se assim desejar”. (MARCOCHI, 2007, p. 9).

Nesse raciocínio Marcochi (2007, p. 10):

...Vê-se que o quantum de bebida o sujeito passivo ingeriu, assim igualmente, à quantidade, de entorpecentes, ou a síncopes e desmaios que eventualmente seja vítima, a quantidade de sono e se esta foi à causa da impossibilidade de impor resistência é que importa; necessário que, havendo tais restrições físicas, sejam elas capazes de impedir a resistência, ocasião em que o dissento deve estar presente, como bem exemplificam nossos Tribunais: -- Ocorre a presunção quando a vítima estava sob efeitos de entorpecentes ou bebida alcoólica que lhe fora ministrada pelo agente (RT 391/210); --Impossível o defloramento de mulher virgem durante o sono, sem que ela perceba (RT 443/448); --Trata-se, também, de presunção relativa a exigir prova da situação que causou a impossibilidade de defesa; quando a vítima estiver durante o ato em uma das situações mencionadas, mas se comprova que não se opunha ao ato, desaparece, evidentemente, a presunção (RT, 683/308).

Sobre o tema, segue algumas decisões judiciais:

Vítima adormecida e alcoolizada Mirabete (2000, p. 1327):

TJSP: Sem dúvida que deve ser encarada com reservas a posse sexual durante o sono, máxime quando a defloração. Mas, a hipótese não é de ser afastada, quando para tanto ocorrem a bebida e o fumo para reduzir ou eliminar a capacidade de resistência da vítima.

Vítima sob efeito de entorpecente Mirabete (2000, p. 1327):

TJSP: Ocorre a presunção de violência na letra c do art. 224 do Código Penal, quando a vítima não pode oferecer resistência por estar sob efeitos de entorpecente que lhe foi ministrado pelo réu.

Vítima paralisada transitoriamente Mirabete (2000, p. 1328):

TJSP: Estupro. Delito caracterizado. Violência e grave ameaça utilizadas pelo réu para constranger a vítima jovem de apenas 14 anos de idade, e sob cuja autoridade aquela estava subordinada. Indivíduo perigoso. Defesa escudada na possibilidade da mesma ter reagido ou gritado por socorro, portanto repelida. Condenação confirmada. Inteligência do art. 213 e 226, n° II, do Código Penal. (...) Uma jovem de 14 anos não é, evidentemente, uma mulher adulta que saiba defender-se das garras de um sátiro e que possa avaliar com realismo o risco de que se vê ameaçada. O medo suprime-lhe ou inibe a faculdade psíquica de volição, a capacidade moral de resistência; pode ocasionar-lhe uma paralisia transitória impossibilitando a fuga ou a defesa.

Para Mirabete (2000, p. 1328) *se trata de presunção relativa, exigindo-se a prova da situação que causou a impossibilidade de defesa; sem ela não se reconhece à presunção de violência.*

2.3 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA MENORIDADE

A liberdade sexual é representada através da sua característica maior que é o consentimento. Toda e qualquer manifestação que impeça uma pessoa de exercer o poder desse consentimento afetará o direito sobre o seu corpo, caracterizando, assim, um crime. Portanto, para a configuração do delito de estupro, é indispensável o desrespeito a essa liberdade com o uso da violência, como tipifica o próprio artigo 213 do Código Penal Brasileiro “Art. 213- Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.⁵

5 GOMES, Luiz Flávio. *Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Na análise da preservação dos costumes e dos valores éticos que a sociedade almeja abarcar, a efetividade da satisfação dessa preservação constitui bem intrínseco ao Estado. Este, para fazer valer o seu objetivo, faz com que algumas das suas leis considerem casos em que a violência é presumida. Essa presunção só será identificada se a vítima não oferecer defesa possível.

Como visto em capítulo anterior, quando tratado do histórico da presunção de violência, viu-se que a primeira legislação a prever a referida presunção de forma expressa foi o Código de 1890, disciplinando o art. 272 que a violência era ficta, quando o ato fosse perpetrado contra menores de dezesseis anos.

O Código atual manteve o critério da presunção de violência, porém diminuindo a faixa etária, de forma que a tutela recaia sobre a vítima menor de quatorze anos.

O motivo especial da tutela encontra-se na própria Exposição de Motivos do Código Penal. Trata-se do consentimento puro do sujeito passivo, ou seja, da sua completa inciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se poderia dar valor algum ao seu consentimento. Assim preleciona Noronha (1999, p. 181):

Tomou o legislador como base completa a inciência dos fatos sexuais e a impossibilidade de consideração quanto aos efeitos por eles produzidos. Considerou que abaixo desse limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência do menor, tido como incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece e, assim, pelo inciso em apreço, a lei pune o agente, tendo em vista ele não poder ignorar ser o menor protegido no pudor e nos costumes e que, pela própria impossibilidade de eficazmente se defender, a ação criminosa contra ele avultra no caráter anti-social a abjeto.

A preocupação do legislador ao relatar tal artigo, deriva da vontade de proteger determinadas pessoas que são consideradas incapazes de manifestar a sua vontade.

A palavra presunção “se origina do latim *praesumptio* que quer dizer, conjectura, idéia antecipada”.⁶ Esse vocábulo empregado na terminologia jurídica para demonstrar a dedução, a conclusão ou a conseqüência, que se tira de um fato conhecido, para admitir como certa ou verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso. Pela dedução de um outro fato que é certo, verdadeiro e já se mostra, portanto suficientemente provado.

6 PLÁCIDO E SILVA, José de. *Vocabulário Jurídico*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 637.

Conforme o art. 224 “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.⁷

A primeira hipótese de violência presumida descrita pelo artigo é pela menoridade, conforme Mirabete (2001, p. 445-446)., “é uma violência (indutiva ou ficta) é de ser a vítima menor de 14 anos”.

Menoridade no tocante à idade, o texto legal usa a expressão não maior de 14 anos, isto é, a proteção amplia-se até o dia em que a menor completa 14 anos. E em razão dessa tenra idade, em que já existe certo amadurecimento físico, mais não psicológico, pois este, não acompanha àquele, é que se trata então de uma violência ficta. (MIRABETE, 2001).

Neste sentido, Nucci (2006, p. 212-269) elucida sobre a intenção do legislador ao instituir a presunção de violência:

(...) O legislador, ao elaborar uma norma penal, baseado em fatos da vida social e em elementos colhidos pela experiência do cotidiano, pode eleger determinados parâmetros para a aplicação da lei penal, exatamente como fez no caso da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos. Trata-se de outra forma de presunção. É possível que o agente, com 17 anos, por exemplo, saiba perfeitamente bem o que está fazendo, tendo plena consciência do caráter ilícito do fato, embora, para a lei penal, seja presumidamente inimputável (art. 27, CP). É o que ocorre no contexto do artigo 224. A pessoa menor de 14 anos, diante da flagrante imaturidade, não tem condições de discernir a respeito do caminho ideal a seguir, quando decide manter uma relação sexual. Ainda que consinta no ato, portanto, presume a lei que o fez sem aquiescência válida. Ora se não podia consentir, logo o ato foi violento (contra a vontade válida da vítima). Explica Noronha: “Tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima, e, como sói acontecer, maior se torna então a defesa pública, através da lei, onde a defesa particular inexistente ou é por demais precária”.

2.3.1 Caracterização da menoridade

A prova da idade da vítima se faz pela certidão do registro civil do nascimento (art. 155 do CPP). Entretanto, na inexistência de tal documento, tem-se admitido ser válida a certidão de batismo e o exame fisiológico. Quanto à certidão de nascimento, tem-se que é um

7 GOMES, 2003.

meio de prova duvidoso, quando feito posteriormente ao crime. Entretanto, é válido o registro de nascimento tardio, desde que seja anterior a data do fato criminoso. A certidão de nascimento pode ser abolida por outras provas idôneas como o exame pessoal do juiz e o laudo de exame pericial (auto de conjunção carnal), confirmando ser a vítima de tenra idade. (MIRABETE, 2001).

Quando não houver certeza quanto à menoridade da vítima, ao tempo do ato, não se pode entender caracterizado o crime de estupro. Da mesma forma que o réu deve ser absolvido quando não existir provas nos autos de que a vítima tinha menos de 14 anos, ou possuía doença mental à época do fato. (MIRABETE, 2000).

2.3.2 Teoria da Relativização da Presunção legal

Chamada de presunção *juris tantum* trata-se da presunção que não tem caráter absoluto, pois admite prova em contrário.

Primeiramente todos se rendiam ao caráter absoluto da presunção, que apenas cedia, frente ao erro justificado quanto à idade da vítima, em virtude de sua estrutura física avantajada, e quanto à menor de vida promíscua, que não carecia mais da proteção legal. (CARVALHO, 2004).

Com o passar dos tempos as posições doutrinárias e jurisprudenciais foram se modificando, em virtude de mudanças sociais, acompanhando as mutações frenéticas da sociedade contemporânea. Hodiernamente a maioria dos doutrinadores como também as jurisprudências inclinam-se pela existência da presunção relativa. Entretanto, a discussão não é pacífica, divergindo as opiniões entre as hierarquias jurídicas, bem como dentro das próprias turmas e câmaras de um mesmo Tribunal, gerando incertezas no caso concreto. (CARVALHO, 2004)

Franco (1993, p. 1339) afirma que: “A doutrina e a jurisprudência já se pacificaram no sentido de apresentá-la como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, embora menor de 14 anos, se revele uma prostituta declarada de porta aberta.”.

Defendendo a corrente do relativismo para casos excepcionais Nucci (2006, p. 771-772) expõe:

Creemos que, em regra, a presunção de violência não deve comportar prova em contrário, sob pena de se invalidar a norma penal, esvaziando o seu conteúdo protetor e impingindo à pessoa ofendida o dever de provar sua honestidade e recato, que é, em verdade, presumida pela própria lei. Ocorre que não se pode desconhecer a realidade dos fatos na aplicação do direito. Assim, em hipóteses excepcionais, acreditamos poder o réu demonstrar que a vítima, ainda que protegida pelo art. 224, tinha pleno conhecimento e vontade do que fazia, não podendo se falar em violência ficta(...). Dessa forma não se admite a discussão da capacidade de consentimento da ofendida. Seria ilógico debater, nos autos, a honestidade de uma menina de nove anos de idade. Entretanto, chegando a jovem a idades mais elevadas, saindo da esfera de criança e alcançando o estágio de adolescente (maior de 12 anos), cremos possível discutir a respeito da sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. Defendemos, pois: presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas menores de 12 anos; relativa para as situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de 12 anos.

Como dito anteriormente, as jurisprudências vem aceitando o entendimento de ser relativa a presunção de violência. Por essa razão, não se caracteriza o crime quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; demonstra ter amplo conhecimento das coisas do sexo; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; apresenta vida desregrada e conduta moral comprometida; é corrompida ou apresenta péssimo comportamento. (MIRABETE, 2001).

Corroborando com esse entendimento, segue alguns julgados Mirabete (2000, p. 1320):

TJAL: O consentimento da vítima, tratando-se de menor de vida desregrada e conduta moral comprometida, exclui a presunção de violência, que admite prova em contrário, como decidiu o TJ do Rio Grande do Sul.

TJMS: Se a vítima, embora menor de 14 anos de idade, era pessoa que possuía experiência em relação a fatos sexuais, tendo já mantido relações sexuais com outros rapazes antes dos réus, possui corpo de mulher e fazia uso de anticoncepcionais, eliminada fica a presunção de violência, cessando, em consequência, a configuração do crime de estupro, inocentando os acusados.

A respeito do tema em questão apura-se em Noronha (1995, p. 128, 220-221, 224, 226):

(...) ao tratar da presunção de violência, fixada abaixo de quatorze anos (art. 224, a), o legislador, como diremos no momento oportuno, considerou-a relativa, o que é confirmado por Nelson Hungria: “Segundo justamente opina Magalhães Noronha, a presunção de violência estabelecida na letra a do art. 224 não é absoluta, mas relativa”. Torna-se claro que um dos fundamentos da relatividade dessa presunção é que desgraçadamente abaixo daquela idade há menores que não mais tem a innocentia consilii, ou, noutras palavras, crianças para quem, infelizmente, o ato sexual ou seus equivalentes não constituem novidade, porque já estão corrompidas.

(...) entendemos que não é justo, jurídico, nem tampouco lógico, que essa presunção seja juris et jure...

(...) A consequência, pois, é que somos forçados a reconhecer não serem grandes os subsídios legais e doutrinários que nos auxiliarão a conhecer a intenção precisa do legislador, na alínea a do art. 224.

(...) Atendo-nos, entretanto, à técnica legislativa, podíamos ser levados à crença de estar em jogo uma presunção relativa.

(...) Fundada, portanto, a presunção de violência em innocentia consilii da ofendida, não nos parece científico, justo e humano tê-la como absoluta, no sentido de não admitir qualquer exceção. Em se tratando de meretriz, a ressalva se impõe, como também se impõe no caso de menor de costumes dissolutos.

A conclusão que nos parece consentânea com o texto legal é, em sua interpretação, o juiz ser rigoroso, mas não perder o senso da realidade.

(...) é relativa a presunção do artigo 224, letra ‘a’. Nossos Tribunais têm muitas vezes assim decidido. Ocasão há, entretanto, em que firma suas ementas a tese em contrário, mas observa-se a influência do caso que julgarem [...]. Os que batem pela presunção absoluta devem lembrar-se que mesmo entre os práticos, os mais severos admitiam a prova em contrário.

A presunção também não é caracterizada quando a menor aparenta ser maior de 14 anos, pelo seu desenvolvimento físico avantajado, ou quando o agente é informado pela vítima que possuía mais de 14 anos, sendo inverídica esta circunstância. (MIRABETE, 2001).

Nesse sentido: Relator Desembargador Adalberto Dias Tristão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no julgamento da Apelação Criminal n.º 008920004580, em data de 23.11.94. (CARVALHO, 2004, p. 54)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA FICTA OU PRESUMIDA. Vítima que possui compleição robusta, aparentando ser mulher formada. Restou provado que o apelado foi por várias vezes procurado pela vítima, para com ele manter relações sexuais. O apelante é pessoa humilde que laborou em erro quanto à idade da moça que o procurava insistentemente para com ele manter congresso carnal. E da jurisprudência não configurar estupro, por violência presumida, quando a vítima, apesar da tenra idade, além de tomar a iniciativa para o ato sexual, apresentava ser mulher formada. Apelo improvido, a unanimidade.

A presunção também é afastada pela realidade social da vítima (MIRABETE, 2000, p. 1318):

TJSP: ESTUPRO. Violência presumida. Não prevalência na espécie. Vítima menor de 14 anos de idade, que fugira de casa por tentar o pai possuí-la sexualmente e maltratá-la. Busca de amparo na casa do réu, com quem passou a viver maritalmente. Absolvição mantida. Inteligência do art. 213 e 224, a, do Código Penal.

