

# Revista Jurídica

Ano XLIV — Nº 228 — Outubro de 1996

## Repositório Autorizado de Jurisprudência:

- Supremo Tribunal Federal - SDI Nº 003/85
- Superior Tribunal de Justiça - Nº 09/90
- Tribunal Regional Federal 1ª R. - Nº 05/92
- Tribunal Regional Federal 4ª R. - Nº 001

### FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquei

### DIRETORES

Luiz Antônio Coutinho Paixão  
Luiz Antonio Duarte Aiquei  
Marco Antônio Coutinho Paixão

### EDITOR CHEFE

Walter Diab

### CONSELHO EDITORIAL

Antônio Janyr Dall'Agnol Jr. - Araken de Assis  
Fábio Luiz Gomes - Ovídio Araújo Baptista da Silva  
Sérgio Gilberto Porto

### COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover - Adhemar Ferreira Maciel  
Alexandre R. Atheniense - Antonio Chaves - Antonio de Pádua Ribeiro  
Antônio Vital Ramos de Vasconcelos - Aristóteles Atheniense - Arnoldo Wald  
Athos Gusmão Carneiro - Cândido Rangel Dinamarco - Carlos M. S. Velloso  
Cláudio Santos - Cristiano Paixão Araújo Pinto - Eli Alves Fortes - Elício de Cresci Sobrinho  
Elísio de Assis Costa - Eulámpio Rodrigues Filho - Felon Teodoro Reis  
Fernando da Costa Tourinho Filho - Francisco de Assis Toledo - Francisco Norival Fraga do Couto  
Gelson Amaro de Souza - Geraldo Batista de Siqueira - Geraldo Gonçalves da Costa  
Gerson Fischmann - Heráclito A. Mossin - Hugo Nigro Mazzilli - Humberto Theodoro Júnior  
Ilmar Galvão - J. Nascimento Franco - Jayme Piterman - José Henrique Pierangeli  
Luís Paulo Sirvinskas - Luiz Vicente Cernicchiaro - Negi Calixto - Ney Fayet  
Orlando de Assis Correa - Osmar Brina Correa Lima - Paulo Cesar Salomão - Paulo Cesar Scanavez  
Paulo Roberto S. da Costa Leite - Pedro dos Santos Barcelos - Raimundo Gomes da Cruz  
S.O. Castro Filho - Sálvio de Figueiredo Teixeira - Sérgio Resende - Sydney Sanches  
Theotônio Negrão - Tupinambá Miguel Castro do Nascimento - Voltaire Marensi  
Wagner Guerreiro - Washington de Barros Monteiro - Washington Epaminondas Barra

### CONSULTORES

Área Cível: Consultoria Interna  
Área Criminal: Dr. José Francisco Oliosi da Silveira



*P. ...*  
*R. Jurid.*  
*v. 49/n. 228/mo. 2*  
*1996*

## ESTUPRO: VIOLÊNCIA PRESUMIDA

**Luiz Vicente Cernicchiaro**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor da UnB

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, proferiu importante decisão, por sua 2ª Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Trata-se da natureza jurídica da “presunção de violência”, nos crimes contra os costumes, sendo vítima pessoa menor de 14 anos de idade.

No início de vigência do CP, os escritores tenderam para o entendimento de a referida presunção ser indiscutível. Assim, nada importava o sujeito ativo conhecer, ou não, quantos anos a vítima tivesse na data do fato. Caracterizado restaria o estupro, se houvesse conjunção carnal; atentado violento ao pudor, em sendo qualquer outro ato libidinoso. Houvesse, ou não, consentimento do sujeito passivo. A essa interpretação se denominou “presunção absoluta de violência”.

A pouco e pouco, entretanto, a rigidez foi cedendo espaço à crítica de natureza material; percebeu-se que o crime é conduta e esta, por sua vez, comportamento do homem. O Direito pune conforme o comportamento. Impossível, por isso, sancionar ação não praticada. Uma coisa é estuprar, ou atentar contra o pudor; outra, e no âmbito penal, absolutamente distinta, punir por presunção, ainda que definida em lei.

A história rompe as incoerências. A vida prática foi trazendo para os tribunais situações que, amoldadas ao texto legislativo, conduziriam à injustiça revoltante.

É sabido, empurradas por condições sociais e econômicas adversas, muitas jovens convivem em ambientes de prostituição. E não raro, ali, estão desde o nascimento. Profissão que, lamentavelmente, tantas vezes passa de mãe para filha! Antes da idade mencionada no CP, entregam-se à vida sexual, mediante retribuição.

Pois bem, alguém que houvesse mantido a relação, de uma hora para outra, era surpreendido com denúncias e, tantas vezes, condenado nas sanções dos arts. 213 ou 214. O argumento central era a idade da jovem. Ela, contudo, consentira, colocara-se no ambiente de oferecimento, tinha ciência do significado de sua conduta. Todavia, e aqui o absurdo, paulatinamente impugnado, de atribuir violência ao agente, ou seja, era punido como que houvesse constrangido a moça, mediante violência ou grave ameaça. Absoluto

descompasso entre a vida e o Direito. A vigorosa reação ao formalismo inaceitável inaugurou o entendimento de a violência ser relativa, ou seja, mantinha-se a integridade do texto, entretanto, em princípio, precisaria retratar a realidade. Sem dúvida, ameniza-se o tratamento. Não se faz simples aplicação do artigo de lei, limitada ao sentido literal. Essa linha interpretativa é conhecida como “presunção relativa de violência”.

Nessa linha, posicionou-se a Suprema Corte, com o julgamento referido.

Poder-se-á, talvez, dar ainda um passo à frente.

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

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

O CP, com a redação vigente, contrasta com a Constituição. No REsp 46.424-2-RO, como Relator, na 6ª Turma do STJ, externei meu pensamento. A ementa sintetiza a fundamentação:

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

Evidente, é imprescindível proteção especial às vítimas menores de 14 anos. Façamo-la, contudo, sem afronta à Carta Política. Como, na Alemanha, melhor será definir como delito manter relações sexuais com pessoa menor de 14 anos. Alcançar-se-á o mesmo resultado, com harmonia constitucional, sem ficções contrastantes, muitas vezes, com a realidade.