Conforme Carvalho (2004, p. 36), recentemente a teoria relativa passou a ser prevista na hipótese em que a vítima apresente maturidade psicoética, para consentir para a prática sexual, sendo irrelevante sua conduta moral⁸:

Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da presunção, deve ser acrescida um outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e parente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela adere prontamente ao convite de caráter sexual, que o agente lhe dirige, constitui um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz.

Ainda nesse raciocínio:

Para a presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos, é preciso que, ao tempo do fato, a mesma fosse completamente ignorante em matéria sexual. Vítima que, de livre vontade e sabedora do que fazia, praticou conjunção carnal com o namorado, sendo fisicamente e intelectualmente desenvolvida, além de continuar a namorá-lo. (CARVALHO, 2004, p. 36).

Presumir de maneira absoluta a existência de violência em fatos onde ela não concorre, faz surgir uma infinidade de injustiças, sendo por isso o estupro presumido uma tese facilmente descartada nas Cortes Pátrias, já que, dentre as posições existentes sobre o tema, prevalece a da presunção relativa, conforme se verifica abaixo:

Nesse sentido esclarece Prado (1999, p. 724):

⁸ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

O princípio do contraditório e a presunção que não admite prova em contrário, juris et jure, são noções antitéticas. Assim a Constituição de 1988 não recepcionou a presunção juris et jure para a exegese do art. 224, a, do CP. [...]. Todavia, há uma área cinzenta, em que não se pode desconsiderar a prova favorável ao acusado.

Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar o importantíssimo papel desempenhado pelo julgador, no tocante à busca da verdade real. Dos elementos a serem alcançados aos autos, deve o juiz preocupar-se em trazer aqueles que se referem à conduta cotidiana da vítima e sua conduta em relação ao acusado, sua recusa na prática do ato, aspectos físico e mental, e todos os demais indícios colhidos, para verificar se houve mesmo violência real. Da mesma forma, ao acionado deve-se perquirir sobre o seu conhecimento da idade da vítima ou, que elementos o levaram a praticar tal relação sexual.

Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da presunção de violência, deve ser excluída a culpabilidade do agente quando a pessoa ofendida, embora com menos de quatorze anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela adere prontamente ao convite de caráter sexual, que lhe é dirigido, constitui um verdadeiro contra-senso entender que sofreu violência. (NUCCI, 2006).

O consentimento ou adesão da pessoa ofendida mostra-se, nesses casos, relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, que a presunção de violência é mais uma vez relativa, permitindo que o juiz esteja em sintonia com a realidade em que está inserido. É dever do intérprete da lei estar sempre atento à realidade de seu tempo, analisando cada caso em suas peculiaridades, sempre tendo em mente os fins sociais do Direito e o bem comum. (CARVALHO, 2004).

Retira-se do Acórdão Apelação Criminal 97.015679-0, da Comarca de Itajaí/SC, Rel. Des. Amaral e Silva, disposições concernentes à aplicação das leis pelo juiz. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1998):

A vida não está ao serviço dos conceitos, mas sim estes a serviço da vida. É preciso atender, não ao que ordena a lógica, mas sim ao que exija a vida, a sociedade, o sentimento jurídico...

O juiz na aplicação da lei, deve perquirir sua finalidades, procurando interpretá-las de forma que venha a servir aos interesses sociais e não a

contrariá-los. Usando dessa faculdade de interpretação, cabe-lhe dar ao texto a necessária elasticidade, fazendo com que o texto, que muitas vezes pode ser acoimado de anacrônico, se adapte e se conforme com o meio e as realidades do presente, tendendo às necessidades sociais desconhecidas na época em que a lei foi promulgada. (CARVALHO, 2004, p. 101)

A seguir trechos da sentença proferida por Alexandre Abrahão Dias Teixeira, Juiz de Direito, rejeitando a denúncia de estupro presumido contra menor de 14 anos, a qual afasta a presunção pelas circunstâncias concretas do caso. O Juiz do presente caso analisou o consentimento da suposta vítima, e pôde concluir que esta contribuiu para o ato criminoso, adotando, portanto a teoria relativista da presunção, onde o consentimento da vítima mostra-se relevante e eficaz:

Vistos etc.,

Ministério Público propôs Ação Penal em face de HÉLIO PEREIRA GOMES FILHO, qualificado nos autos, dando-o como incurso nas penas do artigo 213 c/c 224, letra "a", ambos do Código Penal pelo seguinte:

"No dia 10 de dezembro de 2001, por volta de 3 horas da madrugada, consciente e voluntariamente, com o fim precípua de satisfazer sua própria concupiscência, no interior do Hotel Caravellas, nesta Comarca, mediante presumida violência, uma vez que contava a vítima Larissa Lorraine Marreira Sékuka, com apenas 13 anos de idade na data do fato, constrangeu-a o denunciado a permitir que com ela praticasse conjunção carnal introduzindo o pênis em sua vagina até alcançar o clímax (...)"Levar um cidadão ao banco dos réus, muito mais do que um mero "recebo a denúncia", é um ato de reflexão profunda, onde o julgador deve estar convicto dos indícios mínimos de autoria e materialidade do crime imputado, especialmente nas hipóteses de estupro, crime que estigmatiza o acusado para o resto de sua vida."A tortura, nas formas mais cruéis está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura" (Santo Agostinho). DAS DIVERSAS VERSÕES APRESENTADAS PELA VÍTIMA:

Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima ganha especial relevo, pois os mesmos são cometidos às escuras, fato que impõe ao julgador, no momento de analisar a prova, ainda que indiciária, buscar sintonia, coerência e precisão na versão apresentada. Neste caso temos que a vítima, após despertar por volta das 11:30h com o acusado ainda no Motel, como se amante fosse, retorna para casa no carro deste com o único objetivo de justificar a sua mãe, TEREZA MARREIRA, o inexplicável. Como a mãe não presenciou o ocorrido e, deste apenas tomou conhecimento através da única e exclusiva versão apresentada por ambas às filhas - e que filhas -, dirigiu-se a Autoridade Policial e narrou o seguinte:

"(...) que no dia 10/12/2001 por volta das 03:00 horas, que sua filha Larissa de 13 anos se encontrava com sua irmã Jennifer de 18 anos de idade, na praça XV de novembro em Marechal Hermes, que pararam ali para comer um cachorro-quente, quando foram surpreendidas por Helinho, que puxando Larissa pelo braço com violência, a colocou dentro do seu veículo,

indo para lugar incerto, dizendo para Larissa que estava no Bairro Guadalupe, que forçou Larissa a praticar com ele conjunção carnal; que Larissa era virgem perdendo sua virgindade para Helinho, que só retornou com Larissa as 11:30 horas, que todos estavam preocupados com ela, que ao chegar em casa a declarante a conduziu logo para esta UPJ (...)" (fl. 5 grifei). Colhida esta cinemática fática, a Autoridade então passa a ouvir, ato contínuo e na presença da mãe, por volta das 14:00 horas, portanto 3 horas após retornar para casa, LARISSA, que narra o seguinte:

"(...) que foi comprar cachorro quente, quando foi abordada por um rapaz por volta das 02:30 horas e que não quis entrar no carro, sendo puxada a força por ele, que partiu com o veículo, que ficou sem saber onde estava, que ele disse para ela que estava em Guadalupe próximo a uma festa de um colega dele. Que ele veio agarrando, e ela não queria, mas que depois deixou-se beijar e ser abraçada pelo seu agressor, até chegar a conjunção carnal, que não passou disso, informou que saiu um pouquinho de líquido da sua vagina após o ato, sabe que o rapaz é solteiro tem mais ou menos 29 anos e estava com cheiro de bebida alcoólica (...)" (fl. 07 - grifei)

A primeira versão da vítima descreve um "rapaz" - veja que em nenhum momento afirma o seu nome - que lhe puxou a força para o interior do carro e a levou para um local - não descreve o mesmo nem traz qualquer tipo de detalhe a respeito - onde acabou coagindo-lhe a praticar relações sexuais, sendo que em dado momento passou a consentir a perpetuação do ato. (...) Em se tratando de adolescente e seus envolvimento sexuais, bem se vê que as justificativas de sua inércia visavam mais uma satisfação à desenganada mãe do que efetivamente a descrição de um crime, até porque sempre após as imputações a vítima se contradiz e descreve momentos fraternais entre ambos; senão vejamos: "(...) já no interior do quarto HELINHO convenceu a Declarante abraçando-a, beijando-a tirando-lhe à parte de cima de suas vestes e posteriormente a calça comprida (...) que suas vestes foram retiradas por HELINHO com delicadeza (...) que a partir daí tiveram relação sexual (...) que após o coito ambos pegaram no sono (...)" (fl. 44 - grifei), e assim continuaram, em sono profundo, até nada mais nada menos do que as 11:30 hs do dia seguinte!

"(...) que encontrava-se na Praça de Marechal Hermes, na companhia de suas colegas Jeniffer e sua irmã Larissa, comendo um cachorro quente, quando ali chegou, dirigindo seu carro, um Gol de cor preta, seu conhecido de nome Helio, que também conhecia as duas meninas, e chamou Larissa para conversar, não chegando a sair do carro; que Jeniffer acompanhou Larissa até a janela do carro de Hélio e ali ficaram conversando algum tempo, sendo que quando Jeniffer se afastou, o declarante viu quando Hélio saltou do carro, abriu a porta do carona e Larissa entrou, tendo Hélio dado a volta entrando no Gol pela outra porta dianteira ; que Hélio saiu com o carro, juntamente com Larissa e dois minutos depois retornou ao local onde estavam o declarante e Jeniffer, tendo novamente Hélio chamado Jeniffer para conversar, dizendo para esta que iria sair com Larissa, mas não iria demorar; que como Hélio e Larissa não retornaram, o declarante a pedido de Jeniffer a levou para casa, apesar de ter demonstrado estar com medo da mãe, já que chegaria em casa sem Larissa; que no entender do declarante Larissa não foi forçada por Helio a entrar no carro deste (...)" (fl. 16 - grifei).

A versão trazida pelo amigo da vítima é a única que se aponta idônea, prestigiando inclusive a versão do acusado que se apresentou espontaneamente a Delegacia tão logo tomou conhecimento das imputações

que pesavam contra si (fls. 13/14).

De se ressaltar, que desta versão brotam detalhadamente o modo como LARISSA se retirou do local com o acusado e com a aquiescência da irmã JENNIFER, a qual só manifestou preocupação, ao contrário do que afirma (fls. 18/19), quando confessou a THIAGO ter medo de chegar em casa sem LARISSA.

Portanto, os problemas de JENNIFER e, especialmente LARISSA, em nenhum momento foram com a relação sexual; mas sim com as justificativas que deveriam ser apresentadas à mãe e a família.

É certo que se pode afirmar, em oposição a tudo que foi dito, que LARISSA contava apenas 13 anos na data do fato, e que por tal motivo à violência é presumida por força de lei. Entretanto, muitos outros argumentos são contrários a esta cômoda argumentação. (...) REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E A APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Parafraseando o Min. Marco Aurélio: "enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno".

Destarte, cabe ao Juiz a função de tentar adequar a legislação à visão garantista do processo contemporâneo, o que tem causado muita angústia.

Como forma de superar tal situação foram criadas diversas correntes, tendo despontado dentre os juristas a denominada "Ativismo Judicial", a qual foi definida por Ary Casagrande "(...) como um grupo de Juízes inconformados com o marasmo no Judiciário (...)" (In. Ativismo Judicial - Uma Nova Postura para um Novo Tempo - Revista da AMAERJ, nº 03, junho/julho p. 13).

Inspirado nessa visão o próprio Presidente do E. STF, Min. Marco Aurélio, também entrevistado nesta edição, que por sinal tratou exclusivamente sobre o tema, afirmou: "(...) como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar a solução mais justa de acordo com minha formação humanista, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio (...)" (p.11).

DA CONCLUSÃO

Este é o caso específico onde, a meu ver e com todo o respeito aos entendimentos divergentes, com segurança já se sabe de antemão que inexistente conduta típica por ausência de violência na conjunção carnal. Portanto, deixar instaurar a relação processual, levando este jovem ao banco dos réus por crime tão grave, apenas e tão somente para se apegar à execrável rigidez da forma, instruindo-se o processo integralmente para só então ser proferida a sentença é algo que no século 21 soa muito mal!

A interpretação literal na espécie conduzirá certamente a uma injustiça, pois não tem sentido impor ao acusado todo o drama do processo, com o

percurso de todo o seu labirinto, descrito nas páginas imortais de Kafka, quando a primeira vista resulta convicção de inépcia da denúncia.

O Código de Processo Civil, que regula procedimento aplicável, na sua maioria, a bens disponíveis e de inferior quilate, tem remédio para pôr

cobro, célere, à demanda temerária. Já no Código de Processo Penal, que tutela direitos humanos bem mais sagrados, o Legislador omitiu-se na construção de meios legais voltados para o mesmo objetivo.

*Não será a imprevidência do Legislador que manietará o Juiz, condenando-o a apodrecer sob as torturantes amarras instituídas pelos romanos e bem traduzida no brocardo - *summun jus, summa injuria* -. Ao Juiz, o destino contemporâneo impôs tarefa bem maior e mais árdua, descrita pelo magnífico mestre Dalmo d'Abreu Dallari com as seguintes palavras: "O ativismo político no sentido de garantir a aplicação do direito em qualquer circunstância, seguindo princípios, diretrizes e normas da Constituição, é um dever do Juiz". (ob. Cit. P. 7).*

Por tudo que apreciei e ponderei nestes autos, estou PLENAMENTE CONVENCIDO da ausência do núcleo descrito no injusto do art. 213 do CP, ou seja, "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (grifei), ainda que potencializada a conduta pela presunção instituída na alínea "a" do art. 224 do CP, conclusão a que se chega graças à postura dissoluta da vítima, sua aquiescência com o ato e, derradeiramente a postura descrita no laudo de fl. 51, que atesta - já tive oportunidade de me manifestar nesta decisão a respeito -, ter a mesma conduta inconciliável com 13 anos de idade; fato inclusive atestado pelo acusado as fl. 13.

Isto posto, REJEITO A DENÚNCIA, por entender que o acusado não manteve conjunção carnal com a vítima mediante violência, nem mesmo a presumida, o que faço com base no inciso I, do art. 43 do Código de Processo Penal. Publicada esta em mãos do Sr. Escrivão, registre-se e sejam as partes intimadas. P. R. I. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2002. Alexandre Abrahão Dias Teixeira Juiz de Direito. (Vide Anexo A)

Por tudo já exposto, nota-se uma tendência tanto da doutrina, como dos Tribunais à aplicação da presunção relativa de violência no crime de estupro quando a vítima é menor de quatorze anos, tendo em vista a mudança de costumes havida na sociedade, ante a precocidade sexual das menores.

2.3.3 Teoria Absolutista da presunção legal

A presunção absoluta é uma presunção jurídica, determinada por lei que não admite prova em contrário. É a chamada presunção *juris et de jure*⁹ (de direito e por direito), porque nenhuma prova destrói, seja documental ou testemunhal, e mesmo a confissão. (PLÁCIDO E SILVA, 2003, p. 637).

9 CARLETTI, 2000.

Existem os que adotam o caráter absoluto, e para estes o consentimento da menor é sempre inválido, embora possa ter desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade, a idade da vítima faz parte do tipo penal.

Para os seguidores dessa corrente, a vítima menor de 14 anos é incapaz de consentir para a realização do ato sexual.

Nesse sentido Mirabete (2000, p. 1318):

TJRS: No crime de estupro não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais desbragada prostituta. Por outro lado, em todo, relacionamento sexual com menor de 14 anos é presumida a violência, de modo que o congresso sexual normal com menina em tal faixa etária caracteriza o crime em questão.

Entretanto, assim como na teoria da relativização da presunção, terá este caráter quando existir erro justificado do agente quanto à idade da vítima, neste caso, exclui-se a aplicação da presunção legal, pois o Código dá apenas a regra, que, por seu lado, comporta exceção. (BEZERRA FILHO, 2006).

STF já decidiu: “(...) orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir”. (BEZERRA FILHO, 2006, p. 44).

Seguindo a mesma linha Mirabete (2000, p. 1320):

TJSP: A presunção de violência, por ser menor de 14 anos a vítima de estupro, pode ser excluída pela errônea suposição do agente de se tratar de mulher de idade superior, em face de seu desenvolvimento físico, pois nem a Ciência pode oferecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade e se é de experiência comum que nada mais enganosa é a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do acusado não pode deixar de ser lastreada pela dúvida.

O consentimento da vítima por outro turno não retira o caráter criminoso da conduta do agente, porque sua aquiescência é irrelevante. Acompanhando essa posição, o STF assim decidiu: “O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para conjunção carnal não elide a presunção de violência, para a caracterização do estupro”. (MIRABETE, 2000, p. 1322).

Também persiste o crime quando a menor não é mais virgem. Nesse raciocínio: “TJSP A perda anterior da virgindade da vítima de estupro menor de 14 anos de idade não faz desaparecer a presunção de violência. Mesmo que provado pelo acusado o fato, não significa obrigatoriamente que ela seja devassa”. (MIRABETE, 2000, p. 1322).

Ainda nesse raciocínio destaca-se um informativo do STF:

O consentimento da vítima menor de quatorze anos e sua experiência sexual anterior não descaracterizam a presunção de violência do crime de estupro (CP, art. 213 c/c art. 224, a), conforme entendimento firmado pelo Plenário no julgamento do HC 74.983-RS (DJU de 29.8.97, v. Informativo 77). Habeas corpus indeferido, vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia a ordem, ao fundamento de que a presunção de violência é relativa. Precedentes citados: HC 74.700-PR (DJU de 9.5.97); RE 108.267-PR (RTJ 130/802); HC 74.286-SC (DJU de 4.4.97); HC 74.580-SP (DJU de 7.3.97); HC 69.084-RJ (RTJ 141/203) e HC 74.983-RS (DJU de 29.08.97). HC 76.246-MG, Min. Carlos Velloso, 13.2.98.

2.3.4 Críticas à presunção legal em matéria penal sexual

Para muitos, as presunções legais de natureza absoluta constituem, numa ofensa a dois dos princípios estruturais do Processo Penal moderno, quais sejam, o do livre convencimento do juiz e da busca da verdade material. Embora as presunções se constituam em fontes de certeza judicial, e, portanto de realização de justiça, em sendo absoluta, pode retirar do juiz toda e qualquer valoração da prova, impedindo-o de chegar à verdade real dos fatos, que é o fim maior do Direito Processual Penal. No que tange ao campo sexual penal, o absolutismo da presunção retira do magistrado qualquer possibilidade de valoração sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima menor de quatorze anos. (PIERANGELI, 2001).

De outro turno, a tendência cada vez maior das ciências penais é o contínuo e progressivo abandono dos critérios absolutos e sua substituição pelos de natureza relativa.

Desta forma o intérprete da lei não pode permanecer em um legalismo exarcebado e formal, agindo com um tradicionalismo jurídico, podendo gerar uma prestação jurisdicional ineficiente. O profissional moderno deve adotar uma postura flexível, como o compromisso voltado para a realidade social e com a justiça. (CARVALHO, 2004).

Daí que o crime de violência sexual presumida, principalmente o de natureza absoluta, que despreza a capacidade de consentimento dos menores, significa a previsão de um crime de desobediência à moralidade e aos costumes, bens jurídicos que não mais são tutelados pelos delitos sexuais. Desde o Projeto Alternativo Alemão (1968), incluindo as reformas penais codificadas já realizadas, entre outras, as espanhola e a italiana, não mais se admite a influência moral no Direito Penal. Ainda que esta permita análise social de dada conduta ou procedimento, não pode ser tida como elo de reprovação criminal.

Sendo que é a liberdade sexual de um sujeito que está em causa nos crimes sexuais, e não a de toda uma comunidade, pois que os delitos sexuais são “delitos contra a pessoa, como uma violação da personalidade total devido aos efeitos ou seqüelas complexas que produzem na vítima.” (CARVALHO, 2004, p. 39).

Outrossim, embora a sentença prolatada possua certa carga de subjetividade, pois o julgador é influenciado por suas convicções morais, sua formação como indivíduo, sua história pessoal e ideológica, existe ainda uma divergência quanto a natureza jurídica da presunção de violência acarretar julgamentos contaminados de subjetividade, o que por conseqüência em casos parecidos não possuirão um tratamento adequado, uma vez que a relativização da presunção fica à mercê da posição moral sexual de cada julgador, o que gera uma insegurança jurídica e que fere o princípio da isonomia previsto pela Constituição Federal em seu art. 5º. (CARVALHO, 2004, p. 39).

Até mesmo as jurisprudências pátrias deixam a desejar, uma vez que se adota a relativização da presunção em torno dos antecedentes sexuais da vítima, como a ingenuidade, a inocência e a virgindade como sendo elementares do crime de estupro presumido, indo até muito além do esperado, relacionado como o comportamento da vítima apenas por questões morais, enquanto que o verdadeiro bem, objeto da tutela, que é a autodeterminação sexual, foi relegado.

Para os adeptos desse posicionamento “...é como se o art. 224, “a”, do C P, como se tivesse como redação - Presume-se a violência: se a vítima honesta não é maior de 14 anos, de modo que só seria merecedor da proteção jurídica a vítima honesta...” (GOMES, 1996, p. 175).

Sendo que o que deve realmente importar é a vontade da vítima, para o ato sexual, ou seja, se ela resistiu à investida sexual do autor, ou se desejou de forma livre e consciente.

Consoante Carvalho (2004, p. 41):

De fato, desde a entrada em vigência do Código italiano de 1930, a distinção entre o estupro de mulher honesta, virgem e a prostituta, prevista pelo Código de 1890, art. 268, § 1º-“Si estuprada fôr mulher pública ou prostituta. Pena de prisão celular por seis meses a dos anos”- de modo que a condição social da vítima deixou de constituir atenuante para o autor do delito. No direito Penal alemão, desde antes do Código da Baviera de 1813, a despeito da ausência de punição para o autor de estupro contra aquela que se entregasse de maneira indiscriminada a qualquer um mediante pagamento, a prostituta, já não havia discriminação contra a mulher que tivesse praticado ato sexual, ainda que ilicitamente, com pessoas distintas, punindo-se o estupro contra a sua pessoa. Assim, pois, incoerente, que o Direito Penal moderno tutele, no campo sexual, a maior, honesta ou não, e a menor, apenas se honesta.

Mesmo a corrente mais recente, que pugna pelo afastamento da presunção quando a vítima possui autodeterminação sexual, ou seja, deseja de forma livre e consciente, está ainda atrelada com um apego excessivo à lei, deixando que haja interferência da moral no Direito, instaurando-se assim a confusão entre moralidade e liberdade sexual.

É importante salientar que o crime é uma conduta, que por sua vez é um comportamento humano. O direito pune o comportamento que não é aceito pela comunidade, ou seja, o comportamento reprovável, sendo, portanto, impossível punir uma ação que não foi praticada. Não podendo se punir meramente por presunção, ainda que fixada pela lei, prescindindo elemento subjetivo, afrontando a realidade e supondo a existência de comportamento inexistente, pois em jogo está a liberdade e a dignidade da pessoa. (CARVALHO, 2004).

Por fim, se a presunção de violência for encarada de forma absoluta, se tratará de hipótese de responsabilidade penal objetiva, o que é repudiado pelo Código. Conflita a mesma, pois, com o próprio direito penal da culpa e o princípio constitucional da presunção de inocência, que será visto em capítulo oportuno.

3. ASPECTOS COMPORTAMENTAIS DA VÍTIMA

3.1 ASPECTOS VITIMOLÓGICOS

Vítima ou ofendido “é o sujeito passivo da infração, o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime”. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 335).

Conforme, Greco (2004, p. 23), “é aquela pessoa, física ou jurídica, que sofre uma lesão ou ameaça de lesão ao seu bem jurídico”.

Existe um estudo do comportamento da vítima que se chama vitimologia, que tem como foco a participação da vítima para a configuração do fato criminoso e a predisposição de algumas pessoas para seduzir o criminoso. No dizer de Prudente (2007, p. 1):

Em sentido estrito, ela tem por objetivo o estudo da vítima e, em sentido amplo, ela abrange o estudo do comportamento da vítima e do criminoso, os vários e sucessivos desdobramentos envolvidos nessa relação, os reflexos sociais, psicológicos, legais e de várias outras espécies decorrentes dessa complexa teia de relações, as sanções legais, sociais ou emocionais acarretados pelas condutas provocantes, a influência de todo esse complexo de fatores com o ordenamento jurídico vigente numa dada sociedade, num dado momento histórico.

A vítima pode participar do ato delituoso consciente e inconscientemente. Um exemplo da participação consciente é dado pelo próprio autor supracitado Prudente (2007, p. 2):

Um exemplo disto é o descrito na bíblia que traz interessante exemplo de fêmea predadora, na história de José vendido no Egito, que foi sistematicamente tentado pela mulher do comandante da guarda egípcia, Putifar, a quem ele servia. Tendo ele resistido aos assédios da mulher, culminou por ser lançado ao cárcere, graças a uma trama urdida por ela, que o acusou de ser assediador (Gênesis 39, 7-20). Para isso, não hesitou ela em usar como prova contra o jovem as próprias vestes deste que ela arrecadara quando ele, estupefado, corria para tentar livrar-se do assédio.

Para a vitimologia existem certas pessoas que são mais vulneráveis para vitimização, entretanto, deve haver um estudo individualizado, porque cada pessoa há de se colocar mais vulnerável com cada tipo concreto de delito, pois a vítima vai ser mais vulnerável a certos acontecimentos e não a outros. Exemplo: uma pessoa que tem sempre o costume de sair e deixar sua casa e portões abertos, estará mais vulnerável a sofrer um crime de furto, do que uma pessoa que sempre tranca as portas e portão de sua casa. Outro exemplo que se encaixa com o assunto em tela, seria o de uma adolescente, de 13 anos de idade, porém com aparência etária superior a que possui sair para uma balada vestindo quase nada. Esta adolescente estaria muito mais propensa a sofrer agressões sexuais, do que uma outra da mesma idade que possui comportamento compatível com sua idade. (GARCIA; MOLINA; GOMES, 2002).

Conforme o autor supracitado são muitos os fatores de vulnerabilidade, dentre eles os biológicos, biográficos, sociais, bem como, as questões da personalidade, exemplo: baixa inteligência, instabilidade, impulsividade, etc. (GARCIA; MOLINA; GOMES, 2002, p. 84).

Segundo Gulotta (1976, p. 33), existem vários tipos de vítimas, que podem se classificar em:

1. Falsas: a) Simuladoras: aquelas que agem de má-fé para incriminar um inocente por vingança, usando calúnia; b) Imaginárias: as que fazem acusações falsas por razões psíquicas (paranóia, histeria, etc) ou por imaturidade psíquica (infância); 2. Reais: a) Acidentais: em razão de um fenômeno da natureza, por exemplo: terremoto, ciclone, vulcão, etc); b) Indiscriminadas: por exemplo, terrorismo, fraude no comércio, crimes ambientais; c) Alternativas: aquelas que se expõem a um determinado evento como possíveis ofensoras ou vítimas. Exemplo: duelo e rixas; d) Provocadora ou criadora: criadora de situação que eclodiu o crime. Exemplo, no crime de estupro; e) Voluntárias: as que praticam suicídio.

No estudo em tese, tem-se que a vítima nem sempre é aquela pessoa inofensiva, inocente. Pelo contrário, em muitas vezes pode exercer um papel colaborador para a conduta do agente, seja através da negligência, acidentalmente ou dolosamente. Desta forma, a vítima pode incitar o comportamento do agente, levando-o ao cometimento do ato delituoso. (PRUDENTE, 2007).

Para os estudiosos da vitimologia, para que seja caracterizado o tipo vítima provocadora, faz-se necessário, a observação da maioria da mesma e o pleno uso de suas faculdades mentais.

Entretanto, tal visão parece ser um pouco distorcida da realidade, tendo em vista que as adolescentes do mundo hodierno possuem aparência superior a que realmente tem, falam, vestem e se comportam da mesma forma. Olhando por este ângulo, estariam provocando o agente do ato delituoso da mesma forma que uma pessoa adulta com igual conduta. (PRUDENTE, 2007; GRECO, 2004).

A vítima pode se colocar em risco, através de seu comportamento, agindo voluntariamente. Para Greco (2004, p. 110), existem alguns elementos caracterizadores da autocolocação da vítima em risco, que são:

- a) a vítima ser imputável e, portanto, têm capacidade para dispor livremente de seus bens jurídicos, bem como para se colocar em uma situação de risco;*
- b) os bens jurídicos são individuais e, assim, sendo, permitem que cada um exponha seu próprio bem a perigo; c) as vítimas colaboram sobremaneira para o resultado danoso.*

Como dito em capítulos anteriores, a sociedade passou por grandes transformações e conseqüentemente a “moral sexual” acompanhou essas transformações.

As mulheres andam seminuas, se comportam de forma sedutora, com movimentos corpóreos ou conversas provocantes, levando o homem a ter a impressão de que querem ter relações sexuais, o que pode colaborar para que o crime ocorra. (PRUDENTE, 2007).

No Ordenamento Penal vigente a conduta da vítima no crime é de fundamental importância, influenciando na dosagem da pena. Vejamos:

Artigo 65, III, alínea c do Código Penal

São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; (Código Penal de 1940)*

Artigo 121, § 1º do Código Penal

Matar alguém:

- § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (Código Penal de 1940).*

Artigo 140, § 1º, inciso I, do Código Penal

Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I- quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

Percebe-se, que o comportamento da vítima influencia e muito as atitudes do agente infrator, principalmente no que tange aos crimes sexuais, tendo em vista que o homem é um ser impulsionado pelo que vê, ao contrário da mulher, que é movida pelos sentimentos, podendo ser caracterizado como um predador, que muitas vezes não consegue se controlar e acaba por praticar algum tipo de abuso. (PRUDENTE, 2007).

3.2 AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DO MENOR

3.2.1 Moral social e os seus reflexos no Direito Penal

Ao longo deste trabalho pode-se perceber que o direito e moral andam bem próximos, e essa proximidade em muitos momentos chegou a confundi-los, principalmente no que concerne à liberdade sexual.

Hoje o entendimento tanto pelos filósofos, juristas e sociólogos é que se tratam de coisas distintas. Podendo-se dizer que de fato, se a condição da lei é o reconhecimento de um poder sentido válido, na Moral é o respeito que precede a obrigação. Corroborando com esse entendimento Novoa Monreal (1988, p. 59):

A moral se ocupa de toda a classe de atos humanos, sejam puramente anímicos, como idéias, pensamento e propósitos que transcendem ao exterior, sejam os que se traduzem em manifestações corporais externas e, neste último caso, se relacionem ou não com outros homens. Seu campo, assim, não pode ser mais amplo [...] o Direito só tem por objeto aqueles atos humanos que importam uma manifestação exterior própria, no sentido de que podem ser percebidos pelos sentidos dos demais homens (exterioridade) e que afetam ou que relacionam com estes (alteridade) [...] A moral [...] busca a perfeição do homem em si mesmo [...] está atenta à sua reação humana total, especialmente a disposição anímica, já que a motivação interna do agir adquire primeira relevância, o Direito busca [...]

o limite de segurança de uma ordem formal e de relações externas dentro da vida social.

Contudo, a sociedade atribui ao Direito um mínimo de moral, que seria indispensável à sua sobrevivência, principalmente no que tange à vida em grupo. Nesse diapasão, a sociedade pune àqueles que transgridem ao mínimo de normas éticas, visando a inviabilidade da convivência social, caso tais normas não sejam observadas. (CARVALHO, 2004).

Conforme, a autora supramencionada, quanto mais a sociedade evolui, mais distantes se tornam a normas morais e jurídicas. Não há uma separação absoluta entre as duas normas, aliás, a Moral dá força ao Direito. “Como disse Kelsen, o aceitar que Moral e Direito constituem duas ordens normativas distintas não importa renunciar ao postulado de que o Direito deve ser moral; pelo contrário, confirma-o”. (NOVOA MONREAL, 1988, p. 60).

O que ocorre no Brasil e no Mundo atualmente é que o Direito e a Moral vêm perdendo terreno no que diz respeito às infrações sexuais, principalmente quanto à reprovação, tendo em vista as mudanças comportamentais das pessoas com relação à prática sexual. A juventude vem quebrando alguns padrões tradicionais da moral social, no que se refere a crimes sexuais. Não sendo um acontecimento que surge apenas em território brasileiro, mas em todo o mundo. E para combater isso os outros países têm rejeitado, no âmbito dos crimes sexuais, a influência da moral no Direito Penal. Para Carvalho (2004, p. 84) é o que deve ser seguido pelo Brasil:

Com efeito, deve o legislador penal, especialmente no âmbito da sexualidade, onde mais sensivelmente se concentra a influência da Moral dominante, mais do que nunca, “investigar cuidadosamente se, e até onde, a decretação de disposição penais é necessária, em virtude de feitos socialmente danosos da conduta, e adequada como medida protetora”. A imoralidade de uma conduta é essencial, mas não suficiente para justificar politicamente a intervenção punitiva do Estado.

As mudanças sociais têm acontecido de forma espantosa e estão ligadas aos esforços das pessoas para resolução de problemas mútuos, através de ações coletivas. Esse caráter social da mudança está intimamente ligado ao modo de vida das pessoas, que vão se modificando ao longo do tempo. “A mudança social não tem ritmo, não tem ciclos conhecidos; é insensível ao relógio”. (CARVALHO, 2004, p. 85).

Como dito em capítulo anterior, o Direito é uma instituição que disciplina as relações humanas, e sendo assim precisa acompanhar as mudanças sociais, para responder aos anseios da mesma (CARVALHO, 2004, p. 86):

Os processos legais refletem os problemas sociais, as insatisfações coletivas e a direção na qual se move a solução coletiva dos problemas, os interesses diversos e em conflito que se referem ao processo de tomada de decisões e, sobretudo, a natureza incremental da mudança social.

A evolução que o mundo tem sofrido desde 1940, é extraordinária, desde os costumes, o comportamento, até à Ciência e à Tecnologia, tudo se modificou. E inserida nessa mudança está a moral sexual, que hoje é pouco lembrada.

Com todas essas mudanças a juventude não escapou, é fortemente influenciada pela industrialização e tecnologia, sofrendo constantes mutações em seus pensamentos, atitudes, e valores. Essas modificações comportamentais são mais observáveis principalmente nos adolescentes, que passam por grandes transformações biológicas e psicológicas.

Essa fase da adolescência, segundo Carvalho (2004, p. 90), é dividida em duas fases, a primeira em que a sexualidade é mais a florada e a segunda onde há uma auto afirmação, “com um conseqüente maior controle das forças instintuais, determinam quase sempre uma resistência aos padrões socialmente impostos e uma produção de usos, idéias, maneira de vestir, pensar e falar próprios”..

Conforme Novoa Monreal (1971, p. 25):

Tem sido principalmente o rechaço de velhos valores, realizado com decisão pela juventude moderna, com maior acerto umas vezes, e com menor outras, o que mais tem contribuído para deitar por terra uma errônea conceituação ética, que centraliza sua preocupação no corpo humano e nas funções genésicas, para reprovar quase tudo o que a êles se refere. Trata-se dessa antiga moral “da cintura para baixo”- dedicada a impor um hipócrita silêncio sobre tudo o que é concernente ao sexo e à vida sexual, o que dava origem a muitos males, que poderiam ter sido corrigidos e que deixava no esquecimento aspectos morais muito mais importantes, preteridos em favor dessa exagerada deformação do sexual. Essa tomada de posição diversa frente ao sexo traz muitas conseqüências, no âmbito penal. As noções de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos experimentam indubitável alteração.

Chauí (1984, p. 139), afirma que como conseqüências destas modificações acerca da moralidade:

(...) os jovens parecem comportar-se invertendo ou negando ponto por ponto a moral sexual tradicional: recusam o casamento religioso e civil para se constituírem como casal, recusam o casamento como relação indissolúvel e permanente; negam a obrigatoriedade da procriação como finalidade da vida em comum, os filhos decisão e livre escolha do casal; negam a obrigatoriedade da fidelidade conjugal e a monogamia; recusam a profissionalização estável como condição para a vida em comum; recusam a dependência com relação às suas famílias de origem; negam a obrigatoriedade de possuir ou alugar uma casa com disposição arquitetônica convencional, inventando sua própria morada; recusam a divisão sexual de papéis, dividindo tarefas domésticas e tendo vida profissional independente; calorizam a atração sexual ardente e a ternura, a amizade que os faz confidentes, sem que pais e mães tenham a antiga função de ouvir queixas ou dar conselhos.

Como bem salienta Carvalho (2004, p. 92), a sexualidade hoje é algo que está muito em voga, sendo discutida pela mídia, pelas escolas e desperta um interesse social. “O discurso psicanalítico terminou por desatrelar a sexualidade do meramente genital, remetendo-a uma nova dimensão, a dimensão da vida”.

3.2.2 O perfil comportamental sexual do jovem contemporâneo

No dizer de Carvalho, o perfil comportamental do jovem nas últimas décadas vem mudando, “em outras palavras: o sentimento médio público de pudor e vergonha da juventude se transformou”. (CARVALHO, 2004, p. 92).

A autora supracitada traz em seu livro, dados de uma pesquisa realizada pela UNESCO em parceria com o Ministério de Saúde:

Com efeito, uma pesquisa feita no ano de 2001 pela UNESCO em parceria com o Ministério da Saúde com a participação de 16.000 jovens estudantes de 14 capitais brasileiras revelou que se aprofundou entre os brasileiros a tendência aos namoros breves, mas intensos que marcaram a adolescência nos anos 90, tendo se acentuado a precocidade e ousadia dos primeiros

relacionamentos, diferindo em muito o padrão de agora do que imaginado pelos pais. Constatou-se, outrossim, que a idade atual da primeira relação sexual das meninas gira em torno de 15 anos e dos meninos, 14 anos, bastante diferente da idade de 19 e 16 anos, respectivamente, levantada pelo Ministério da Saúde há quatro anos, e que, por outro lado, a iniciação sexual se dá não com um namoro firme, mas com alguém com quem o jovem “fica”, quase um desconhecido. Posterior pesquisa realizada pelos mesmos parceiros, divulgada em 2004, informou que quase todas as treze capitais brasileiras onde fora realizada (Salvador, Belém, Cuiabá, Fortaleza, Florianópolis, Goiânia, Maceió, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Vitória) mais de 10% (dez por cento) dos menores com idade entre 10 e 14 anos já tiveram uma relação sexual. Na cidade de Salvador, por exemplo, verificou-se que 67,5% (sessenta e sete e meio por cento) dos menores de sexo masculino tiveram sua primeira transa nessa faixa de idade, enquanto que no caso das meninas o percentual é de 27, 5% (vinte e sete e meio por cento), no mesmo período etário. (...) Embora possa ser difícil para os pais aceitarem, a realidade é que seus filhos estão transando cada vez mais cedo, aos 12, 13, 14, 15 ou 16 anos... (CARVALHO, 2004, p. 92-93).

Através desta pesquisa pode-se observar que tanto os pais bem como o próprio Estado, pouco conhecem sobre o comportamento sexual do jovem brasileiro. Nota-se também que existe uma precocidade para o início da vida sexual, que acaba por gerar alguns transtornos tanto para a família destes jovens, como também para o próprio Estado, exemplificando: gravidez indesejada, AIDS, DSTs, etc.

Os padrões morais sexuais com o passar dos anos foram se modificando. O sexo deixou de ser uma prática aceita só após o casamento, ou seja, o casamento deixou de ser o marco para o início da atividade sexual, principalmente no que tange às mulheres, pois o valor da virgindade para os dias atuais é quase nenhum. Pode-se até dizer que os valores foram invertidos, pois os jovens hoje sentem-se acanhados em revelar que ainda são virgens e serem ridicularizados pelos colegas. “Hoje, mulheres solteiras se sentem constrangidas, ao alcançarem certa idade, de revelarem ainda serem virgens”. (CARVALHO, 2004, p. 95).

Todas essas mudanças são um processo de influências recebidas por esse jovem do meio no qual está inserido. São reflexos de ordem religiosa, jurídica, socioeconômicas e dos valores que lhe são passados no decorrer da vida. Entretanto, essas modificações não são generalizadas, ou seja, não englobam todos os jovens. Essas mudanças ocorrem de forma gradual e diferenciada de acordo com a classe socioeconômica e a tradição regional, (ALGELI, 1986, p.11; CARVALHO, 2004, p. 96):

É assim que as modificações ocorreram primeiro, de forma mais significativa, nas classes menos favorecidas, onde a falta de rigidez das atitudes diante do exercício da sexualidade provocou a precocidade das relações sexuais e maternidade de adolescentes nos bairros periféricos. Também, em seguida, houve mudanças significativas nas classes altas, mais vulneráveis à absorção dos costumes estrangeiros e com maior acesso ao consumo e métodos anticoncepcionais. Nas classes intermediárias, não obstante, identificou-se um “complexo de virgindade”, que resulta na vigilância da mulher, e um “complexo de virilidade”, garantindo ampla liberdade ao homem, ambos determinando a diferença educacional entre os sexos femininos e masculinos ainda constatada nos dias atuais.

A religião principalmente o catolicismo e o protestantismo reprimem certas inovações sociais, como a maternidade fora do casamento, o aborto e as relações sexuais fora do casamento, o que acaba por influenciar a sociedade brasileira. Entretanto, essa repressão advinda da religião, principalmente a católica, vem diminuindo paulatinamente “quando os setores progressistas da Igreja passaram a dar maior ênfase às reformas estruturais do que às questões sexuais, o que resultaria em uma juventude mais vulnerável à influência da família e outras instituições sociais”. (CARVALHO, 2004, p. 97).

Pode-se dizer então que coexiste a evolução sexual, com os valores conservadores, presentes em várias regiões e classes sociais do país, o que explica algumas peculiaridades existentes no comportamento sexual do jovem brasileiro. (CARVALHO, 2004, p. 97).

3.2.3 Capacidade de Consentir do menor para prática sexual

Como já explicitado em capítulo anterior, existem duas correntes majoritárias que debatem acerca da presunção de violência, quais sejam, a que adota a teoria absoluta, que não admite prova em contrário e a teoria relativa, que admite prova em contrário. Partindo dessa premissa, a corrente que defende a relativização da presunção *juris tantum*, afirma que não existe na lei menção à natureza da presunção e, como as demais alíneas trazem uma hipótese de presunção relativa, através de uma interpretação sistemática, chegar-se-ia à conclusão de que a presunção contra o menor também seria relativa. Nesse sentido, Hungria (1967) diz que a expressão não se admitindo prova em contrário, que estava contida no projeto original, e que indicava presunção absoluta, não foi inserida no texto final da lei, dando a entender que a

natureza de tal circunstância seria *juris tantum*. Nessa linha de raciocínio, em certos casos, quando comprovado, o menor poderia oferecer consentimento válido para o ato sexual. (NACARATH, 2007).

Para o Direito Penal, a pessoa só é capaz quando pode discernir sua conduta com liberdade, entendimento e vontade. E essa capacidade sempre está ligada ao critério etário, (CARVALHO, 2004, p. 98):

Houve, contudo, sempre variação, no tempo e no espaço, quanto à idade legal determinante da imputabilidade. Na Constitutio Criminalis Carolina, se afirmava que os ladrões menores de 14 anos não deveriam ser condenados à morte. Já o Direito Penal italiano medieval estabelecia a inimputabilidade aos menores de 7 anos, determinando que aqueles entre 7 e 14 anos seriam submetidos a uma junta de especialistas os quais decidiriam se tratavam de infantae proximi, impuníveis, ou pubertati proximi, puníveis de forma atenuada. O Código Português de 1886 previa norma semelhante, sendo inimputáveis os menores de 10 anos, e imputáveis, condicionados ao discernimento, os menores entre 10 e 14 anos, e a partir dos 14 até a idade adulta eram imputáveis de forma atenuada. O vigente Código Português estabelece a imputabilidade aos 16 anos (ast. 19), e o espanhol, aos 18 anos.

Existe grande divergência quanto ao período que se estende à adolescência, tendo em vista a questões biológicas e psíquicas. Todavia é muito difícil precisar quando um homem se encontra mentalmente desenvolvido, tornado-se mais seguro e eficiente para a sociedade, o uso do critério cronológico. (CARVALHO, 2004).

O legislador à época da elaboração do Código Penal de 1940, criou a ficção legal da presunção de violência contra menores de 14 anos, prevista na alínea “a”, com base na moralidade pública e nos costumes. O legislador utilizou-se do critério biológico, para fixar o início das atividades sexuais com consentimento válido. Baseou-se no consentimento puro da vítima, ou seja, sua insciência acerca das questões sexuais antes de atingida a idade determinada pela lei. (CARVALHO, 2004, p. 98).

Deste modo, o legislador entendeu que somente aos 14 anos o menor possui amadurecimento psíquico e biológico para a vida sexual.

Na construção do novo Código Penal, o legislador pátrio viu a necessidade de se adequar as leis aos novos padrões-culturais vivenciados à época, reduziu a idade para a presunção de violência dos 16 anos para os 14, porque percebeu que o jovem já vivia uma

realidade social diferente da de 1890. Entretanto o Código atual, que é o de 1940 não acompanhou as modificações sofridas pela sociedade, que influenciaram os jovens e adolescentes atuais, pois estes não se comportam da mesma forma que os jovens e adolescentes de 67 anos atrás. (CARVALHO, 2004).

Para Carvalho (2004, p. 147), o ato sexual praticado contra menor de 12 anos é indiscutível e sempre configurará crime, porque a criança não possui estrutura física ou psíquica:

É que à criança é reconhecido, unanimamente, falta preparo para a prática de atos sexuais, seja em razão da falta de informação adequada à idade, seja porque a sua sexualidade não se concentra ainda na área genital, ou em decorrência de sua inaptidão anatômica e fisiológica para a vida sexual, constituindo-se em verdadeira aberração biológica tal prática.

Situação diversa é o menor que se encontra na faixa etária de 12 a 14 anos, pois este se encontra na fase da pré-puberdade ou pré-adolescência, onde poderá estar mais amadurecido tanto biologicamente, quando poderá estar apto para as práticas sexuais, ou psicologicamente, onde terá certo conhecimento acerca do assunto. Neste sentido Carvalho (2004, p. 148),

Plenamente possível, assim, que o menor, entre 12 e 14 anos de idade, possa apresentar sinais definidores da puberdade que assegurem biologicamente a prática de ato sexual, caso em que deverá ser avaliado seu desenvolvimento psicosssexual. O desenvolvimento psíquico, outrossim, se afere não somente pela medida, quantitativa e qualitativa, do capital de conhecimentos corriqueiros de problemas sexuais, como também pela medida da energia afetiva específica, impulsionando o ser na direção do outro sexo. Método de aferição bastante aproveitável é também o exame psicológico global, sob os aspectos vivenciais e práxico.

3.2.4 A concepção do Estatuto da Criança e do Adolescente

O legislador do Estatuto do Menor de 1990, atento às transformações sociais, introduziu no sistema jurídico grandes inovações no âmbito da capacidade de entendimento e autodeterminação do menor. Criou clara distinção entre (pessoa até 12 anos incompletos) e o

adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos incompletos), prevendo que ambos podem ser autores de crimes ou contravenções (ato infracional), estando, todavia, sujeitos ao invés de pena, no primeiro caso a medidas de proteção, e o segundo, a medidas socio-educativas. (CARVALHO, 2004).

O reconhecimento legal de que o adolescente está sujeito a medidas socio-educativas, é formalmente diferente das sanções penais e inconfundíveis com as aplicadas às crianças, permite a conclusão de que o legislador entreviu no adolescente certa capacidade de discernimento e de determinação. Logo, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a vontade do adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos incompletos) é válida juridicamente, tem a mesma capacidade ética para compreender o ilícito, motivo pelo qual o sujeita a uma medida punitiva em razão de infração penal por ele praticada, podendo ser submetido até mesmo à internação, medida restritiva de liberdade semelhante à prisão. (CARVALHO, 2004, p. 52).

Ocorre que enquanto o Código Penal considera uma pessoa menor de 14 anos incapaz para consentir para um ato sexual, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera-o capaz para sofrer medidas punitivas. Vejamos alguns artigos, *in verbis*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, (CURY; GARRIDO; MARÇURA, 2000, p. 99).

Art. 2º do ECA: Considera-se criança, para efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (CURY, GARRIDO e MARÇURA, 2000, p. 19).

Art. 112 do ECA: Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I-advertência; II-obrigação de reparar o dano; III-prestação de serviços à comunidade; IV-liberdade assistida; V-internação em estabelecimento educacional; VII-qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Nesse momento, cabe frisar a concepção do mesmo Estatuto em relação aos direitos e às obrigações desses indivíduos (CURY; GARRIDO; MARÇURA, 2000, p. 19):

Artigo 3º do ECA:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O ECA, por se tratar do mandamento legal de proteção da criança e do adolescente, concede, como outrora ponderado, tratamento diferenciado aos mesmos no que diz respeito principalmente às infrações penais. Indaga-se então, a respeito da posição do adolescente nessa conjuntura do Estatuto. Se o mesmo Estatuto, que possui uma visão mais atual quanto ao crime, considera que o adolescente é capaz de responder com medidas socio-educativas em relação ao ato infracional que veio a cometer, como não considerar que esse mesmo adolescente não pode ser visto dentro das evoluções do campo sexual. E como não admitir que o adolescente de hoje não tem plena capacidade de consentir com uma relação sexual. (CARVALHO, 2004).

Assim, como dantes discorrido, o legislador de 1990 considera que o adolescente tem capacidade para discernir acerca do que venha a ser certo ou errado e que pode ser punido pelos seus erros.

Se por um acaso, um adolescente colaborar com uma infração cometida por um adulto, ele poderá, como está previsto no artigo 29, *caput*, do Código Penal, incorrer em concurso. Entretanto, será punido com as medidas descritas no artigo 112 da Lei nº 8.069/90. Logo, uma vez que seu consentimento foi considerado válido para essa situação por que não seria válido para dispor de seu corpo?

Para esse questionamento Carvalho (2004, p. 152) traz a seguinte resposta:

Embora a responsabilidade penal e a compreensão sobre a atividade sexual sejam coisas distintas, possuem íntima relação em matéria de crimes sexuais, impondo-se uma lógica na fixação do momento de suas aquisições, sob pena do absurdo de, segundo o Código vigente, numa hipótese de dois menores de 13 anos de idade praticarem ato libidinoso um com o outro, ambos serem processados por ato infracional por terem certa capacidade de compreensão sobre seu ato e determinação, e, ao mesmo tempo, por terem praticado ato sexual com menor sem capacidade de consentimento válido para o ato sexual.

Há, então, uma disparidade em relação ao pensamento do legislador do Código Penal e do Estatuto da Criança e Adolescente. Este último parece bem mais atualizado acerca das novas tendências e informações que os adolescentes vêm adquirindo ao longo dos anos.

Assim sendo, cumpre salientar que deve o Código de 1940 se adequar à nova realidade, não fazendo sentido, depois do ECA, considerar a presunção de violência explicitada no artigo 224 alínea “a” do mesmo dispositivo.

Pode-se assim perceber que o legislador de 1990 (ECA) considera capaz para responder por ato infracional, pessoa com idade superior a doze anos e o Código Penal não admite que a adolescente de quatorze anos não possua decisão válida acerca do consentimento em relação a sua vida sexual.

Após análise desse fato, não se pode dizer que o adolescente menor de quatorze anos é imaturo para a compreensão sexual do ato. Considerar que os adolescentes do século XXI, ainda mantém seu consentimento puro, não há de ter mais nenhum valor. Seria uma ficção jurídica do artigo 224, alínea “a” do Código Penal.

Conveniente seria a harmonização das normas em questão, pois se tornariam menos nebulosas, quando utilizadas em casos concretos, tendo-se em vista que quando as leis deixam por desejar quanto à sua literalidade, ou seja, dizem menos do que querem dizer, ou não tratam do assunto de forma exaustiva, abra-se margens às diversas linhas de interpretação e isso acaba por gerar uma insegurança jurídica.

4. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

4.1 ASPECTOS GERAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Desde o século XVIII, as Constituições passaram a prever diversos princípios de natureza penal. Conforme Carvalho (2004, p. 47-48) elucida:

(...) os primeiros, condicionando de forma restritiva a intervenção do Estado, e, assim, visando à proteção dos direitos individuais, e os últimos ampliando a área de proteção do direito penal, na esfera de bens coletivos, com fins de tutela de bens de relevância social.

O princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, que é um desdobramento do princípio do devido processo legal, está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Constituição Federal, 1988, art. 5º, inciso LVII). Sendo um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, que visa a tutela da liberdade pessoal. (FONSECA, 2007).

Este princípio foi inserido de forma expressa, com o advento da Constituição Federal de 1988. Entretanto, em outras constituições ele já era aplicado de maneira acanhada, em decorrência dos princípios do contraditório¹⁰ e da ampla defesa¹¹, contemplados pelo Direito Processual Penal. (CARVALHO, 2004).

Tendo a nossa Lei fundamental disposto acerca do princípio em comento, o ordenamento jurídico infraconstitucional, em especial o processual penal, está obrigado a absorver regras que permitam encontrar um equilíbrio saudável entre o interesse punitivo estatal e o direito de liberdade, dando-lhe efetividade.

10 Onde as partes têm igualdade processual, inexistindo qualquer vantagem para acusação.

11 Onde confere-se a faculdade de acompanhar os elementos de convicção apresentados pela acusação e de produzir o que lhe pareça conveniente e útil para demonstrar a improcedência da imputação.

Com efeito, o sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do Direito. Esta influência destaca-se no âmbito processual penal que trata do conflito existente entre o *jus puniendi*¹² (direito de punir), do Estado, que é o seu titular absoluto, e o *jus libertatis*¹³ (direito de liberdade), do cidadão, bem intangível, não podendo ser considerado objeto da lide, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana. (FONSECA, 2007).

Nesse sentido, a própria Constituição Federal dispõe: “Art. 5º, XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com os seus bens”.

Destarte, a sociedade prevê punição para os indivíduos que possuem comportamento violador de normas de condutas socialmente predispostas a manter o imprescindível equilíbrio entre os membros da comunidade. Sendo assim o Estado criou mecanismos regulamentares da atuação estatal que propiciam na esfera criminal, a detecção do ilícito penal, com a respectiva criação de limites à liberdade individual, com a aplicação de sanção que implicaria no cerceamento do direito de locomoção. Desta forma age como guardião do interesse coletivo e do próprio indivíduo, já que o Direito existe para dar ao homem garantias, sendo este a fonte e objetivo daquele. (FONSECA, 2007).

Entretanto, para que haja o respeito para com a pretensão estatal a regra de direito material deve estar disposta previamente ao cometimento do ilícito penal: “Art. 5º, XXXIX da Constituição Federal - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A imposição de pena, por outro lado, exige que seja resguardado ao suposto autor da infração penal garantias mínimas que lhe permitam adequadamente resistir à pretensão estatal em comento, de modo a que a sua liberdade não seja cerceada abrupta e despoticamente, conforme o art. 5º, *in verbis*, da Constituição Federal:

Art. 5º da Constituição Federal

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXV- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI- ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória;

12 CARLETTI, 2000.

13 Ibid., 2000.

LXVIII- conceder-se-á hábeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Verifica-se, deste modo, que a indispensável processualização do poder punitivo do Estado, torna imperiosa a tutela da liberdade jurídica do autor da infração penal, e dentro dessa ótica, será a Constituição Federal, o diploma básico a influenciar, de forma decisiva, o curso do processo penal.

É neste quadro, que resguarda as garantias fundamentais de cada cidadão, que são protegidas pela Constituição Federal, que está inserido uma das grandes questões do direito de liberdade, sendo ela física ou moral, que é o direito de ser considerado inocente, até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

O princípio da presunção de inocência foi incorporado ao patrimônio jurídico de longa data, surgindo da Idade Média e acolhido na Ordenação Francesa de 1670 como regra, segundo a qual a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia consigo uma presunção de inocência do réu. (CARVALHO, 2004).

Sendo também adotada por outros diversos diplomas de direito internacional, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas de 1948, que em seu art. 11 dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não provada sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”¹⁴. Da mesma forma, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos) de 1992 proclama que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”¹⁵.

Induvidoso, assim, que a presunção de inocência é de observância obrigatória em todo o Estado de Direito, princípio que (CARVALHO, 2004, p. 50):

Embora não venha reproduzido, de modo literal, nas Constituições de todos os países civilizados e democratizados, encontra-se, todavia, consagrado virtualmente na consciência jurídica de todos os Estados de Direito, gozando de franca aplicação e de religioso respeito.

14 CARVALHO, 2004, p. 49.

15 Ibid., p. 49.

Para Araújo e Nunes Júnior (2003), cabe ao Ministério Público o ônus de provar a existência do fato criminoso e sua autoria e não sendo demonstrada estas provas, a ação deve ser julgada improcedente com base na insuficiência de provas.

Em matéria penal, é inadmissível a inversão do ônus da prova, ou seja, que enseja a presunção de culpa e não de inocência (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2003).

Assim preleciona Fonseca (2007, p. 5):

O acusado não tem o dever de provar a sua inocência, cabe ao acusador comprovar a sua culpa, sendo considerado inocente, até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Esta sentença deve decorrer de um processo judicial, dentro dos moldes legais, o qual deve ser instruído pelo contraditório, pela proibição de provas ilícitas e esteja arrimado em elementos sérios de convicção. Só depois desta, o suspeito será considerado culpado.

Como também ensina Gomes Filho (1996, p. 31):

(...) importam na dispensa do referido encargo de quem as tem e a seu favor. Assim, incumbindo ao acusador a demonstração da culpabilidade do acusado, qualquer dúvida sobre os fatos argüidos deve levar à absolvição; neste ponto, o princípio examinado confunde-se com a máxima in dubio pro reo.

O legislador ao adotar o princípio da presunção de inocência e não o de culpa, onde caberia ao acusado provar sua inocência, previu que o acusado deve ser considerado inocente no curso do processo penal, cabendo à acusação o ônus da prova de sua culpa.

4.2 PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E SUA RELEVÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Como decorrências processuais da presunção de inocência, em especial, é a regra de que o ônus da prova da culpabilidade do acusado cabe ao poder público, através do Ministério Público, que tem a tarefa de formalizar a acusação e promover as provas necessárias para a

mesma, o que caso não ocorra, acarretará na absolvição do inculpaado por falta de provas. (CARVALHO, 2004).

Sendo assim, o princípio em comento guarda grande proximidade com outro princípio do *in dúbio pro reo*¹⁶ (na dúvida, a favor do réu), clássico princípio segundo o qual o magistrado deve absolver o réu.

Entretanto, ambos os princípios possuem natureza, âmbito de aplicação e proteção jurisdicional distintos. O princípio *in dúbio pro reo*, trata de um princípio geral do direito, enquanto a presunção de inocência é um direito fundamental que vincula a todos os poderes. O *in dúbio pro reo* é aplicado quando, desenvolvida a atividade probatória, permanecem dúvidas acerca dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, enquanto que para a presunção de inocência ter a sua eficácia, necessita-se de total falta de provas, ou quando as existentes não possuem garantias processuais. Por fim, o princípio da inocência goza de proteção jurisdicional constitucional, o que não ocorre com o princípio do *in dúbio pro reo*. (CARVALHO, 2004).

Culpabilidade, a ser amplamente provada pelo órgão acusatório, ensina Cretella Júnior (1988, p. 536):

É a situação do agente que deve responder pela violação da lei penal, referindo-se ao “nexo subjetivo que une o autor ao crime, revestindo-se, no direito penal brasileiro, das formas de dolo e culpa”, acrescentando, ainda que, “conforme disse Francisco Campos, na exposição de motivos do Código Penal de 1940, sem o pressuposto do dolo e da culpa, stricto sensu, nenhuma pena será aplicada.

Destarte, trata-se de uma presunção *iuris tantum*, desde que suficiente para convencer o juiz acerca da culpabilidade do imputado, resolvendo na dúvida em favor deste.

Outrossim, a presunção de inocência, como regra de garantia, assegura ao acusado, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes. Até mesmo a colheita de provas deve ser cercada de garantias, inclusive a da publicidade, observando-se as determinações do ordenamento jurídico. Entre outros direitos que o acusado possui como a do juiz natural, o direito de ser informado da acusação que lhe imposta entre outros. (CARVALHO, 2004).

16 CARLETTI, 2000.

Outra questão importante é quanto ao tratamento dispensado ao acusado no decurso do processo, não devendo sofrer punições antecipadas, como se já tivesse sido declarado culpado.

Sampaio (2007, p. 5-8), em seu texto Presunção de inocência versus controle social: um desabafo, traz algumas considerações pertinentes:

Como força de tratamento, o princípio da presunção de inocência “impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, sejam por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando necessário, a divulgação abusiva de fatos nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc.” (...) O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido através da divulgação sensacionalista da mídia) produz uma assimilação de suas características pelo rotulado, a geração de expectativas sócias de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados. Para ingresso em um emprego, necessário se faz a retirada de certidões criminais, e se esta estiver com alguma anotação, já se impõe um pré-conceito em relação à conduta social do desempregado. Esquece-se de que a pessoa é, na realidade, inocente, até que haja uma decisão (judicial) condenatória transitada em julgado. Assim, a estigmatização do indivíduo, com uma certidão criminal anotada, traduz uma identificação controladora do sistema criminal com a ruptura de garantias fundamentais, e quiçá com uma garantia social. (...) Assim, numa visão crítica, porém realista, constata que a presunção de inocência vem perdendo força de garantia constitucional, em face de necessidade de estabilidade do sistema (social, econômico, político, jornalístico, etc...) através de um controle social por paradigmas estratificantes.

O princípio do estado de inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que permanecem sendo aceitas pelas doutrinas e jurisprudências do País, por considerarem a legitimidade jurídico-constitucional das prisões cautelares, de modo que estas podem, a despeito da presunção de inocência, incidir sobre o estado de liberdade do acusado. (CARVALHO, 2004).

As cautelares processuais penais visam a prevenção do interesse público, são medidas de segurança, e o próprio texto constitucional prevê a prisão em flagrante e outras modalidades, desde que resultem de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI da Constituição Federal): “ninguém será preso senão em flagrante

delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”.

O princípio da presunção de inocência não deve ser interpretado de forma literal, de modo a inviabilizar as medidas de investigação policial e a recaída de suspeitas sobre a culpabilidade de certas pessoas em relação a uma determinada prática delitiva. Uma suspeição não pode ser eliminada por medida judicial requerida pelo suspeito com fundamento na sua presunção de inocência, sob pena de inviabilizar a tarefa do Estado de investigar e desvendar o ocorrido, identificar o culpado e formalizar a acusação. Impondo ao caso concreto de choque entre o princípio do estado de inocência e o dever-poder do Estado de realizar a justiça, a verificação da verdade, em prol da sociedade, buscando-se sempre um equilíbrio entre atitudes despóticas do Estado e o liberalismo radical. (CARVALHO, 2004).

É necessário ressaltar que o princípio do estado de inocência confronta com o princípio da presunção de violência pela menoridade. Vale lembrar que a corrente absolutista adota o entendimento de que se trata de uma presunção *iuris et de iure*¹⁷ (de direito e por direito), ou seja, não admite prova em contrário, seja ela documental testemunhal ou mesmo a confissão. Para os seguidores dessa corrente, a vítima menor de 14 anos é incapaz de consentir para a realização do ato sexual, sendo assim, seu consentimento será sempre inválido, embora possa ter desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade, a idade da vítima faz parte do tipo penal. (MIRABETE, 2001).

Enquanto a teoria absolutista da presunção de violência não admite prova em contrário, ou seja, implicitamente o acusado já é tido como condenado, a presunção do estado de inocência diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o acusado deve ser considerado inocente no curso do processo penal, cabendo à acusação o ônus da prova de sua culpa.

17 CARLETTI, 2000.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas fases primitivas da civilização dos povos, não existia um Estado forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou para si o direito de punir tirando o direito de autotutela ou autodefesa, pois este não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

Hodiernamente quem tem o poder de dirimir conflitos de interesses é o Estado, devendo exercer sua função com eficiência e primando a justiça.

Essa eficiência não tem sido apresentada para sociedade no que tange a leis que disciplinem o comportamento e que realmente alcancem ao fim de quando da sua elaboração.

A norma inscrita no art. 224, alínea “a” do Código Penal, relativa ao crime sexual com violência presumida praticada contra menor de 14 anos de idade, encontra-se afastada da realidade jurídica e social do país, merecendo urgente reformulação, porque não atende mais a função social, mas somente normativa.

Tem-se enfrentado uma eterna indagação a respeito da presunção de violência, se haveria justiça em se condenar um homem que manteve relações sexuais, com o consentimento da menor, sem uso de violência física, mas pelo simples fato desta, ser menor de quatorze anos, a tutela da lei penal fazer com que seja considerado estupro presumido? E quando um rapaz de 18 anos mantém relações com sua namorada de 13 anos, por exemplo, deveria ser condenado ao crime de estupro podendo pegar de 6 a 10 anos de prisão?

Portanto, adotando o entendimento de Nucci (2006), que foi tratado no presente trabalho, a criança menor de 12 anos, deve permanecer sendo considerada sexualmente inviolável e, portanto, sem efeito jurídico seu possível consentimento, uma vez que somente excepcionalmente pode-se falar de pessoa, nesta idade, apta anatômica e fisiologicamente, para a vida sexual, somado aí fato de apresentar estado psíquico incompletamente desenvolvido.

Já com relação à pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, tendo-se verificado a possibilidade de a mesma apresentar sinais de puberdade, encontrando-se

fisicamente apta para atividade sexual, entendemos ser o caso de o magistrado, no caso concreto de crime sexual, em tese, avaliar o desenvolvimento psicosssexual da vítima e, por conseqüência, de sua capacidade de aquiescer validamente ao ato sexual. Não podendo se confundir a proteção aos menores na esfera sexual, com o campo dos domínios da moral. Tal assunto é um desafio para os juristas, julgadores e estudiosos do direito, haja vista que tais menores, nos dias atuais, conhecem as nuances sobre o sexo e sexualidade, consentem com o ato sexual, têm consciência da sua prática e, muitas vezes, buscam tal propósito.

A mulher contemporânea é dona de seu próprio corpo. Hoje o uso de métodos contraceptivos está cada vez mais presente no universo feminino. Entretanto, a sociedade ainda se mantém retraída, arraigada ao pudor, o que acarreta no impedimento à evolução da consciência sexual. Prova disso é a confusão de valores sociais refletidos no comportamento da menor de quatorze anos. Isso porque a falta de conscientização social no que diz respeito a sexo, reflete-se nas músicas, nos filmes, nas novelas, até mesmo nas tidas como infantis, contribuem para que a adolescente se comporte dessa maneira através de suas vestimentas, no falar e no agir, como uma verdadeira mulher.

Diante dessas observações, aquela menina, tutelada pelo Código Penal de 1940, transformou-se, tornando-se precoce tanto para trabalho, para o estudo, para sofrer punições conforme previsto no Estatuto da Criança e do adolescente e por que não seria para os assuntos sexuais?

Assim, as meninas, consideradas indefesas da década de 40, que outrora brincavam com suas bonecas, hoje são adolescentes acostumadas a assistir televisão, acessar a internet, estudar sobre sexualidade na escola. É certo que a maioria não está inserida no contexto da inclusão digital. Entretanto, é indiscutível a facilidade de acesso a essas informações.

A realidade social que ora está sendo vivenciada, apesar de não ser este o comportamento moralmente correto, é muito contrária à idéia de crime que se inscreve no artigo em questão. Tem-se vivido uma década em que a própria vítima tem a possibilidade de escolha, conhecimento dos fatos que a rodeia e, portanto, apesar da pouca idade, já tem sua própria opinião e vontade acerca do que sente e deseja.

Presumir de maneira absoluta a violência, em casos em que ela não concorre, punindo alguém que não possuía dolo ou culpa, com o consentimento da menor, faz-se surgir muitas injustiças.

Diante da realidade atual, dos costumes e da evolução social, necessário se faz apresentar uma proposta de reforma na legislação penal no que tange à menoridade para a presunção de violência no crime de estupro. Melhor seria a previsão do tipo penal próprio, que descreva a prática de ato sexual com pessoa incapaz de consentir validamente como conduta configuradora de crime autônomo, sem qualquer equiparação ao crime sexual violento, de diferente ofensividade do bem jurídico, como ocorre nos Códigos estrangeiros. Tipo penal no quais seus elementos sejam claros e precisos, proporcionando uma interpretação uniforme, com o mínimo possível de subjetivismo do julgador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGELI, H.A. **A problemática sexual na adolescência**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1986.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Crimes sexuais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL de 1940**. 2. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)**. Brasília-DF: Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

CAMARGO, Laura Valcazara. **A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos**. Disponível em: http://www.direitoemdebate.net/art_vitimologia.html. Acesso em: 10 jul. 2007.

CARLETTI, Amilcare. **Dicionário de Latim Forense**. 8. ed. São Paulo: LEUD, 2000.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1988.

CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso de Paula; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Anotado. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>. Acesso em: 05 maio 2007.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>. Acesso em: 29 out. 2007.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GARCIA, Antônio; MOLINA, Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 15, abr./jun. 1996.

_____. **Código Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, AASP, São Paulo, n. 42, abr. 1994.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GULOTTA, Guglielmo. **La vittima**. Milano: Giuffrè, 1976.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. **Violência real e ficta nos crimes contra os costumes**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3404>. Acesso em: 10 abr. 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 17. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2001.

NACARATH, Gustavo Teixeira. **Consentimento da vítima nos crimes sexuais**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4718>. Acesso em: 11 jul. 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transportes e outros serviços públicos**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transportes e outros serviços públicos.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Progresso humano e Direito Penal. Trad. J. Sérgio Fragoso. **Revista de Direito Penal (RDP)**, Rio de Janeiro, n. 02, abr./jun. 1971.

_____. **O Direito como obstáculo à transformação social.** Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídicos -penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PLÁCIDO E SILVA, José de. **Vocabulário Jurídico.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Código Penal anotado e legislação complementar.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **A contribuição das vítimas para os crimes sexuais.** Disponível em: http://www.trinolex.com/artigos_print.asp?id=1660&icase=artigos. Acesso em: 10 jul. 2007.

SAMPAIO, Denis. **Presunção de inocência versus controle social.** Disponível em: http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_presunção.doc+presuBR&ct=clnk&cd=18&gl=br. Acesso em: 29 out. 2007.

SILVA, Cesar Antônio. Direito Penal: A Descriminalização de Tipos de Crimes Sexuais. *In*: BITENCOURT, Cezar R. (Org.). **Crime e sociedade.** Curitiba: Juruá, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

Revisado por

Célia Romano do Amaral Mariano

Biblioteconomista CRB/1-1528

ANEXO

Estupro: afastamento da presunção de violência em conjunção carnal com menor de 14 anos

Sentença rejeitando a denúncia de estupro presumido contra menor de 14 anos, a qual afasta a presunção pelas circunstâncias concretas do caso, em virtude do consentimento da suposta vítima.

Elaborado por Alexandre Abrahão Dias Teixeira, Juiz de Direito.

S E N T E N Ç A

Vistos etc.,

Ministério Público propôs Ação Penal em face de HÉLIO PEREIRA GOMES FILHO, qualificado nos autos, dando-o como incurso nas penas do artigo 213 c/c 224, letra "a", ambos do Código Penal pelo seguinte:

"No dia 10 de dezembro de 2001, por volta de 3 horas da madrugada, consciente e voluntariamente, com o fim precípua de satisfazer sua própria concupiscência, no interior do Hotel Caravellas, nesta Comarca, mediante presumida violência, uma vez que contava a vítima Larissa Lorraine Marreira Sékuka, com apenas 13 anos de idade na data do fato, constrangeu-a o denunciado a permitir que com ela praticasse conjunção carnal introduzindo o pênis em sua vagina até alcançar o clímax (...)"

Levar um cidadão ao banco dos réus, muito mais do que um mero "recebo a denúncia", é um ato de reflexão profunda, onde o julgador deve estar convicto dos indícios mínimos de autoria e materialidade do crime imputado, especialmente nas hipóteses de estupro, crime que estigmatiza o acusado para o resto de sua vida.

"A tortura, nas formas mais cruéis está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura" (Santo Agostinho)

DAS DIVERSAS VERSÕES APRESENTADAS PELA VÍTIMA:

Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima ganha especial relevo, pois os mesmos são cometidos às escuras, fato que impõe ao julgador, no momento de analisar a prova, ainda que indiciária, buscar sintonia, coerência e precisão na versão apresentada.

Neste caso temos que a vítima, após despertar por volta das 11:30 hs com o acusado ainda no Motel, como se amante fosse, retorna para casa no carro deste com o único objetivo de justificar a sua mãe, TEREZA MARREIRA, o inexplicável.

Como a mãe não presenciou o ocorrido e, deste apenas tomou conhecimento através da única e exclusiva versão apresentada por ambas às filhas - e que filhas -, dirigiu-se a Autoridade Policial e narrou o seguinte:

"(...) que no dia 10/12/2001 por volta das 03:00 horas, que sua filha Larissa de 13 anos se encontrava com sua irmã Jennifer de 18 anos de idade, na praça XV de novembro em Marechal Hermes, que pararam ali para comer um cachorro-quente, quando foram surpreendidas por Helinho, que puxando Larissa pelo braço com violência, a colocou dentro

do seu veículo, indo para lugar incerto, dizendo para Larissa que estava no Bairro Guadalupe, que forçou Larissa a praticar com ele conjunção carnal; que Larissa era virgem perdendo sua virgindade para Helinho, que só retornou com Larissa as 11:30 horas, que todos estavam preocupados com ela, que ao chegar em casa a declarante a conduziu logo para esta UPJ (...)" (fl. 5 grifei)

Colhida esta cinemática fática, a Autoridade então passa a ouvir, ato contínuo e na presença da mãe, por volta das 14:00 horas, portanto 3 horas após retornar para casa, LARISSA, que narra o seguinte:

"(...) que foi comprar cachorro quente, quando foi abordada por um rapaz por volta das 02:30 horas e que não quis entrar no carro, sendo puxada a força por ele, que partiu com o veículo, que ficou sem saber onde estava, que ele disse para ela que estava em Guadalupe próximo a uma festa de um colega dele. Que ele veio agarrando, e ela não queria, mas que depois deixou-se beijar e ser abraçada pelo seu agressor, até chegar a conjunção carnal, que não passou disso, informou que saiu um pouquinho de líquido da sua vagina após o ato, sabe que o rapaz é solteiro tem mais ou menos 29 anos e estava com cheiro de bebida alcoólica (...)" (fl. 07 - grifei)

A primeira versão da vítima descreve um "rapaz" - veja que em nenhum momento afirma o seu nome - que lhe puxou a força para o interior do carro e a levou para um local - não descreve o mesmo nem traz qualquer tipo de detalhe a respeito - onde acabou coagindo-lhe a praticar relações sexuais, sendo que em dado momento passou a consentir a perpetuação do ato.

Encaminhada ao IML imediatamente após o término de sua oitiva (fl. 9), a vítima passa a se entrevistar com as Médicas responsáveis pelo exame, o qual sabe-se é feito sem a presença dos familiares para evitar o constrangimento da narrativa detalhada.

Na presença das médicas LARISSA apresenta uma versão totalmente diferente das apresentadas a sua mãe e a Autoridade, muito embora tal exame tenha sido realizado no mesmo dia por volta de 18:45 horas (fl. 50), portanto cinco horas após a narrativa em sede policial e sete horas após o seu retorno para casa.

Portando-se, conclusão das próprias peritas médicas, como uma pessoa que se apresenta de forma: "(...) lúcida, orientada no tempo e no espaço, respondendo as solicitações verbais com clareza (...), mantendo " (...) o curso do pensamento ordenado com encadeamento de idéias (...) e narrando "(...) os fatos com segurança e riqueza de detalhes, tranqüila, cooperativa (...)" (fls. 50/51 - grifei), a vítima então lhes dá a seguinte versão:

"(...) alega que era virgem e que às 02:30 h de 10/12/01, um homem colocou-a a força dentro do seu carro, que ele tentou agarrá-la e que depois ele a convenceu a manter relação sexual com ele; que cada um tirou a sua própria roupa, que ela ficou deitada em decúbito dorsal dentro do carro e ele ficou sobre ela e introduziu o pênis na vagina (...)" (fl. 50 - grifei).

Desta versão extrai-se pela primeira vez que a prática sexual, a qual até então não se sabia efetivamente onde ocorrera, ganha um lugar, ou seja, segundo a jovem tranqüila e de idéias ordenadas tudo teria ocorrido no interior do carro.

A pedido do Parquet (fl. 38), a vítima é novamente ouvida (fls. 43/44) e, desta vez - novamente assistida por sua mãe - cria uma terceira versão; distinta das apresentadas nas oportunidades anteriores, aduzindo o seguinte:

"(...) Foi vítima de violência e abuso sexual no dia 10.12.02, reconhecendo como autor do fato a pessoa que conhece como HELINHO. Que no dia do fato teria ido, em companhia de sua irmã JENNIFER e mais dois colegas de nome THIAGO e RODRIGO, com intuito de

comprar cachorros quentes numa barraca nas proximidades da Estação Ferroviária de Mal Hermes momento em que HELINHO teria parado com seu veículo, sendo o mesmo um GOLF de cor preta solicitando que a declarante se aproximasse perguntando se sua mãe ainda estava cortando cabelo, isto porque sua mãe é cabeleireira, momento o qual a porta do referido veículo abriu e a declarante foi puxada para o interior do mesmo e HELINHO teria arrancado com o veículo tendo a porta se fechado. Que neste momento a Declarante solicitou ao mesmo que a levasse de volta para casa. Que em ato seguido o motorista fez o contorno na praça de Mal Hermes e emparelhou seu veículo ao veículo de THIAGO, onde no interior do mesmo encontravam-se JENNIFER e RODRIGO. Que naquele momento HELINHO dissera que a levaria de volta para casa e que THIAGO o seguisse. Que a declarante neste momento não desceu do veículo acreditando na promessa de ser transportada a sua residência. Que HELINHO tomou direção ao bairro de Sulacap e a todo momento a Declarante pedia ao mesmo que a levasse para casa, o que não foi atendida. Que HELINHO entrou no Hotel Caravelas, naquele bairro. Que a declarante neste momento não desceu do veículo porque estava com medo, pois já teria ouvido dizer que HELINHO era agressivo, que batia em sua namorada. Que ao chegar na garagem do Hotel HELINHO teria subido as escadas que dão acesso ao quarto tendo a Declarante ficado na garagem e já posteriormente atendido a solicitação do mesmo de subir. Que já no interior do quarto HELINHO convenceu a declarante abraçando-a, beijando-a tirando-lhe a parte de cima de suas vestes e posteriormente a calça comprida, isto acontecendo com a Declarante sentada na beira da cama. Que suas vestes foram retiradas por HELINHO com delicadeza, estando o mesmo, na ocasião, sem camisa. Que quando se deitou na cama ainda encontrava-se de calcinha e sutian porém HELINHO encontrava-se completamente despido. Que o autor deitou-se por cima da Declarante tendo-lhe retirado o resto de suas vestes. Que a partir daí tiveram relação sexual por cópula convencional. Que HELINHO não usou camisinha, que após o coito ambos pegaram no sono que a Declarante não fugiu pois estava cansada e tinha medo (...)" (fls. 43/44 - grifei)

Anota-se neste momento o surgimento de diversos elementos até então desconhecidos de todos, inclusive da própria mãe (fl. 05); tais como: os amigos THIAGO & RODRIGO, presentes no local, o nome do acusado, que até então figurava como "um rapaz", o carro de THIAGO com a irmã ter emparelhado com o carro de HELINHO, o bairro deixa de ser GUADALUPE e vira SULACAP, o local do ato deixa de ser o interior do carro e passa a ser o Hotel Caravellas, que por sinal fica bem em frente ao complexo da PMERJ (CFAP, ESFO etc) e, alfin, HELINHO se torna violento e ganha uma namorada que por sinal apanhava do mesmo.

Percebe-se aqui uma postura típica dos adolescentes que são flagrados em desvios comportamentais. Como se vê à vítima passa a justificar, como se precisasse, acaso fosse violada, seu comportamento durante o ocorrido, assim como colhido nas seguintes passagens: "(...) que HELINHO entrou no Hotel CARAVELAS, naquele bairro. Que a Declarante neste momento não desceu do veículo porque estava com medo, pois já teria ouvido dizer que HELINHO era agressivo, que batia em sua namorada (...)" e ainda "(...) Que após o coito ambos pegaram no sono e que a Declarante não fugiu pois estava cansada e com medo (...)" (fl. 44 - grifei).

Em se tratando de adolescente e seus envolvimento sexuais, bem se vê que as justificativas de sua inércia visavam mais uma satisfação à desenganada mãe do que efetivamente a descrição de um crime, até porque sempre após as imputações a vítima se contradiz e descreve momentos fraternais entre ambos; senão vejamos: "(...) já no interior do quarto HELINHO convenceu a Declarante abraçando-a, beijando-a tirando-lhe à parte de cima de suas vestes e posteriormente a calça comprida (...) que suas vestes foram retiradas por

HELINHO com delicadeza (...) que a partir daí tiveram relação sexual (...)que após o coito ambos pegaram no sono (...)” (fl. 44 - grifei), e assim continuaram, em sono profundo, até nada mais nada menos do que as 11:30 hs do dia seguinte!

DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DOS FATOS E DA VÍTIMA

A conjuntura vivida pela vítima foi muito bem explicada por Enrico Altavilla, professor da Faculdade de Nápoles, da seguinte forma:

"A puberdade deve ser encarada com especial cuidado em relação a tudo que diga respeito à esfera sexual. (...) quando a criança se veja forçada a uma acusação falsa, para esconder o seu vício, ou por qualquer outra razão, será fatalmente escolhido para sujeito da sua acusação. Este estado de consciência torna-se mais agudo nas raparigas, as quais, até por terem uma vida menos livre, pela impossibilidade de satisfazer fisiologicamente os seus primeiros desejos, são levadas a surpreendentes fusões entre a sua imaginação e a realidade" (In. Psicologia Giudiziaria, vol I, O Processo Psicológico e a Verdade Judicial, 3ª Ed, Coleção STUDIUM, Armênio Amado - Editor, Sucessor - Coimbra, Portugal 1981, traduzido por Fernando de Miranda, p. 86 - grifei)

Aliás, o próprio mestre italiano, através de um caso concreto enfrentado ensina como agir para identificar e repelir processos fantasiosos e mentirosos criados pelas supostas vítimas de crimes sexuais:

"Um terceiro critério, para procurar a mentira deve encontrar-se nas modificações dos depoimentos, mas só quando, gradativamente, se identifiquem com um especial plano de defesa. Rita De fugiu, em 1951, com um rapaz com quem andava de amores há cerca de dois anos. Apanhada pelos carabineiros com o amante, confessou ter fugido espontaneamente. Repetiu essa confissão diante de um comissário de polícia, mas depois, inesperadamente, modificou a sua narração, reportando-se à queixa do pai e acrescentando, mais tarde, diversos pormenores, para demonstrar que fora vítima de rapto violento, embora admitindo que, levada para o hotel, se entregara espontaneamente ao noivo. Pouco depois fez uma quarta declaração, na qual afirmou que não sabia como havia sido desflorada, porque, quando chegou ao hotel, o noivo lhe oferecera um líquido verde de que tinha bebido com ela. Num quinto depoimento, excluiu que o rapaz tivesse bebido o licor e disse que no quarto de cama havia grandes garrafas cheias do tal líquido verde. Num sexto depoimento, acrescentou que o noivo lhe apertara o nariz, obrigando-a, pela força, a beber. Para explicar porque modificara as duas primeiras versões, disse: 'também repeti ao comissário as minhas falsas declarações porque, enquanto falava com o comissário, chegou o meu pai que me disse não querer perdoar-me e que me expulsaria de casa'. Revelou-se, desta forma, evidente esforço para atenuar a responsabilidade perante o pai e para ser readmitida em casa (tanto mais que o namorado fora preso), transformando o rapto de consensual em violento e atenuando cada vez mais a sua responsabilidade, por haver sido possuída" (In. Ob. Cit. Págs. 162/163, vol II, Personagens do Processo Penal, grifei)

Adotando postura semelhante à de Rita De, LARISSA a todo instante modifica suas versões criando conflitos entre dados negativos e positivos acerca do acusado e sua personalidade, atuação típica de quem manifesta vontade de resguardar-se diante da mãe e da família - quem sabe até por ter sido ameaçada ou punida pelos impulsos sexuais revelados -. Esta conduta, tal como demonstrou Enrico Altavilla, simboliza bem a imagem padrão de quem enfrenta este tipo de situação numa sociedade como a nossa, definida por Afrânio Peixoto, como "himenólatra".

Na doutrina médico-legal encontramos as autorizadas palavras de Hélio Gomes, para quem a atitude de LARISSA se justifica porque:

"A preservação da integridade himenal, via de regra, coincide com a preservação de sentimentos morais e da pureza do corpo. A integridade himenal é um poderosíssimo dique de contenção moral. Quando a membrana se rompe fora do casamento, a observação mostra, cada dia, que a rotura física é talvez o primeiro sintoma de uma rotura moral, que daí por diante se alarga até os descaminhos sociais" (In. Medicina Legal, Freitas Bastos, 13ª Ed., p. 468 - grifei).

Daí a importância em denunciar o acusado, processá-lo e vê-lo julgado, atos que, de per si restauram a moral e os bons costumes perante a sociedade e a família e justificam seus desvios comportamentais, pois como afirmam Porto Carrero e Afrânio Peixoto, citados por Hélio Gomes, vivemos "(...) o absurdo topográfico de colocar a honra da mulher nas dobras da mucosa vaginal (...)" muito embora esqueçamos que "(...) uma rapariga pode ser ao mesmo tempo virgem e não casta, casta e não virgem, casta e virgem, nem vigem nem casta." (Ob. Cit. P. 468 - grifos no original).

Abra-se um breve parêntese para esclarecer que na moderna psicologia o mecanismo de defesa utilizado por LARISSA denomina-se "projeção", que ocorre:

"Quando nos sentimos maus, ou quando um evento doloroso é de nossa responsabilidade, tendemos a projetá-lo no mundo externo, que ao nosso ver assumirá as características daquilo que não podemos ver em nós" (In. Clara Regina Rappaport e outros, Teoria do desenvolvimento - Conceitos Fundamentais - Psicologia do Desenvolvimento, Vol 1, Editora Pedagógica e Universitária LTDA (EPU)- 12ª reimpressão - pág. 31, item 2.5.4 - grifei)

A experiência comum já nos demonstrou que o crime de estupro é doloroso, causando um distúrbio psíquico com o qual, não raras às vezes, a vítima leva anos para superar, assim sendo, torna-se inviável aceitar a versão de LARISSA no que tange a ter sido vítima de violência e ter praticado os atos por medo, máxime quando ao final confessa ter sido muito bem tratada e ter dormido com o acusado no motel após tudo que teria "sofrido".

Dada a inidoneidade das diversas versões da vítima, naturalmente caminha-se para outros elementos probatórios que possam prestigiar a imputação inicial e, na análise das provas exsurge a versão apresentada por THIAGO LACE, amigo da vítima e sua irmã, que presente na noite dos fatos exterioriza uma versão totalmente diferente das apresentadas por LARISSA e sua irmã JENNIFER:

"(...) que encontrava-se na Praça de Marechal Hermes, na companhia de suas colegas Jeniffer e sua irmã Larissa, comendo um cachorro quente, quando ali chegou, dirigindo seu carro, um Gol de cor preta, seu conhecido de nome Hélio, que também conhecia as duas meninas, e chamou Larissa para conversar, não chegando a sair do carro; que Jeniffer acompanhou Larissa até a janela do carro de Hélio e ali ficaram conversando algum tempo, sendo que quando Jeniffer se afastou, o declarante viu quando Hélio saltou do carro, abriu a porta do carona e Larissa entrou, tendo Hélio dado a volta entrado no Gol pela outra porta dianteira; que Hélio saiu com o carro, juntamente com Larissa e dois minutos depois retornou ao local onde estavam o declarante e Jeniffer, tendo novamente Hélio chamado Jeniffer para conversar, dizendo para esta que iria sair com Larissa, mas não iria demorar; que como Hélio e Larissa não retornaram, o declarante a pedido de Jeniffer a levou para casa, apesar de ter demonstrado estar com medo da mãe, já que chegaria em casa sem Larissa; que no entender do declarante Larissa não foi forçada por Hélio a entrar no carro deste (...)" (fl. 16 - grifei).

A versão trazida pelo amigo da vítima é a única que se aponta idônea, prestigiando inclusive a versão do acusado que se apresentou espontaneamente a Delegacia tão logo tomou conhecimento das imputações que pesavam contra si (fls. 13/14).

De se ressaltar, que desta versão brotam detalhadamente o modo como LARISSA se retirou do local com o acusado e com a aquiescência da irmã JENNIFER, a qual só manifestou preocupação, ao contrário do que afirma (fls. 18/19), quando confessou a THIAGO ter medo de chegar em casa sem LARISSA.

Portanto, os problemas de JENNIFER e, especialmente LARISSA, em nenhum momento foram com a relação sexual; mas sim com as justificativas que deveriam ser apresentadas à mãe e a família.

É certo que se pode afirmar, em oposição a tudo que foi dito, que LARISSA contava apenas 13 anos na data do fato, e que por tal motivo à violência é presumida por força de lei. Entretanto, muitos outros argumentos são contrários a esta cômoda argumentação.

DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DESCRITA NA ALÍNEA "A", DO ART. 224 DO CP

Baseado no Digesto - qui velle non potuit, ergo noluit - (aquele que não pode querer, logo não quer), Carpzovio estabeleceu durante a idade média a teoria da presunção e sua aplicação no Direito Penal, tema que por sinal sempre foi alvo de severas críticas da doutrina que afirma não se poder afiançar a falta, em sentido naturalístico, de consentimento dos impúberes e dos dementes; mas sim a ausência de validade jurídica deste.

Trazida para o ordenamento jurídico brasileiro, a presunção acabou inserida no Código Penal de 40 com a seguinte justificativa na exposição de motivos:

"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" (nº 70 - grifei).

Passadas seis décadas, não se pode mais afirmar que tal presunção é absoluta, motivo pelo qual Mirabete aponta inúmeras absolvições em casos semelhantes a este:

"Estupro ficto. Acusado que nega com veemência a autoria do delito. Ofendida com procedimento pouco recomendável, que presta declarações contraditórias e até inverídicas. (...) Dúvida quanto à idade da ofendida na época em que teria ocorrido o pretendido congresso carnal. No juízo criminal, dúvidas e ausência de provas se equivalem" (RT: 609/363). "Sendo a vítima de crimes contra os costumes menor de 14 anos, seu consentimento na prática dos atos só tem valor quando se trata de pessoa já dissoluta, corrompida (...). Caso contrário, se a mesma é totalmente desinformada sobre sexo, sem qualquer capacidade de discernimento, sua anuência é irrelevante." (RT: 769/694) "STJ: No crime de estupro, a presunção de violência prevista no art. 224, a do CP é relativa. Assim, pode ser afastada se a vítima que com 12 anos de idade, não era ingênua ou inexperiente e tinha capacidade de autodeterminação, com clara ciência do ato que praticara". (RT: 762/580 e 720/415) "A presunção de violência inserida no art. 224, a, do CP, deve ser analisada caso a caso concretamente. Para a caracterização do crime de estupro com violência presumida, necessário se faz que, além de ser a vítima menor de 14 anos de idade, seja ela recatada, inocente e ingênua a respeito de sexo" (RT: 763/627) "Crime contra os costumes - Estupro - Violência Presumida (art. 224, a, do CP) - Delito não caracterizado - Vítima menor de 14 anos de idade que, entretanto, demonstrou ter consentido na consumação do ato sexual - A tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa da ofendida,

embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de auto determinar-se no terreno da sexualidade. (...) se ela aderir prontamente ao convite de caráter sexual que o agente lhe dirige, constituiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu violência. O consentimento ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz. (RT: 678/411).(...) O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - art. 213 do CP. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa de idade superior a 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a do CP". (JSTF: 223/372 -3) "STF: Não se configura o crime de estupro se a suposta vítima, embora menor de 14 anos, aparenta idade superior, possui comportamento promíscuo e admite não haver sido constrangida a manter relação sexual com o acusado, tendo o feito por livre e espontânea vontade.HC 73.662 - MG, Rel. Min. Marco Aurélio. 21-5-96 (Informativo do STF 29-5-96)" (In. Código Penal Interpretado, Saraiva, 2ª Ed., 2001, págs. 1514/1516 - grifei)

Destarte, cotidianamente a análise da imputação não deve mais basear-se única e exclusivamente no pressuposto idade; deve sim, em atendimento a visão contemporânea constatar nos autos, tal como afirmado pela jurisprudência, indícios de que a menor: "não prestou declarações inverídicas e mentirosas", "que não é pessoa dissoluta, desinformada sobre sexo e, o que lhe causaria ausência de discernimento, dada a sua inocência, ingenuidade e falta de auto-determinação, bem como "não ter aderido prontamente a proposta do autor do suposto crime".

Em sã consciência, não há nada, nada mesmo nestes autos que demonstre uma vítima inocente, frágil, coagida por um bárbaro explorador de jovens indefesas. Ao revés, o que se vê nestes autos é uma menina-mulher que muda suas versões como muda de roupas, escondendo detalhes e dados importantíssimos que uma vítima de estupro jamais esqueceria.

Esta jovem, quando adentrou no carro do acusado já tinha pleno discernimento, sabendo durante todo o desenrolar dos fatos o que estava fazendo e as possíveis conseqüências, tanto que ao ficar sozinha na garagem, momento em que poderia se evadir em direção a PMERJ, que insistia-se, fica bem em frente ao motel, LARISSA optou por subir ao quarto, deixar o acusado despir-lhe entre rompantes de beijos, abraços e carícias, para adiante ceder-lhe os prazeres da cópula vagínica e, como gran finale, repousar nos seus braços até a hora do almoço no dia seguinte (?)

Há na solidão de todo quarto um forte apelo sexual, principalmente quando a mulher que ali se encontra corresponde aos atos pré-sexuais de forma pacífica e incisiva, as 03:00 horas da madrugada, tomando a iniciativa, sozinha de subir ao quarto de motel ante a insistência "delicada" do seu amante. Com todo respeito não há que se exigir deste jovem de classe média baixa um rompante domador de seus instintos.

Quem não quer reage, grita, esperneia, foge, arranha o agressor; enfim, demonstra resistência, por mais frágil que seja. Jamais encaminha-se a um quarto de motel, deixa-se despir e, ao final da relação repousa tranqüilamente por horas a fio !

É impossível acreditar que uma jovem, numa praça movimentada, no final da madrugada, numa roda de amigos, com roupas típicas de mulher e com "(...) pêlos axilares raspados, mamas desenvolvidas (...) genitália externa parcialmente coberta de pêlos espessados escuros raspados (leia-se: depilados em forma triangular)" (ver fl. 51 Laudo Médico legal - grifei), que ingressa livremente no carro de um homem, direcionando-se, ainda que com fraca resistência, a um motel e, lá chegando sobe para o quarto, adere a relação sexual que lhe é

prontamente ofertada, possa ser equiparada a inocente "criança" que o legislador de 40 quis proteger.

Tenho para mim que aqui cabe a lição do Ministro Marco Aurélio, lançada durante o julgamento de rumoroso caso semelhante ao presente no STF; vejamos:

"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 costume 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 concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Aquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada uma criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinquenta 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. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

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.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece á primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não?

Ora, enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente.

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da pontencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas (...)" (HC. Nº 73.662-9 MG - págs. 316/318 - voto condutor do Min. Marco Aurélio - grifei).

A magistral lição amolda-se como uma luva ao presente caso, pois aqui também a vítima se porta como pessoa dissoluta, saindo altas horas e com plena capacidade de discernimento, fato este atestado pelo Laudo Médico de fl. 51.

A INCIDÊNCIA DO E.C.A AO CASO CONCRETO:

No que tange ainda a questão da idade, apesar de não ter visto nenhuma citação a respeito, há no ordenamento jurídico brasileiro legislação contemporânea que de certa forma desmerece a engessada regra da alínea "a" do art. 224 do CP. Trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90).

Muito mais adequado às situações contemporâneas e tido inclusive como extremamente protecionista no que tange aos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, até mesmo o E.C.A de certa maneira abandona os rigores obsoletos do nosso Código Penal.

Pelo art. 2º da lei percebe-se que a afirmativa do Min. Marco Aurélio de que "(...) Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos (...)" ganha foros de legalidade, pois neste dispositivo o legislador fez a seguinte distinção: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (grifei).

Para a nova legislação, acima de 12 anos não há mais "criança" ingênua; mas sim, como disse o Min. Marco Aurélio: uma moça.

Esta distinção é muito importante e levou em consideração o processo de amadurecimento dos adolescentes contemporâneos, fato externado mais adiante em diversos dispositivos, como por exemplo: (a) o art. 106, que só admite a privação de liberdade quando se tratar de adolescente; (b) o art 112 aplica as sanções mais severas exclusivamente ao adolescente; (c) as garantias processuais (arts. 109/111) são direcionadas aos adolescentes, equiparando-os aos adultos. Enfim, todas as medidas mais agressivas contra a liberdade previstas no título III do ECA, que trata da "Prática de Ato Infracional", aplicam-se excepcionalmente aos adolescentes, nos termos do art. 2º.

Em relação às crianças, José Luiz Mônaco da Silva demonstra, dada a peculiar fragilidade e inocência, procedimento distinto e protetor nos seguintes termos:

"Como já vimos anteriormente, quando a infração penal for praticada por criança, isto é, pessoa com 12 anos incompletos (cf. art. 2º do Estatuto), serão aplicadas uma das medidas dispostas no art. 101, que vão desde o encaminhamento aos pais ou responsável até a colocação em família substituta". (In. Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários - RT - 1994 - p. 175 - comentários ao art. 112 - grifei)

Aí está a maior prova de que chegada à adolescência, graças ao amadurecimento imposto na atual conjuntura, as responsabilidades aumentam, equiparando-se as dos adultos, tendo o legislador apenas previsto para estes punições mais brandas do que as existentes na legislação em vigor (art. 112).

REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E A APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Parafraseando o Min. Marco Aurélio: "enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete

da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno".

Destarte, cabe ao Juiz a função de tentar adequar a legislação à visão garantista do processo contemporâneo, o que tem causado muita angústia.

Como forma de superar tal situação foram criadas diversas correntes, tendo despontado dentre os juristas a denominada "Ativismo Judicial", a qual foi definida por Ary Casagrande "(...) como um grupo de Juízes inconformados com o marasmo no Judiciário (...)" (In. Ativismo Judicial - Uma Nova Postura para um Novo Tempo - Revista da AMAERJ, nº 03, junho/julho p. 13).

Inspirado nessa visão o próprio Presidente do E. STF, Min. Marco Aurélio, também entrevistado nesta edição, que por sinal tratou exclusivamente sobre o tema, afirmou: "(...) como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar a solução mais justa de acordo com minha formação humanista, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio (...)" (p.11).

DA CONCLUSÃO

Este é o caso específico onde, a meu ver e com todo o respeito aos entendimentos divergentes, com segurança já se sabe de antemão que inexistente conduta típica por ausência de violência na conjunção carnal. Portanto, deixar instaurar a relação processual, levando este jovem ao banco dos réus por crime tão grave, apenas e tão somente para se apegar à execrável rigidez da forma, instruindo-se o processo integralmente para só então ser proferida a sentença é algo que no século 21 soa muito mal!

A interpretação literal na espécie conduzirá certamente a uma injustiça, pois não tem sentido impor ao acusado todo o drama do processo, com o percurso de todo o seu labirinto, descrito nas páginas imortais de Kafka, quando a primeira vista resulta convicção de inépcia da denúncia.

O Código de Processo Civil, que regula procedimento aplicável, na sua maioria, a bens disponíveis e de inferior quilate, tem remédio para pôr cobro, célere, à demanda temerária. Já no Código de Processo Penal, que tutela direitos humanos bem mais sagrados, o Legislador omitiu-se na construção de meios legais voltados para o mesmo objetivo.

Não será a imprevidência do Legislador que manietará o Juiz, condenando-o a apodrecer sob as torturantes amarras instituídas pelos romanos e bem traduzida no brocardo - *summum jus, summa injuria* -. Ao Juiz o destino contemporâneo impôs tarefa bem maior e mais árdua, descrita pelo magnífico mestre Dalmo d'Abreu Dallari com as seguintes palavras: "O ativismo político no sentido de garantir a aplicação do direito em qualquer circunstância, seguindo princípios, diretrizes e normas da Constituição, é um dever do Juiz". (ob. Cit. P. 7).

Por tudo que apreciei e ponderei nestes autos, estou **PLENAMENTE CONVENCIDO** da ausência do núcleo descrito no injusto do art. 213 do CP, ou seja, "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (grifei), ainda que potencializada a conduta pela presunção instituída na alínea "a" do art. 224 do CP, conclusão a que se chega graças à postura dissoluta da vítima, sua aquiescência com o ato e, derradeiramente a postura descrita no laudo de fl. 51, que atesta - já tive oportunidade de me manifestar nesta decisão a respeito -, ter a mesma conduta inconciliável com 13 anos de idade; fato inclusive atestado pelo acusado as fl. 13.

Isto posto, REJEITO A DENÚNCIA, por entender que o acusado não manteve conjunção carnal com a vítima mediante violência, nem mesmo a presumida, o que faço com base no inciso I, do art. 43 do Código de Processo Penal.

Publicada esta em mãos do Sr. Escrivão, registre-se e sejam as partes intimadas.

P. R. I. C

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2002.

Alexandre Abrahão Dias Teixeira

Juiz de Direito